V.1, N.1, 2016
ISSN 1980-3478

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DO IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO

O DIREITO NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: A SUPERAÇÃO DA CRISE

11, 12 E 13 DE ABRIL DE 2016

UDC
CENTRO UNIVERSITÁRIO

· U C ·
ASSOCIAÇÃO DE ESTUDOS EUROPEUS DA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI

CENTRO UNIVERSITÁRIO DINÂMICA DAS CATARATAS

REVISTA DE ARTIGOS CIENTÍFICOS DO IX CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO

11, 12 E 13 DE ABRIL DE 2016

Revista de Artigos
Iniciação Científica
V.1, N.1, 2016

UDC
CENTRO UNIVERSITÁRIO

ISSN 1980-3478

P896m PRADO, Dr. Fábio Hauagge do
Mostra de Artigos Completos
2016 / Dr. Fábio Hauagge do Prado
Foz do Iguaçu: UDC.

Editora: Dra. Sônia Inês Vendrame

Revista de Artigos

Centro Universitário Dinâmica das Cataratas

ISSN 1980-3478

1. Iniciação Científica.
2. Produção Cultural.
3. Desenvolvimento Tecnológico.

CDU:002.2

PRODUÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICA

CENTRO UNIVERSITÁRIO DINÂMICA DAS CATARATAS

Exemplares desta publicação podem ser adquiridos no:
Centro Universitário Dinâmica das Cataratas - UDC
Rua Castelo Branco, nº. 349, Vila Maracanã - CEP 85.852-010, Foz do Iguaçu/PR
Telefone: (45) 35236900 - Home page: http://www.udc.edu.br

1ª edição
1ª impressão (2016)
Nota: Os trabalhos que integram estes Anais do VIII Congresso Internacional de Direito foram submetidos à análise da comissão Avaliadora composta por diferentes especialistas. O processo de seleção destes trabalhos seguiu critérios preestabelecidos por esta Comissão Científica. Contudo, todas as afirmativas, opiniões, conceitos, resultados e considerações finais aqui documentadas são de inteira responsabilidade de seus autores. Todos os direitos reservados. A reprodução não-autorizada desta publicação, no todo ou em parte constitui violação dos direitos autorais (Lei nº. 9.610).

Reitora
Magnífica Profª Rosicler Hauagge do Prado

Vice-Reitor
Dr. Acir Amilto do Prado

Pró-Reitor
Prof. Doutor Fábio Hauagge do Prado

Coordenadora Geral
Profª Ângela Papandréa Luz

Organização do Espaço da Mostra
Professor Mestre Luiz Miguel Barudi Matos – Coordenador do Curso de Direito – UDC
Professora Mestre Alexandra Barp – Coordenadora Adjunta do Curso de Direito – UDC.

Organização da Revista de Artigos
Prof. Doutor Fábio Hauagge do Prado – Pró-Reitor UDC
Profª Doutora Sônia Inês Vendrame – Núcleo de Pesquisa UDC – Rua Castelo Branco, 349, CEP: 85852-010 – Foz do Iguaçu – PR.

Comitê de Avaliação dos artigos produzidos pelos Cursos de Jornalismo e Publicidade e Propaganda do UDC
Professor Mestre Luiz Miguel Barudi Matos
Professora Mestre Alexandra Barp
Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva
Professor Mestre Alexandre Calixto
Professora Mestre Lissandra Espinosa Aguirre

Revisão
Profª Mestre Maria Aparecida da Silva

Projeto Gráfico
Edizio Farias

Editoração
Alexandre de Souza Giovenardi

SUMÁRIO

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA USO PRIVADO 9

OS DILEMAS DO DIREITO PENAL EM UMA ERA GLOBALIZADA 30

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI 42

A TRANSFORMAÇÃO DE UM BEM COMUM E MERCADORIA: MECANISMO JURÍDICO DE RESTRIÇÃO DE USO 59

DIREITOS HUMANOS E O TRÁFICO DE PESSOAS 71

OS PLANOS DE SAÚDE FRENTE AO ESTATUTO DO IDOSO 99

DIREITO SOCIAL À SAÚDE: O DILEMA ENTRE A GARANTIA DO DIREITO INDIVIDUAL E A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS 117

EVOLUÇÃO PROTETIVA DA MULHER E LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS 138

DIREITOS SOCIAIS: EFETIVIDADE E APLICABILIDADE 153

RESCISÃO INDIRETA PELO EMPREGADO: BREVES CONSIDERAÇÕES 166

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA UTILIZAÇÃO DENTRO DO PROCESSO PENAL .. 181

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD) 193

O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E AS RESTRIÇÕES EXISTENTES NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO – LDB 204

IDENTIDADE DE GÊNERO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL CONTIDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE 216

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO X DIREITOS FUNDAMENTAIS 232

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO 244

OPERAÇÃO LAVA JATO E SUA MAIOR ARMA 256

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA LESÃO À LIBERDADE DE ESCOLHA E AUTONOMIA DAS MULHERES 262

A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO NOS CASOS DE ESTABILIDADE DA GESTANTE 280

DA RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO VAGO E DE EDIFICAÇÃO ABANDONADA: FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO URBANÍSTICO 291

DANO MORAL E O TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS 304

ERRO MÉDICO E JURISPRUDÊNCIA: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO 317

A ESTABILIDADE DA GESTANTE E ASÚMULA 244 DO TST 340

OS EMBATES ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E DO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL..... 347

MEDIDAS DE HARMONIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA..... 360

O HORIZONTE HISTÓRICO DA DIGNIDADE HUMANA 370

O RETROCESSO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO, MEIOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO E A EDUCAÇÃO COMO MEIO FUNDAMENTAL DE INIBIÇÃO DA CRIMINALIDADE 386

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO AO ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL 406

SÍNDROME DE *BURNOUT*: MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A SAÚDE PSIQUICA DO TRABALHADOR..... 429

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE DA MULHER ENCARCERADA 445

REQUERIMENTOS TRIBUTÁRIOS DA REVOLUÇÃO DE 1789 463

APRESENTAÇÃO

Esta revista de artigos é resultado da apresentação de trabalhos durante o IX Congresso Internacional de Direito do Centro Universitário União Dinâmica das Cataratas (UDC) em Foz do Iguaçu em 2016.

A revista nasceu do princípio de que para a UDC as atividades acadêmicas pertinentes ao ensino, extensão e pesquisa são indissociáveis, tendo como norte, o aprendizado, a produção do conhecimento, a ampliação do saber e da cultura.

Os temas nesta primeira edição reproduzem conteúdo dos Trabalhos de Conclusões de Cursos (TCCs) com foco para relações humanas e étnicas, mobilidade social, patrimônios históricos materiais e imateriais, sustentabilidade, terceira idade e cidadania.

Neste sentido, o conteúdo exposto por meio de artigos foi alicerçado durante o Primeiro Semestre de 2016, com a contribuição de professores das disciplinas de Pesquisa. Para o grupo UDC contempla a formação, a necessidade de conscientizar o universitário de que a produção científica acrescenta tanto para quem produz como para quem vale-se dela para aprender.

Somado as orientações, o espaço também recebeu artigos produzidos por docentes como forma de incentivo e, acima de tudo, participar de um espaço tão nobre no campo da formação, extensão e pesquisa. Cada curso presente nesta Revista de Resumos recebeu tratamento gráfico para facilitar ao leitor a busca dos conteúdos.

Boa leitura!

A DESCRIMINALIZAÇÃO DA POSSE DE DROGAS PARA USO PRIVADO

BONAMIGO, Stefanie Bortolotto[1]
FELL, Elizângela Trémea[2]

RESUMO

A presente pesquisa visa analisar, a partir dos estudos doutrinários, jurisprudenciais e legislativos da atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 2006), a atuação do Estado em relação a penalidade adotada pelos outros países ao consumo de drogas. Através de uma metodologia dialética, o estudo será dirigido a expor as propostas do procedimento adequado em relação ao usuário, sendo atualmente, entre dois extremos, a política libertista ou extremamente penalista. A primeira corrente de pensamento baseia-se na defesa da liberdade e da vida privada para conseguir alteração da nossa política atual, invocando princípios que determinam os direitos fundamentais previstos em nossa Constituição – como o direito à liberdade. Além disso, busca a aplicação de uma política de aceitação, pois acredita que será possível a diminuição do consumo de drogas com maior facilidade do usuário se reintegrar na sociedade. Apesar destas defesas, sob a perspectiva da segurança e da saúde pública de terceiros, há uma segunda corrente de pensamento da comunidade jurídica em prol da defesa da atual legislação, pois, ao se transformar em uma política libertista, se desencadearia um aumento dos vários problemas públicos que estes já causam, como a violência, o tráfico e o possível aumento da quantidade de usuários. Dessa forma, o tema está sendo discutido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal através dos pontos expostos de ambas as doutrinas e a partir dos resultados das políticas adotadas por outros países a fim de adotar a medida mais cabível a atual situação social brasileira de acordo com nossa Constituição Federal, alguns ministros já se posicionaram sobre o assunto de forma favorável a alteração da posse de maconha, todavia ainda não há um norte, isto é, um posicionamento ainda acerca de todas as drogas.

Palavras-chave: Descriminalização, drogas, constitucionalidade.

THE DECRIMINALIZATION OF DRUGS FOR PRIVATE USE

ABSTRACT

This research aims to analyze, by the doctrinal studies, law cases and the legislation of the current Drug Law (Law No. 11.343 of 2006), the State behavior to the penalty adopted by other countries to drug use. Through a dialectical methodology, the study will be directed to expose the proposals of the appropriate procedure in relation to the user, that is currently between two extremes, the libertarian or the extremely political criminal attorney. The first school of thought is based on the defense of freedom and privacy to achieve change in our current policy, invoking principles that determine the fundamental rights provided in our Constitution - as the right to freedom. It also seeks the application of an acceptance policy, it believes it will be possible to decrease the consumption of drugs with greater user ease their reintegration in society. Despite these defenses, from the others perspective that aims the public security and health, there is a second school of thought of the legal community for the defense of the current legislation, therefore, to turn into a libertarian policy, it would trigger an increase in the number of public

[1] Acadêmica Stefanie Bortolotto Bonamigo, do curso de Direito – UNIOESTE.
[2] Professora Doutora Elizângela Trémea Fell – Orientadora – UNIOESTE.

problems that it already causes, such as violence, trafficking and the possible increase in number of users. Thus, the issue is currently being discussed by the Supreme Court through the exposed points of both doctrines and from the results of the policies adopted by other countries to adopt the most appropriate measure for the current Brazilian social situation according to our Constitution Federal, some ministers have positioned themselves on the matter favorably changing the marijuana possession, but there is still no north, that is a position yet about all drugs.

Keywords: Decriminalization, drugs, constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A discussão sobre a prevenção às drogas nunca foi pacífica, existem várias formas de abordagem defensiva contra este problema, contudo nenhuma ainda é declaradamente efetiva aos males que essas substâncias podem causar. As legislações protetivas são principalmente respaldadas por princípios fundamentais que toda nação preza, como a saúde pública e a proteção contra a violência. Contudo, o procedimento que o Estado brasileiro utiliza como proteção é o maior motivo de discordância, pois através de medidas punitivas, há o desrespeito de um dos direitos essenciais previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos - o direito à liberdade.

No Brasil, o principal desencadeador da problemática discutida é o artigo 28 da atual Lei de Drogas (Lei nº 11.343 de 2006). No artigo supra, é possível ver que há uma atuação do Direito Penal ao deter um usuário de drogas, assim, resulta em consequências adversas para o cidadão repreendido, as quais são consideradas injustas e invasivas na vida privada do indivíduo. Por outro lado, ao se estabelecer esta política penalista, há um forte caráter de não incentivo ao tráfico e ao uso, que influencia na decisão do cidadão em tomar estas atitudes.

Assim, por meio da historicidade da criminalização, dos princípios constitucionais, da análise social e posicionamentos estrangeiros e institucionais, o objetivo da pesquisa será expor algumas das opiniões da atual comunidade jurídica e como esta irá influenciar na sociedade e nos direitos pessoais.

2 A ILEGALIDADE DAS DROGAS

As drogas sempre existiram em toda a história da humanidade, o seu consumo já foi uma grande tradição de nossos antepassados, foi apenas no século XX que elas passaram a se

tornar ilícitas internacionalmente e os governos, inclusive o brasileiro, passaram a declarar a "guerra às drogas" (FÉLIX, 2013).

A alegação utilizada na conduta admitida pelo Estado é fundamentada no artigo V da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (apud FÉLIX, 2013) publicada em 1789 na França, em que é definido que "a lei tem o direito de proibir as ações prejudiciais à sociedade."

A representante da Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), a advogada Luciana Boiteux (apud STF, 2015) afirma que o consumo de drogas é um hábito cultural de anos e não houve a criminalização até o século XX. A criminalização foi criada apenas como um mecanismo de exclusão de minorias, pois o uso deste foi interligado apenas às pessoas escravizadas no Brasil, já nos EUA, foi relacionado aos migrantes mexicanos e chineses.

Essa legislação vem evoluindo ao longo do tempo, desde sua fase inicial, ela sofreu várias mutações em seu extinto punitivo, como pode ser visto na relação entre as leis de 1976 e a atual lei de 2006:

> Art. 16 da Lei 6368/76: Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinqüenta) dias-multa.
> Art. 28 da Lei 11343/2006: Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A lei 6.368 de 1976 havia seguido a lógica do Código Penal de 1940, onde o Estado retirava o infrator do convívio social por portar as drogas e o detinha no sistema penitenciário, enquanto na lei de 2006, o infrator responde ao processo criminal e tem uma sanção administrativa. Neste meio tempo, houve também a atuação da Lei dos Juizados Criminais (1995), a qual visava aplicar outras alternativas ao infrator ao invés de apenas impor o sistema carcerário. Em 2002, entrou em vigor a Lei 10.409, a qual visava tratar o usuário não mais como um criminoso. Contudo, foi apenas com a Lei 11.343 de 2006 que se aboliu a pena de prisão para o usuário, apesar de apresentar uma grande fragilidade na distinção entre o traficante e o usuário (GOMES, 2015b).

Em 2006, com a Lei 11.343, o legislador implantou a política de despenalização ao crime que, teoricamente, pune diversamente quando se trata de traficante e usuário ao abolir a pena privativa de liberdade ao usuário surpreendido na posse de drogas. Ou seja, agravou as penas carcerárias para o traficante e retirou a pena de prisão para o usuário, sendo que destes ainda havia uma separação entre "pequeno traficante" e "grande traficante", tudo isso

valorizado através da quantidade portada pelo infrator e pelos fatos transmitidos no momento da apreensão. Dessa forma, os critérios para a justiça são apenas subjetivos ou valorativos, onde em prática, "tudo ficou por conta da *práxis*, com grande margem de arbítrio ou de discricionariedade aos aplicadores da lei" (GOMES, 2015a).

Ao contrário do que muitos pensam, no Brasil a droga não é totalmente proibida. De acordo com Vasconcellos (2014), desde a Lei 6.378 publicada em 1976, é permitido o uso das drogas ao cidadão que necessita para uso medicinal. Contudo, isto é apenas em tese, pois para que isso ocorra em prática, o cidadão deve se submeter ao poder judiciário com o pedido e comprovação da necessidade, o que pode durar anos para liberação.

No Brasil, as condutas criminosas são muitas vezes crimes por causa da tradição que legitima o controle penal, inclusive como ocorre no consumo de drogas, o que muitos caracterizam como apenas um processo que é apenas uma autolesão. Dessa forma, é visível que atualmente, a política criminal brasileira passa baseada nos princípios de repressão, onde há gastos de fortunas nesta guerra e não ocorre a diminuição do uso (NABUCO FILHO, 2015).

2.1 DESCRIMINALIZAÇÃO, LEGALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

Na alteração da legislação, podem ocorrer diferentes tipos de transformações da conduta perante as drogas. Esta diferenciação é dada através de três formas diferentes: a descriminalização, a despenalização e a legalização. Cabe ao legislador escolher qual será a conduta estabelecida na própria nação.

Descriminalizar é, segundo Luiz Flávio Gomes (2006), o processo de retirada do caráter criminoso de algumas condutas, ou seja, “o fato descrito na lei penal deixa de ser crime”. Este pode ocorrer de três formas distintas: quando não há mais caráter criminoso no fato mas continua sendo de competência do Direito Penal, ou seja, a verdadeira descriminalização formal; quando não há mais caráter criminoso e deixa de ser competência do Direito Penal; e a descriminalização substancial ou total, onde o fato é legalizado. Diferente das duas formas, a descriminalização formal apenas retira a característica de “crime”, mas continua a punir penalmente com outras sanções.

A legalização é quando ocorre a descriminalização do fato, ou seja, segundo Vasconcellos (2014), “o que gera o poder estatal sobre o uso de entorpecentes e um controle social de seu uso pela população”. Como por exemplo na Lei de Drogas, se houvesse a

legalização, as drogas não seriam mais ilegais. Neste não há qualquer forma de sanção, o produto passa a ser legalmente permitido.

Já na despenalização há a manutenção do caráter ilícito do fato, contudo há uma resposta mais suave da área penal. Dessa forma, há uma necessidade de amenizar e evitar o uso do sistema carcerário, onde há uma busca por outras penas alternativas da infração (GOMES, 2006).

Ou seja, como afirma Vasconcellos (2014), despenalização

> Equivale a não ser aplicada uma sanção privativa de liberdade ao delito de uso de entorpecentes, porque a antiga Lei de Drogas (Lei 6.368/76), tinha como pena para o usuário uma detenção de 6 meses a 2 anos, mesmo sendo uma detenção – repare que não era reclusão –, vale dizer, não era um regime fechado ou outro menos gravoso, era uma detenção. Neste caso havia uma pena restritiva de liberdade, mas não um regime de cumprimento de pena com encarceramento. Na Lei 11.343/06 o ato que poderia gerar a detenção do usuário foi despenalizado, ou seja, retirou-se a pena privativa de liberdade do ato de consumir entorpecentes.

A atual Lei de drogas foi um processo de descriminalização "formal" e despenalização, onde a descriminalização ocorreu, contudo se criou uma nova sanção penal mais suave que continua a punir como um crime.

De acordo com Gomes (2006), "crime" é uma infração penal que possui a punição com reclusão ou detenção. A Lei de Drogas, não se enquadra nestes termos conceituados como crime e também não é penalizada com uma contravenção, ela não permite a pena de prisão, contudo ainda há um efeito desencadeado por essa penalidade que geram consequências ao usuário ao ser processado pelo Direito Penal.

2.2 ATUAL CONDIÇÃO DA LEI

Em 2006, com a atual Lei de Drogas, 11.343/06, houve um processo de despenalização do consumo, porém não ocorreu concomitantemente a legalização (GOMES, 2006).

Segundo Couto (2015), o legislador brasileiro tentou entrar em sintonia com o preceituado na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, a qual havia sido aprovada pelo legislativo e pelo executivo nos Decretos respectivos de 1972 (90) e 1977 (79.388). Este acordo afirma no seu art. 22, alínea b que:

> Não obstante a alínea precedente (que recomenda para delitos graves a sanção adequada, particularmente prisão ou outra pena privativa de liberdade), quando dependentes de substâncias psicotrópicas houverem cometido tais delitos, as partes poderão tomar providências para que, como uma alternativa à condenação ou pena

> ou como complemento à pena, tais dependentes sejam submetidos a medidas de tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social, em conformidade com o parágrafo 1 do art. 20.

Nesta nova legislação, é possível ver que o legislador afirma que a posse de drogas para uso não posse ser motivo para a pena de prisão. Contudo, houve uma falha no esclarecimento se este é ou não um verdadeiro crime, o que se for positivo, ocasiona grandes problemas jurídicos ao detido (GOMES, 2011).

Houve uma grande evolução com esta legislação, a posse de drogas para consumo pessoal não foi mais considerada como conteúdo criminal, ou seja, um ato ilícito, porém, essa conduta somente deixou de ser formalmente um "crime" (GOMES, 2006).

De acordo com a nova política, o usuário comete crime ao utilizar as drogas, contudo, a sua pena é apenas uma sanção de serviços sociais, o que muitas vezes pode ocasionar a punição pelo Poder Judiciário através de uma sanção alternativa. Vasconcellos (2014) afirma que

> O usuário quando detido, portanto, drogas, responde a um processo criminal, e por esta razão pode ser condenado. Neste caso, o juiz poderá sancioná-lo desde um verdadeiro sermão como reprimenda ou poderá também obrigar o usuário a frequentar programas de educação social sobre o não uso da droga, palestras sobre a prevenção, e também obrigá-lo a participar de atividades sócio-educativas. Isso sim é o que ocorre no Brasil, hoje o usuário é um cidadão que cometeu um delito, porém não é apenado com a restrição de sua liberdade, isso é o que chamamos de despenalização.

Atualmente, o infrator pego por um fiscal público configurado como usuário responde ao processo criminal e tem uma sanção administrativa. Com isso, o autor responde a um processo penal e ao ser detido em outra ocasião, perde a condição de réu primário, há um agravamento de seu processo ao praticar outro delito pois ele será considerado reincidente (VASCONCELLOS, 2014).

Outro problema está na penalização do tráfico, pois pode ocorrer o erro na penalidade de um usuário se o considerar um traficante. O tráfico é severamente condenado na nossa legislação e é considerado um grave crime que ocasiona um problema social e não de saúde. De acordo com Vasconcellos (2014), é dever do poder público reprimir o alcance social da droga, o que consequentemente, é dever do poder público penalizar o ato de traficar. Para o jurista, o traficante é

> Aquela pessoa que vende, que transporta ou que entrega drogas ilícitas para os usuários, que sabe que aquela pessoa vende e que ela comercializa, recebe, por exemplo, dinheiro para isso. Caracteriza a mercancia, comércio da droga e habitualidade, aquele cidadão tem essa droga para comercializá-la.

Ao contrário do traficante, o usuário não é enquadrado como um problema criminal e sim um problema social.

O legislador implantou a política de despenalização ao crime que, teoricamente, estabeleceu a diferença na punição do traficante e o usuário. Agravou as penas carcerárias para o traficante e retirou a pena de prisão para o usuário, sendo que destes ainda havia uma separação entre "pequeno traficante" e "grande traficante". (GOMES, 2015a)

Conforme afirma Couto (2015),

> A Lei 11343/2006 optou por abrandar as sanções cominadas ao usuário de drogas, afastando a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade e prevendo somente as sanções de advertência, de prestação de serviços à comunidade e de medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, conforme os incisos do artigo 28, de molde a possibilitar a sua recuperação e tratamento, o que fica claro, inclusive, no § 7º do art. 28. Todavia, permanece vigente a glosa penal àquele que possui drogas para consumo pessoal

Em 2013, a Lei de Drogas passou a regular que a pessoa pode portar e manter a droga relativo ao consumo médio individual de cada tipo de droga durante 5 dias, sem que isso seja considerado um tráfico, contudo, caso se comprove que a substância não se destinava ao uso pessoal por outros elementos ou se comprove que a quantidade superior a este é para consumo, poderá haver a condenação mais rígida ou suave ao indivíduo. Dessa forma, ainda é possível ver a grande lacuna para o livre arbítrio do atual sistema judiciário e policial para o preconceito (JUSBRASIL, 2013a).

Luiz Flávio Gomes (2015a) afirma que o livre arbítrio no Brasil não deve ocorrer em hipótese alguma, pois:

> Num país racista (aqui a tábua de salvação para o autoengano é a doutrina da miscigenação de Gilberto Freyre), discriminador, violento (aqui a tábua de salvação do autoengano é a mal-entendida "cordialidade" de Sérgio Buarque de Holanda) e tremendamente desigual (somos um dos 10 países mais desiguais do planeta), levam a pior os jovens pobres, sobretudo negros e pardos. Eles são os prisionáveis, além de mutiláveis, torturáveis e exterminháveis. *Homo sacer* (diria Agamben).

Como resultado da Lei de Drogas 11.343/06, entre as infrações que mais encarceram no Brasil, em 2011, o tráfico de drogas estava em primeiro lugar dentre os delitos que mais aprisiona, impulsionado principalmente por suas penas serem agravadas. Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (apud GOMES, 2012), o Brasil possuía um total de 32.880 presos em 2005 por tráfico, já em 2011, este índice chegou a 125.744 presos, ou seja, 24% do total de presos do país.

Além disso, a quantidade de infratores foi impulsionada também pela a falta de objetividade na diferença entre o traficante e o usuário que possibilitou o possível preconceito

do livre-arbítrio, dessa forma, muitos dos usuários foram presos por condutas que não cometiam e ocorre o fortalecimento das organizações criminosas com a maioria dos pequenos traficantes presos (BUNDUKY; GOMES, 2013).

Assim, como afirma Luiz Flávio Gomes (2015a):

> O propósito declarado (prisões somente quando necessárias) resultou frustrado. Houve aumento de 309% nessa população carcerária (de 2007 a 2014) relacionada a drogas. Hoje, 27% do sistema é de "traficantes". São quase 180 mil presos (a um custo mensal *per capita* de R$ 2 mil). Bilhões são gastos com eles anualmente.

Segundo os defensores da alteração um exagero na punição, ainda mais quando há o preconceito envolvido e cria uma tendência a condenação à uma pessoa que apenas consume as drogas. Como por exemplo proposta feita pelo deputado Osmar Terra (PMDB-RS), que prevê a pena mínima de 8 anos para o tráfico em um país onde a pena mínima do homicídio simples é de 6 anos (NABUCO FILHO, 2015).

Como pode ser visto, já existem jurisprudências que demonstram a posição nos Tribunais pela discordância com a atual legislação, como por exemplo:

> EMENTA: 1 - A TRAFICÂNCIA EXIGE PROVA CONCRETA, NÃO SENDO SUFICIENTES) PARA A COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA, DENÚNCIAS ANÔNIMAS DE QUE O ACUSADO SERIA UM TRAFICANTE. 2 - O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 É INCONSTITUCIONAL. A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA DO PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO É DE INDISFARÇÁVEL INSUSTENTABILIDADE JURÍDICO-PENAI, PORQUE NÃO HÁ TIPIFICARÃO DE CONDUTA HÁBIL A PRODUZIR LESÃO QUE INVADA OS LIMITES DA ALTERIDADE, AFRONTA OS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DA INVIOLABILIDADE, DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA E DO RESPEITO À DIFERENÇA, COROLÁRIO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE, ALBERGADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E POR TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS RATIFICADOS PELO BRASIL
>
> (TJSP, APELAÇÃO CRIMINAL 01113563.3/0-0000-000)

Ao mesmo tempo, existem tribunais e juízes que declaram o apoio ao processo penal exercido pelo poder jurisdicional, como por exemplo:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - REJEIÇÃO DA DENÚNCIA - PORTE DE DROGAS PARA USO - ART. 28 DA LEI 11.343/2006 - DESPENALIZAÇÃO E NÃO DESCRIMINALIZAÇÃO - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL COM O RECEBIMENTO DA EXORDIAL.
> I. VÁRIOS DOUTRINADORES TÊM DEFENDIDO A DESCRIMINALIZAÇÃO DA CONDUTA DE USO DE ENTORPECENTES, COMO OCORRE EM ALGUNS PAÍSES, MAS O LEGISLADOR BRASILEIRO PREFERIU ADOTAR NOVO MODELO QUE, EMBORA NÃO PRIVE O USUÁRIO DA LIBERDADE, COMO NA LEGISLAÇÃO ANTERIOR, ALMEJA PREVENIR E PROTEGER A SAÚDE PÚBLICA, A DESPEITO DO LIVRE ARBÍTRIO DO AGENTE. PRECEDENTE DO STF: RE-QO 430105.
> II. RECURSO PROVIDO
>
> (TJ-DF - RSE: 17011920088070010 DF 0001701-19.2008.807.0010)

Dessa forma, os critérios para a justiça são apenas subjetivos ou valorativos, onde em prática, "tudo ficou por conta da *práxis*, com grande margem de arbítrio ou de discricionariedade aos aplicadores da lei" (GOMES, 2015a).

2.2.1 Abordagem das Drogas em Outros Países

Existem várias formas diferentes no mundo de se abordar a penalidade as drogas, as políticas podem ser muito antagônicas, onde uma se apresenta de forma mais rígida em busca da saúde pública e a outra de mais liberal, onde não há a intervenção do Estado.

Na Grã-Bretanha, por exemplo, existem três formas de classificação das drogas e estas são julgadas de formas diferentes a partir do grau de periculosidade. O porte das substâncias tóxicas é tratado com menos rigorosidade do que a produção e o fornecimento destas. Enquanto o tráfico pode ocasionar penas máximas entre 14 anos a uma pena perpétua, o porte das drogas acarreta na diferença das penas máximas entre 2 a 7 anos. Há também a possibilidade da penalidade pela polícia de multas e advertências a pessoas com pequenas quantidades portadas. Já na Holanda, embora não há a legalização da maconha e apesar de haver uma política tolerante, há uma penalidade para o cultivo, o tráfico, a venda e o porte. Além disso, é permitido a existência dos chamados “coffe shops” para a venda de pequenas quantidades de maconha para consumo para maiores de 18 anos (BBC, 2015).

Em busca de uma nova política direcionada a tratar o viciado como paciente e não como um criminoso, Portugal transformou o porte de drogas com limite máximo do uso de 10 dias em uma “infração administrativa”, ou seja, deixou de ser um crime e passou a ser uma pena administrativa. Os portugueses não licitaram a droga, o consumo em público e o porte de uma grande quantidade deste é proibido. Quando há a apreensão do porte de drogas pela polícia, a pessoa é encaminhada a uma “Comissão de Dissuasão” onde é determinado o nível do vício e indicado o tratamento. Desde então, o pais sofreu uma melhora considerável na saúde dos usuários e também adotou novas políticas de tratamento, prevenção, redução de danos e reintegração do paciente na sociedade. Segundo o coordenador nacional de política de drogas de Portugal, João Goulão, o uso de heroína reduziu pela metade em comparação ao final da década de 90, além de causar uma redução também no número de overdoses e infecções por HIV (BBC, 2015).

Assim como em Portugal, a Colômbia indicia o usuário com pequeno porte de drogas flagrado por policiais a passar por um tratamento ao invés de ser preso. O governo colombiano

também estuda iniciar sua produção legal de maconha para fins medicinais na capital, dessa forma, ao invés de proibir e penalizar, há uma busca em utilizar as drogas para beneficiar a população e ajudar o usuário que cedeu ao vício a obter uma “nova chance” (BBC, 2015).

Em propósito do combate aos cartéis do narcotráfico e separar a maconha das drogas mais prejudiciais, em dezembro de 2013, o Uruguai adotou a medida da legalização do cultivo, venda e consumo da maconha. Farmácias possuem licença para a venda de 40 gramas por mês aos consumidores e a população pode possuir em seus domicílios 6 plantas da erva. Já nos EUA, embora que em 1971 o ex-presidente Richard Nixon declarou “guerra às drogas”, cada estado possui uma medida de punição as drogas, sendo que alguns destes já legalizaram a maconha. O presidente do país, Barack Obama, afirma que o principal objetivo da nação não deve ser a punição dos consumidores e sim, dos traficantes (BBC, 2015).

Por fim, um exemplo de transformação legislativa recente é a Argentina, que, segundo Gomes (2010), adotou a medida de descriminalização para a posse privada de droga através do fundamento do princípio da ofensividade, ou seja, afirmaram que como não existe agressão a bens jurídicos de terceiros, o que fundamenta a maior parte das defesas do nosso país a favor da alteração. Dessa forma, não há crime, apenas uma infração administrativa. Ainda não existem pesquisas concretas sobre os resultados, mas segundo o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (apud STF, 2015), a descriminalização gerou resultados positivos no pais.

Embora não exista uma única proposta de alteração mundial, a ONU (Organização das Nações Unidas) emitiu um documento em apoio a descriminalização do consumo de drogas. Essa defesa não traz imposições aos países do mundo, contudo será de extrema importância aos países que estão rediscutindo suas medidas. O argumento utilizado para essa política liberalista é de que "a descriminalização do consumo de drogas pode ser uma forma eficaz de 'descongestionar' as prisões, redistribuir recursos para atribuí-los ao tratamento e facilitar a reabilitação" (GANEM, 2015).

2.2.2 A abordagem das Drogas na Sociedade

Como afirma Luiz Flávio Gomes (2015a), no Brasil ainda há um pensamento atrasado em relação as drogas, “as massas rebeladas de todas as classes sociais (com média de 7,2 anos de escolaridade, igual a Zimbábue) demonizam os envolvidos com drogas“, herança que foi deixada pelos ultraconservadores nas décadas de 60/70 e que muito prejudica na administração do problema.

Como todo governo tende a aderir como ideologia a “oclocracia” no campo punitivo, o Estado normalmente adere a ideologia da maior parte da população, mesmo quando esta sustenta teses irracionais. A força política das massas é a dominante nos procedimentos adotados pelo Estado, a justiça não pune, na maioria das vezes, o infrator através do racional e sim da ideologia dominante das massas rebeladas (GOMES, 2015a).

Segundo Gomes (2015a), os aplicadores da lei no Brasil são em média 60% a favor da criminalização do usuário de drogas, esse pensamento é provido principalmente pelas sociedades ultraconservadoras que dominam na maior parte das vezes na ideologia brasileira elitista. Dessa forma, o julgamento não é feito de forma igualitária a todos, o preconceito predomina e "se trata de réu jovem, negro ou pardo, pobre, não proprietário de bens nem de "status" e, de sobra, desempregado e fora da escola, a grande maioria acaba caindo na vala comum (traficante)".

Além disso, como visto em Portugal em 2001, com a descriminalização da posse de pequenas quantidades de drogas, a criminalização contém uma forte carga moralista, o que dificulta o tratamento adequado ao dependente. Muitos autores não acreditam nessa metodologia adotada, pois ao adotar uma medida acolhedora ao dependente, o Estado contribui para a diminuição do uso das drogas (NABUCO FILHO, 2015).

Por outro lado, deve ser considerado os lados negativos da descriminalização, como o possível aumento da quantidade de usuários e consequentemente da procura pelo produto. É visível o quanto a violência do tráfico atinge a sociedade diariamente que na guerra da ilicitude desse ato, cabe ao Estado decidir qual seria a forma válida para não desrespeitar os direitos individuais, ajudar o dependente químico e ao mesmo tempo criar novas medidas que não aumente o tráfico.

3 DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)

A proposta que está sendo discutida visa analisar se o porte de drogas para consumo pessoal deve continuar sendo punido na maneira que está feita atualmente. Esse questionamento está ocorrendo no Recurso Extraordinário 635.659, ainda em fase de julgamento.

O fato que criou grande repercussão foi a sentença do senhor Francisco Benedito de Souza, onde agentes penitenciários da cadeia em que ele estava preso encontraram em sua cela três gramas de maconha. Em 2009, Francisco foi condenado, em segunda instancia, à prestação

de serviços à comunidade por dois meses, o que prejudicou ainda mais sua pena a ser cumprida. Contudo, a Defensoria Pública de São Paulo assumiu a defesa e levou o caso ao STF. O órgão alegou como defesa o direito à intimidade e à vida privada garantidos em nossa Constituição e que o réu não podia ser punido por uma legislação que é inconstitucionalmente abusiva (RAMALHO, 2015a).

Segundo a Defensoria (apud RAMALHO, 2015a):

> A conduta de portar drogas para uso próprio falta a necessária lesividade. Deveras, o comportamento tido pelo legislador ordinário como criminoso retrata apenas o exercício legítimo da autonomia privada, resguardada constitucionalmente pelo direito à vida íntima. O porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada 'saúde pública' (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário

Essa defesa resultou na atual discussão que já é defendida por alguns dos integrantes da casa. Segundo o ministro do STF, Marco Aurélio Mello: “o porte de drogas para uso próprio não afronta a chamada 'saúde pública' (objeto jurídico do delito de tráfico de drogas), mas apenas, e quando muito, a saúde pessoal do próprio usuário" (RAMALHO, 2015a).

A proposta teve seu levantamento de dados iniciado no ano de 2011, onde de acordo com Gomes (2011), o ministro da Justiça José Eduardo Cardoso se declarou a favor de uma discussão pública sobre a descriminalização do porte de drogas para uso e afirmou para a Agência Brasil que a discussão poderia evoluir para uma consulta popular, sendo através de um plebiscito ou referendo.

No início da votação, o relator do caso, ministro Gilmar Mendes, havia proposto a derrubada do caráter penal do porte de todas as drogas, contudo, com os dois votos a fator da alteração, os ministros Fachin e Barroso restringiram esta descriminalização apenas a posse de maconha. Por enquanto, o julgamento está rompido pelo pedido do ministro Zavascki pois gostaria de analisar melhor. Restam ainda 8 votos para a decisão, por enquanto não há previsão da retomada do julgamento (RAMALHO 2015b).

De acordo com o ministro Barroso, "o Estado tem todo o direito de combater o uso, de fazer propaganda, de fazer advertências, mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas individuais". Além disso, ele propôs a diferenciação entre o traficante e usuário através da quantidade do porte, sendo o máximo até 25 gramas de maconha ou seis plantas fêmeas, apesar de que caberá também ao juiz considerar outros fatores para caracterizar. Já Fachin não propôs a quantidade, cedeu esta competência ao Congresso, porém, afirmou que o usuário deve ser tratado como um doente e que é dever do Estado amenizar os danos ocasionados pela dependência (RAMALHO, 2015b).

Embora com as afirmações propostas pelos dois ministros, Barroso ainda afirma que é necessário incluir todas as drogas neste ato, pois ele acredita que "para combater a discriminação, defender uma abordagem mais abrangente no que concerne ao usuário, seja de maconha, seja de cocaína, ou de qualquer outro estimulante considerado ilícito" (RAMALHO, 2015b).

Caso a sentença for considerada favorável a não penalidade, o que só ocorre com os 11 votos a favor, a inconstitucionalidade da lei de drogas será uma consequência. Dessa forma, caberá a todo o judiciário aplicar sentenças iguais em instâncias inferiores (RAMALHO, 2015a).

Já é visível a não concordância com a atual Lei de Drogas e que não há uma única solução que resolverá o problema, conforme afirma o ministro do STF, Mello (apud RAMALHO, 2015b), "não podemos dizer que quem porta pequena quantidade de drogas é simplesmente usuário. Geralmente, o traficante esconde porção maior de droga e só porta aquela que entregará ao consumidor. " Dessa forma, cabe ao juiz resolver caso a caso, de acordo com aquilo em que se enquadra, algo que também é criticado pela comunidade jurídica.

Além disso, é visível a proporção do resultado desta discussão, conforma afirma o ministro Luís Roberto Barroso (apud RAMALHO, 2015b): "A questão de droga tem que levar em conta em primeiro lugar o poder que o tráfico exerce sobre as comunidades carentes e o mal que isso representa [...] Não é um debate juridicamente fácil nem moralmente barato, mas precisa ser feito". Além disso, segundo o ministro, o poder do tráfico e a quantidade de pessoas não perigosas dentro do sistema carcerário devem ser itens a serem considerados na discussão da legislação.

Embora haja o envolvimento na discussão sobre todos os desencadeamentos, alguns doutrinadores afirmam que não deve ser preocupação do STF a diferenciação entre o traficante e o usuário. Como afirma Gomes (2015b), ao STF é incumbido a competência de caracterizar este problema como de "saúde privada e pública ou se é uma questão de polícia e Justiça. "

3.1 DISCUSSÃO NAS INSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Muitas das instituições brasileiras se manifestaram através de seus representantes sobre este dilema, principalmente sobre a posição da inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas atual (Lei 11.343/2006), dentre elas estão o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Sou da Paz, o Instituto Terra Trabalho e Cidadania, a Pastoral Carcerária, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT), e a Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP); onde todos defendem a alteração deste.

De acordo com o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (apud STF, 2015), as medidas adotadas na legislação atual são medidas fracassadas. O STF deve e é o ponto de partida para uma revisão do atual ordenamento para medidas mais adequadas. Existem “diversas medidas terapêuticas e educacionais mais eficientes que o direito penal para evitar o aumento da continuidade do uso de drogas”. Além disso, o instituto afirma que a conduta do infrator é estranha ao direito penal, onde há apenas a lesão da saúde do infrator e a autolesão não é legitima de punição em nosso ordenamento jurídico.

Conforme o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (apud STF, 2015), não há legitimidade na criminalização do porte de drogas de usuários, ela é ineficaz e é uma violação da intimidade do cidadão. Além disso, o representante do instituto enfatiza o erro da acusação dos condenados, onde uma pessoa com uma pequena quantidade de drogas deve fazer sua própria defesa provando que não pratica o ato de traficar, o que resulta, muitas vezes, na condenação de usuários. Como exemplo de comprovação, ele utilizou a Argentina e o Uruguai, países que fizeram a descriminalização e não houve um aumento de usuários.

O representante do Instituto Sou da Paz, Instituto Terra Trabalho e Cidadania, e a Pastoral Carcerária (apud STF, 2015), utilizou das estatísticas para afirmar sua posição a favor da descriminalização. Segundo dados, os condenados pelas drogas foram de 11% a 27%, e 63% das mulheres presas, respondem por crimes relacionados à Lei de Drogas, resultado do mal atuação do legislativo na manutenção do sistema carcerário. Além disso, ele afirma que há um perfil preconceituoso definido na atuação dessa lei, onde jovens negros, sem antecedentes criminais, presos sozinhos, sem armas e com uma pequena quantidade de drogas são condenados por tráfico e não demonstram nenhuma ligação a este.

Já a ABGLT (apud STF, 2015) analisa a atuação do crime, onde como não há ferimentos de terceiros, esse ato é caracterizado apenas uma autolesão, algo que não deve ser punível no Brasil. Além disso, firma que a “opção pelo uso ou não é do próprio cidadão”. Ela preza pela melhor forma de recuperação ao dependente, onde muitos não recorrem a ajuda por causa da descriminalização que temem sofrer.

Por fim, o argumento que a representante da ABESUP, Luciana Boiteux (apud STF, 2015), utiliza como prerrogativa para a descriminalização é a falta de ofensa aos bens jurídicos de terceiros, ou seja, não é crime algo que a pessoa comete a si mesma e isso impede o acesso aos serviços de saúde. Como posição, ela afirma que este problema deve ser resolvido pela sociedade, não através da Justiça com a criminalização.

Já em defesa da permanência da criminalização das drogas, um grupo de Juízes e Promotores das Varas e Promotorias de Entorpecentes do Distrito Federal declararam uma nota

publicada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (apud JUSBRASIL, 2013b) que não estão de acordo com o estabelecimento de critérios quantitativos e a redução da pena máxima para o tráfico propostos pela Comissão de juristas que elaboraram o anteprojeto de Código penal. De acordo com estes juristas, não podemos levar como argumento a diminuição da população carcerária sem "conferir primazia ao detrimento da segurança e saúde da população brasileira". Além disso, este grupo teme uma "epidemia" de usuários ao facilitar o uso. Dessa forma, eles afirmam que é necessário "incrementar as ações de redução de oferta" para melhorar as condições de vida das famílias e jovens brasileiros, as quais podem ser afetadas com a permissão das drogas dentro do convívio social, seja familiar ou público.

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

O principal instrumento do nosso ordenamento jurídico a ser sempre respeitado sem exceções é a nossa Constituição Federal. Atualmente, estamos obedecendo as leis previstas na Constituição Federal de 1988. Contudo, como não existe uma forma de abordar todos os problemas que podem ocorrer na nossa sociedade, existem lacunas que não estão em consenso na sua interpretação. Um dos resultados disso é a Lei de Drogas, onde nossa Constituição fundamenta os argumentos de ambos os lados da discussão.

O artigo 28 da Lei de Drogas é o principal desencadeador da discordância constitucional defendida por outros autores, neste é visível que ainda há penalidade ao se portar a droga, mesmo que não seja pelo sistema penitenciário, há uma atuação do Direito Penal no momento em que o usuário é detido por portar um produto ilegal. A discussão desenvolvida é sobre se deve haver uma atuação penal diante deste infrator, pois ao expô-lo a este sistema, o réu passa a não se enquadrar mais como réu primário.

Conforme já citado no art. V da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, o Estado pode criar proibições de ações que prejudiquem a sociedade, o que é utilizado como argumento para a constitucionalidade afirmada pelos defensores da vida pública. Cabe ao Supremo Tribunal Federal prever se, de acordo com a nossa Constituição Federal, é o que ocorre na defesa as drogas ou se é apenas um abuso de autoridade sobre a liberdade pessoal.

4.1 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI

De acordo com os doutrinadores que defendem a descriminalização do consumo, a alteração da lei de drogas é uma medida legalmente prevista principalmente por respeito aos princípios constitucionais. De acordo com o artigo 5° da Constituição Federal (1988), todos temos direitos fundamentais garantidos em nossa vida em sociedade, são eles: o direito à liberdade individual, à intimidade, à vida privada, à igualdade e à apreciação jurisdicional da lesividade. Contudo, há sempre a possibilidade dos nossos legisladores desrespeitarem isso "em busca de um bem maior", como é dito na criminalização das condutas tipificadas na Lei 11.343/06, uma lei infraconstitucional, ou seja, uma lei inferior à nossa Constituição e que deve respeito a nossa lei suprema (FÉLIX, 2013).

Segundo Andressa Barbosa Félix (2013), em tese, a combinação dos direitos fundamentais deve garantir que "todos os indivíduos possam gerir a própria vida como desejar, desde que não prejudiquem o outro, cabendo à lei proibir tão somente as ações lesivas à sociedade".

Como afirma na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789, apud FÉLIX, 2013):

> Artigo I. Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. [...]
> Artigo IV. A liberdade consiste em poder fazer qualquer coisa que não prejudique aos outros. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites só podem ser determinados pela lei.

José Alfonso da Silva (2011) afirma que o direito à liberdade garantido em nossa Constituição Federal (1988) assegura a possibilidade de autodeterminação e autonomia, de acordo com seus preceitos individuais que possibilitam sua liberdade de escolha desde que não atinja a terceiros. Dessa forma, consoante Luiz Flávio Gomes (2015b), podemos analisar este problema através do princípio da alteridade, onde ele afirma que um crime é uma ofensa a outro ou a outros, isto é, a terceiros. Portanto, eles concluem que o usuário de drogas, independentemente da quantidade, danifica apenas a sua própria saúde, o que consequentemente, não caracteriza este ato como um crime.

Desde que não prejudique ao próximo, o cidadão possui muitos direitos ao livre-arbítrio. Como por exemplo, o princípio da inviolabilidade da intimidade e da vida privada, previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal, o qual preza que todo cidadão tem direito a viver sua própria vida, sem que haja a necessidade de expor a sociedade. Além disso, há também o direito à privacidade, onde “toda pessoa pode tomar suas decisões na esfera sua vida privada ” (SILVA apud FÉLIX, 2013).

O sistema legislativo deve atuar somente quando há um perigo a sociedade, contanto que o ato não seja nocivo, o cidadão tem direito a suas próprias escolhas. Segundo John Stuart Mill (apud FÉLIX, 2013),

> O único propósito com o qual se legitima o exercício do poder sobre algum membro de uma comunidade civilizada contra a sua vontade é impedir dano a outrem. O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificação suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto. Essas são boas razões para o admoestar, para com ele discutir, para o persuadir, para o aconselhar, mas não para o coagir, ou para lhe infligir um mal caso aja de outra forma. Para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem. [...] Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.

Dessa forma, não pode haver a possibilidade de o Direito Penal agir senão quando houver um bem jurídico de terceira pessoa efetivamente atacado. Um ponto culminante desta visão é o conceito “para consumo próprio”, o qual é visível a característica delimita a exatidão da lesividade e impede a interpretação acima do que apenas é na realidade, uma autolesão (FÉLIX, 2013).

De acordo com as Lições de Eugenio Raul Zafaroni, Nilo Batista, Vera Malaguti Batista, Rosa Del Olmo, Maria Lúcia Karam e Salo de Carvalho (apud FÉLIX, 2013), o ato que ocasiona apenas a autolesão, no sistema penal moderno e democrático atual, é impossível de ser objeto em toda forma punição. No nosso sistema atual, o direito penal deve ser apenas utilizado na tutela da lesão dos bens jurídicos de terceiros. Dessa forma, como acontece com o suicido, o sistema penal não pode interferir na vida privada do cidadão.

No princípio da ofensividade, é visto que apenas pode ser invocado a tutela jurisdicional quando um direito for lesado ou concretamente ameaçado. Dessa forma, só há punição em um perigo concreto, ameaças abstratas inexistem no campo penal. Como afirma Luiz Flávio Gomes (apud FÉLIX, 2013), nenhum sistema penal tem o direito de lesar a liberdade individual senão quando houver um relevante fato de ofensa a bens jurídicos.

Assim, como alega Félix (2013), o Estado não pode

> Transformar aquele que tem a droga apenas e tão-somente para uso próprio em agente causador de perigo à incolumidade pública, como se fosse um potencial traficante, implica frontal violação do princípio da ofensividade, dogma garantista previsto no inciso XXXV do artigo 5° da Constituição Federal.

4.2 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI

Ao contrário do já foi exposto por outros doutrinadores, alguns autores, como por exemplo o professor Cleber Couto (2015), afirmam a constitucionalidade da Lei de Drogas a partir de uma reavaliação dos mesmos princípios com uma interpretação diferente, pois de acordo com esta visão, a lei de drogas não tem como objetivo tutelar a saúde do usuário.

Segundo Couto (2015), a legislação brasileira é uma medida de defesa ao risco de difusão e propagação da droga que gera efeitos negativos para a população. “Não se pune o uso da droga, mas a posse da droga. ” Quando se permite o uso, consequentemente, se desenvolve a busca por entorpecentes no tráfico e os crimes praticados para a manutenção do vício. Assim, a função punitiva da legislação tem como objetivo o extermínio das drogas por causa dos malefícios que estas geram para a coletividade.

Como afirma Lima (apud COUTO, 2015), é comum o dependente de drogas praticar crimes para sustentar o vício, a aquisição das drogas é um forte estimulo para a pratica do tráfico de drogas. Dessa forma, o autor afirma que “por mais que seja verdade que a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal não venha surtindo o efeito desejado, nem por isso se pode cogitar da possibilidade de renunciarmos à tutela do direito penal para coibir tal conduta.”

Além disso, não há afrontamento do princípio da lesividade ou ofensividade, pois, segundo nosso ordenamento jurídico, é permitido punição na previsão de perigos abstratos como por exemplo para a embriaguez ao volante e o porte ilegal de arma de fogo, onde há o enquadramento como crime sendo um perigo abstrato, a lei apenas presumiu o perigo antes que ele ocorra como uma medida de prevenção. Dessa forma, o art. 28 não se enquadra como inconstitucional pois cabe ao

> Legislador punir toda e qualquer conduta capaz de gerar risco de propagação da droga, punindo, assim, a conduta perigosa ainda em seu estágio embrionário. Trata-se, portanto, de opção legítima do legislador, que visa uma sociedade sem drogas. Com efeito, tipifica-se a posse do entorpecente para uso pessoal como forma de impedir que tal comportamento, restando impune, evolua até se transformar em efetivos ataque à saúde pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este impasse passou a ser rediscutido na comunidade jurídica pois muitos dos doutrinadores e legisladores brasileiros acreditam na inconstitucionalidade da classificação criminalizada da Lei de Drogas de 2006. Os argumentos utilizados pelos não concordantes do ordenamento são muitos, desde a defesa da Constituição Federal (1988), mudança da conduta

considerada excessiva e muitas vezes preconceituosa dos atuantes do direito penal na punição dos infratores, até em busca da defesa do princípio da vida privada, algo que só é possível e deve ser defendido por ser apenas um ato de autolesão. Já os argumentos utilizados pelos que defendem o oposto, acreditam que precisamos de uma política penal que proporcione à população a prevenção, a atenção e reinserção social, bem como o tratamento de usuários e dependentes de drogas.

É visível que ambos concordam que é passível o desencadeamento de vários problemas com qualquer política, contudo, deve priorizar aquilo que esteja constitucionalmente aceito na nossa legislação, sendo que de um lado é afirmado que constitucionalmente deve-se estar em defesa da liberdade e a afirmação do cunho particular sem interferência na vida social, e de outro é constitucionalmente previsto a defesa da saúde pública, pois há a necessidade de intervenção contra às drogas afetam toda a sociedade. A análise dos efeitos na saúde pública e da interferência na vida privada são as prioridades da atual discussão sobre a legislação das drogas. Através de preceitos constitucionais, a comunidade jurídica está em busca de uma solução na problemática da conduta exercida em nosso atual ordenamento, contudo não há um consenso.

É possível concluir que atualmente não estamos contribuindo positivamente na forma de punição da nossa legislação, principalmente com a atribuição do livre arbítrio, do preconceito e com a falta de incentivo a ressocialização dos dependentes químicos. Há uma necessidade de alteração das normas, seja esclarecendo os pontos imprecisos ou alterando toda a metodologia. Não se pode prever quais serão os resultados se houver a atuação de uma política libertista ou penalista, cabe ao legislador analisar as possíveis consequências.

A competência da decisão final é do Supremo Tribunal Federal, este está analisando todas as consequências e, a partir do diálogo e das diversas propostas aceitas em outros países do mundo, poderá se posicionar diante dos fatos apresentados.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Vinicius Marcondes de. Criminalização do usuário de drogas: inconstitucionalidade. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3209, 14 abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21512>. Acesso em: 30 out. 2015.

BUNDUKY, Mariana Cury; GOMES, Luiz Flávio. Tráfico de drogas enraizou-se na sociedade brasileira. Consultor Jurídico, 26 jul. 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jul-26/coluna-lfg-trafico-drogas-enraizou-sociedade-brasileira>. Acesso em 21 out. 2015.

COUTO, Cleber; SILVA, Túlio Leno Góes. A (in) constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas. JusBrasil, 2015. Disponível em: <http://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/230373563/a-in-constitucionalidade-do-artigo-28-da-lei-de-drogas>. Acesso em 10 fev. 2016.

FÉLIX, Andressa Barboza. A (in) constitucionalidade da criminalização das drogas. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar. 2013. Disponível em: <www.ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13001>. Acesso em 30 out. 2015.

GANEM, Pedro Magalhães. ONU sugere pela primeira vez a descriminalização do consumo de drogas. JusBrasil, dez. 2015. Disponível em: <http://pedromaganem.jusbrasil.com.br/noticias/247745751/onu-sugere-pela-primeira-vez-a-descriminalizacao-do-consumo-de-drogas>. Acesso em 20 fev. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. Nova lei de drogas: descriminalização da posse de drogas para consumo pessoal. Revista Jus Navigandi, 2006. Disponível em: <http://jus.com.br /artigos/9180/nova-lei-de-drogas#ixzz3pESkzDY1>. Acesso em 21 out. 2015.

_____. Drogas, Descriminalização e Princípio da Insignificância. JusBrasil, 2010. Disponível em: <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2095217/drogasdescriminalizacao-e-principio-da-insignificancia>. Acesso em 21 out. 2015.

_____. Droga: devemos descriminalizar o porte para uso ou não? JusBrasil, 2011. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121823600/drogadevemos-descriminalizar-o-porte-para-uso-ou-nao>. Acesso em 23 out. 2015.

_____. Descriminalização do "usuário" não impedirá a explosão de prisões. JusBrasil, 2015a. Disponível em: <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/229661 962/descriminalizacao-do-usuario-nao-impedira-a-explosao-de-prisoes>. Acesso em 24 out. 2015.

_____. STF dirá que "usuário" de drogas não é criminoso? 13 ago. 2015b. Disponível em: <http://luizflaviogomes.com/stf-dira-que-usuario-de-drogas-nao-e-criminoso/>. Acesso em 21 out. 2015.

NABUCO FILHO, José. O caminho é a descriminalização das drogas. Diário do Centro do Mundo, 19 out. 2015. Disponível em: <http:// www.diariodocentrodomundo.com.br/o-caminho-e-a-descriminalizacao-das-drogas/>. Acesso em 23 out. 2015.

INSTITUIÇÕES defendem inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo próprio. STF, Brasília, 19 ago. 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298028>. Acesso em 11 nov. 2015.

PROPOSTA do novo Código Penal descriminaliza uso privado de drogas. JusBrasil, 2013a. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/noticias/3133294/proposta-do-novo-codigo-penal-descriminaliza-uso-privado-de-drogas>. Acesso em 21 out. 2015.

RAMALHO, Renan. Decisão do STF sobre porte de droga terá “repercussão geral”. G1, Brasília, 18 ago. 2015a. Disponível em: <http://g1.globo.com//noticia/2015/08/decisao-do-stf-sobre-porte-de-droga-tera-repercussao-geral.html>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Dois ministros do STF votam para descriminalizar porte de maconha. G1, Brasília, 10 set. 2015b. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/09/d ois-ministros-do-stf-votam-para-descriminalizar-porte-de-maconha.html>. Acesso em 18 fev. 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Jerson Ramos de. O tráfico e a violência. CONAMP. Disponível em: <http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/509-o-trafico-e-a-violencia.html>. Acesso em 31 out. 2015.

STF julga porte de drogas; veja como são leis no mundo. BBC, 19 ago. 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150813_leis_droga s_mundo_cc>. Acesso em 29 out. 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Criminal 01113563.3/0-0000-000. Foro Distrital de São Sebastião de Grama, 6ª Câmara do 3° Grupo de Seção Criminal. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/RE%2063 5659.pdf>. Acesso em 10 fev. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. RSE: 17011920088070010 DF 0001701-19.2008.807.0010, Relator: SANDRA DE SANTIS, Data de Julgamento: 22/01/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 17/02/2009, DJ-e Pág. 84. Disponível em: < http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6087656 /rse-rse-17011920088070010-df-0001701-1920088070010>. Acesso em 10 fev. 2016.

_____. NOTA À IMPRENSA: Contra descriminalização do porte de drogas para consumo. JusBrasil, 2013b. Disponível em: <http://tj-df.jusbrasil.com.br/noticias/31 43069/nota-a-imprensa-contra-descriminalizacao-do-porte-de-drogas-para-consumo?print=true>. Acesso em 13 jan. 2016.

VASCONCELLOS, Ricardo Freire. Descriminalização das drogas: será que o Brasil está preparado para este passo? JusBrasil, 2014. Disponível em: <http://gerry.jusbrasil.com.br/noticias/130926056/descriminalizacao-das-drogas-sera-que-o-brasil-esta-preparado-para-este-passo>. Acesso em 25 out. 2015.

OS DILEMAS DO DIREITO PENAL EM UMA ERA GLOBALIZADA

SILVA, Kelly Cardoso da[1]

RESUMO

A sociedade hodierna, fruto da globalização, clama pela solução das novas demandas, exige do Estado uma ação enérgica e célere para conter a moderna criminalidade. E para atender a sociedade, o Estado lança mão de um caráter expansivo de antecipação da tutela penal. Assim, o Direito Penal caracteriza-se por políticas criminais que ao mesmo tempo preocupam-se com a prevenção e com a repressão exacerbada, confrontando-se ao Direito Penal clássico e garantista.

Palavras-chave: Sociedade, Criminalidade e Expansão.

THE CRIMINAL LAW DILEMMA IN AN ERA GLOBALIZED

ABSTRACT

The society, the result of globalization, calls for the new demands solution, requires the state a strong and swift action to contain the modern crime. And to meet the society, the State makes use of an expansive character of anticipation of penal law. Thus, the criminal law is characterized by criminal policies at the same time are concerned with prevention and with the heightened repression, confronting the Criminal Law and classic garantist.

Keywords: Society, Crime and Expansion.

[1] Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva – UDC.

1 INTRODUÇÃO

A análise da sociedade moderna e de suas características é imperiosa para o aferimento da possibilidade da existência de um 'Direito Penal Máximo' dentro de um Estado Democrático de Direito.

Transformando-se a sociedade, modifica-se o Direito, o qual não pode permanecer estagnado em políticas criminais e conceitos que não mais demonstram o eficientismo perante o novo modelo social.

Ignorar os novos paradigmas encontrados na sociedade moderna, opinar sem respaldo científico, criticar sem o conhecimento devido das teses clássicas, sem elaborar e/ou sem encontrar uma solução adequada e razoável para os problemas apresentados contemporaneamente podem constituir um erro.

Aliás, é também da ausência de informação e conhecimento científico que decorre, de maneira equivocada, a aplicação de um Direito Penal de Exclusão, incutindo no ordenamento jurídico uma insegurança maior do que aquela trazida pela contemporânea criminalidade desenfreada.

Contudo, para compreender a evolução do Direito e suas finalidades, é necessário conhecer a complexidade da sociedade moderna, que faz com que aquele busque metas que vão além de seus limites.

Essa visão corrompida ocorre em virtude de alguns fatores atuais, destacando-se: o aumento dos índices de criminalidade como decorrência da ineficácia do Estado em executar políticas públicas básicas; o abrandamento do Direito Penal clássico; a ineficiência do Estado na fiscalização e execução das penas, o que contribui, ainda que parcialmente, para o aumento da reincidência; a ampliação da sensação de insegurança da população, em razão da rápida transmissão de informações pelos meios de comunicação; a elaboração de novos tipos penais de perigo abstrato e de mera conduta como forma de combater os riscos criados pelos avanços da tecnologia; a utilização do Direito Penal (simbólico) como *prima ratio*, como forma de solucionar a curto período o problema da insegurança, ocasionando um excesso legislativo que resulta em leis desproporcionais e incoerentes; o fortalecimento de organizações criminosas pelo descrédito da população nas instituições e na crença da célere "justiça" realizada pelos delinquentes em face da demora do Estado, etc..

É importante ressaltar que a sociedade, assim como o Direito (inclua-se o Direito Penal), não configura algo certo e determinado - estanque -, mas sim, algo dinâmico, alçando novos bens jurídicos e configurações conforme sua evolução histórica.

Os novos tempos e a modificação do Direito Penal direcionam para a proteção das demandas surgidas e para alteração de sua dogmática, que até o momento era fundamentada em um modelo clássico.

As referidas alterações da sociedade geraram e ainda geram o interesse do Direito em proteger determinados bens, que se transformariam em jurídicos.

De tal modo, para efetivar a defesa e conservação da sociedade, o Direito evoluiu de forma de tutela de interesses particulares para forma de tutela de interesses difusos e transindividuais.

E não somente, falam-se ultimamente nos direitos fundamentais de quarta geração, que resultam da preocupação política imposta pelos avanços tecnológicos ao meio social, afetando suas estruturas culturais, econômicas e jurídicas. Esses abrangem o direto à democracia, à informação e ao pluralismo, englobando os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações (dimensões).

Proteger bens transindividuais e/ou coletivos resulta fazer escolhas complexas, tanto para selecioná-los, quanto para positivá-los, adotando-se em alguns casos características próprias do Direito Penal do Inimigo, como a antecipação da tutela.

Some-se a isto, que a moderna sociedade de bem-estar social se configura cada vez mais como uma sociedade de classes passivas – pensionistas, desempregados, destinatários de serviços públicos, consumidores etc., os quais como 'cidadãos' exigem do Poder Político a proteção dos seus novos interesses, até então, estranhos ao sistema jurídico.

O surgimento de novos bens jurídicos de titularidade transindividual e coletiva, o aparecimento de meios de prevenção e repressão distintos dos clássicos e a manifestação contínua de determinados movimentos sociais têm provocado uma espécie de entusiasmo punitivo em importantes setores da opinião pública, no Poder Legislativo e também nos operadores do Direito, que passam a defender um Princípio da Intervenção Máxima em detrimento do benemérito Princípio da Intervenção Mínima. Defende-se uma maior intervenção do Poder Estatal, principalmente no Direito Penal, como solução dos problemas apresentados pela sociedade.

Resta saber, entretanto, se a referida proteção de novos bens jurídicos pelo Direito Penal demonstra-se realmente imperiosa.

Essa necessidade poderá ser aferida após o estudo do contexto da sociedade 'pós-industrial', definindo-se os novos interesses sociais que gerariam as novas demandas penais e se analisando a maneira como vem se transformando a dogmática penal.

Com isso, dever-se-ia buscar a adoção de uma política criminal mais eficaz, evitando-se ao máximo a redução ou supressão de garantias penais e processuais e a institucionalização de um novo Direito Penal eminentemente preventivo, respeitando-se os preceitos constitucionais e trazidos em tratados referentes a direitos humanos.

Na prática, todavia, ocorre exatamente o oposto. Tem-se uma mídia sensacionalista influenciando o Poder Legislativo, que realiza suas produções com o escopo de simplesmente conter, de forma ilusória, o clamor da população, tão-somente para atingir objetivos políticos-eleitoreiros. Cria-se, então, um "Direito Penal de Aparência", onde a ilusão de paz pelo excesso de atos normativos se sobrepõe ao equilibrado e razoável arcabouço legislativo.

Assim, nessa forma de Direito Penal, a única certeza que se tem, é sua inegável crise, pois se encontra tal ramo desprovido do sentido ético e disposto a tudo para trazer soluções aparentes para conter a sensação de insegurança social. Uma crise que envolve, segundo Jesús-María Silva Sánchez1, o homem socializado numa sociedade que já não é mais uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses.

2 A GLOBALIZAÇÃO E SEU REFLEXO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A globalização, mesmo sendo um fenômeno econômico, auxilia na produção tanto da macro como da microcriminalidade, pois atinge as mais diversas classes sociais. Assim sendo, é inegável a influência da ordem jurídica pela ordem econômica, principalmente com o advento do processo de globalização.

As principais características da economia nesse contexto de globalização, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni2 são: Revolução Tecnológica e Comunicacional; redução do poder regulador econômico, sob o argumento de favorecimento de um mercado mundial; aceleração da concentração de capital; redução dos custos por corte de pessoal; competição entre os poderes políticos para atrair investimentos o que, paradoxalmente, reduz seus poderes, sobretudo em países periféricos; crescente desemprego e deterioração salarial; perda da capacidade dos Estados na mediação entre capital e trabalho; especulação financeira que adota

1 SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 11. p. 35.
2 ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal.** In. PIERANGELI, José Enrique (coord.). Coleção *Jus aeternum*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 1. V. p. 14-15.

formas que dificultam os limites entre lícito e ilícito; institucionalização de refúgios fiscais para capitais de origem ilícita, sem que exista efetivo e concreto interesse de combate, haja vista os interesses das instituições financeiras e bancárias em jogo; redução de precauções fiscais no afã de atrair capitais, etc..

A busca pelo lucro faz com que o mercado se arrisque e ultrapasse a fronteira do permitido. Tais ações são impossíveis de serem coibidas, especialmente porque não existe um sistema jurídico universal que aplique ou regulamente um mínimo ético necessário.

O enfraquecimento do sistema político traz consequências para a democracia, sobretudo no que tange suas funções de garantir a segurança pública, regular o trabalho e suas relações e promover o bem-estar social.

Denota-se que o sistema jurídico não estava preparado para essa globalização econômica. E as consequências dessa falta de preparo são agravadas ainda mais pelo avanço tecnológico da modernidade, em virtude dos riscos criados que geraram demandas que até então não existiam.

Apesar de toda a novidade, essas novas demandas para o Direito Penal não se diferenciam em sua base da criminalidade tradicional, mas se encontram em uma maior extensão, pois foram incrementadas por aqueles indivíduos que, dentro das sociedades pós-industriais, viviam e/ou vivem à margem das relações laboratícias estáveis ou são produtos de choques sociais e culturais produzidos pela marginalidade.

A discussão desde a perspectiva do Direito Penal não deve centrar-se tanto na determinação do modelo sociológico característico da sociedade atual. Relevante reconhecer, ao menos, certas transformações ou novidades, mudanças nas relações de intercâmbio e inter-relação social e consequências não previsíveis até agora, que desde este ponto de vista são novas, e estariam enfrentando o Direito Penal a certas dificuldades para operar da mesma maneira ou com os mesmos instrumentos que até pouco tempo eram habituais.

Tais dificuldades ou limitações na resposta ou nas soluções que o Direito Penal pode oferecer nas novas demandas1 – sem analisar agora seu caráter novo ou já em parte conhecido, faz com que se fale abertamente de uma crise na capacidade de rendimento do ordenamento jurídico, ou de crise de prestação deste ante os novos riscos, o que levaria a considerar a

1 Dispõem André Luís Callegari e Roberta Lofrano Andrade "Nessa senda, verifica-se a ocorrência de uma ampliação do conceito de bem jurídico, que passa a abarcar não somente os delimitados bens jurídicos individuais, mas também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais também os imprecisos bens jurídicos supraindividuais de caráter difuso. (...) Dessa forma, percebe-se uma alteração na clássica função de limitação e justificação da punição penal pela proteção de bens jurídicos, fazendo-se com que essa proteção passe a ser vista, pelo contrário, como um critério de ampliação da intervenção do poder punitivo estatal". (CALLEGARI, André Luís. *et al.* **Direito Penal e Globalização:** Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 16 e 25).

necessidade de uma mudança de perspectiva ou o desenvolvimento de novas estruturas e vias de imputação1.

Nos termos em que, no entanto, está sugerida a discussão sobre as mudanças que a sociedade do risco traria para o Direito Penal, o primeiro tema polêmico que surge é o de determinar até que ponto os supostos riscos são realmente novos. A disputa sobre este ponto parece algo de ampla magnitude, já que se reconhece que muitas das atividades ou dos sistemas geram riscos que não são estritamente novos, mas que simplesmente possuem atualmente um potencial danoso mais elevado.

Tudo isto deve ser analisado com o surgimento de novos âmbitos que se incorporam ao ordenamento penal, assim como setores que é visível um incremento dos preceitos penais, já que, não obstante alguns insistam em que nem todos aqueles são na realidade novos, reconhece-se que estes riscos produzem uma extensão e endurecimento de seu tratamento penal e, portanto, uma diminuição dos campos de atividade não controlada ou permitida.

Torna-se imperioso destacar, diante desse novo quadro, o surgimento de modernos âmbitos de atuação em face do nascimento de novos riscos aos bens jurídicos já protegidos ou eventualmente protegíveis, criando certas características que dificultam enormemente a possível reação do ordenamento, bem como sua efetividade e que, de maneira residual, podem chegar a afetar também a legitimidade de tal resposta.

As dificuldades a que se enfrenta a utilização dos instrumentos jurídicos tradicionais têm relação com fatores inerentes aos novos riscos, podendo sintetizar-se fundamentalmente nas seguintes: em primeiro lugar – e com uma significação inquestionável, a impossibilidade de dominar por completo, em toda sua dimensão espaço-temporal, as consequências da técnica, cuja autêntica potencialidade é dificilmente abordada e concretamente prevista pelas normas jurídicas. É de se destacar também, a este respeito, com o trepidante avanço científico e tecnológico chegou a autorizar que se fale em uma autêntica explosão de ignorância unida a este, no sentido de que se desconhecem dados fundamentais destes novos riscos e que cada avanço técnico-científico descobre novas áreas de ignorância. Constitui também fatos geradores de dificuldades, o fato de que dito progresso técnico tem lugar frequentemente pelas atividades de estruturas com organizações complexas e hierarquizadas, como são as empresas e inclusive

1 Em relação a criação de novas demandas, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth explica que "como consequência inafastável dos cada vez mais fortes sentimentos de insegurança e medo na sociedade contemporânea, tem-se o aumento da preocupação com as novas formas de criminalidade que se apresentam nesta realidade, notadamente as relacionadas ao crime organizado e ao terrorismo, sendo ao atentados terroristas ocorridos em Nova Iorque em setembro de 2001 considerados o estopim dessa nova doxa do medo, uma vez que expuseram ao mundo a sua própria fragilidade". (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal:** reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 29).

o próprio Estado, e que este também adota um papel determinado que pode ser de reprimir ou de fomentar os fenômenos sociais perigosos.

As características dos fenômenos acima descritos provocam, por sua vez, dificuldades para que as estruturas de imputação e tratamento jurídico possam oferecer uma resposta eficaz sem operar transformações ou proceder a interpretações flexíveis ou adaptadas às novas necessidades.

Junto às dificuldades assinaladas, há que acentuar um fator destacado por vários autores que pode qualificar-se como decisivo na explicação do fenômeno em estudo; trata-se da tendência crescente, observada na sociedade atual, de redefinir os acontecimentos lesivos como injustos, já que cada vez a sociedade parece menos disposta a considerar tais acontecimentos lesivos como meros acidentes. Favorece-se a tendência a imputar a realização do risco a autores individuais, atribuindo a estes indivíduos a autoria de acontecimentos lesivos que talvez antes se definisse como acidentes, vez que a psicologia social confirmou que quando algo sai mal se inicia a busca de um culpado e se acaba em muitas ocasiões encontrando algum, embora nem sempre de maneira justa1.

Assim, os percalços que fazem os distintos ramos do ordenamento jurídico fazerem frente aos novos fenômenos e suas eventuais consequências, unem-se a pressão de encontrar formas de imputação que permitam sempre fazer alguém responsável dos sucessos ou eventuais consequências indesejáveis.

Desta feita, uma vez apontada a caracterização da sociedade de risco e os problemas que esta pode trazer, é imperioso abordar um assunto não menos polêmico, como é o de determinar o que constituiria as linhas fundamentais da política criminal em tal sociedade. A análise da questão há de partir do fato de que, desde que o direito penal assumiu o topo da sociedade de risco, considera-se que isto traz consigo determinadas consequências que fazem surgir caracteres de uma específica política criminal e, posteriormente, também um específico Direito Penal de risco.

Tal política criminal, à primeira vista, caracterizaria por uma tendência ao Direito Penal preventivo com um acentuado adiantamento da proteção penal, o que implica, por uma parte, uma grande recorrência a formulação de delitos de perigo (em grande parte de perigo abstrato), assim como a configuração de novos bens jurídicos universais de vago conteúdo.

A mais importante diferença entre o velho e o novo direito preventivo é que o novo Direito Penal do controle global protege mais e distintos bens. Mais do que isso, os protege

1 BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo.** Madrid: Civitas, 2001. p. 44.

antes, em um estágio prévio a lesão do bem jurídico. Por outra parte, tal tendência preventiva implicaria uma flexibilização dos pressupostos clássicos de imputação objetivos e subjetivos, assim como de princípios garantistas próprios do Direito Penal de um Estado de Direito.

Aqueles que colocaram expressamente na estreita relação as manifestações da sociedade de risco com o desenvolvimento atual do Direito penal, destacam o interesse que teria a sociedade do risco em minimizar a insegurança e conseguir um controle global, embora isto provoque certas transformações já tratadas acima1.

Se a moderna sociedade de risco se caracteriza pela afloração de novos perigos para a vida, a saúde ou integridade, ou para as condições do meio ambiente, encontrar-se-ia com uma sociedade que não mais busca o bom para o bem-estar humano, mas que quer impedir o pior, resultando em uma natural ampliação na proteção penal de cada novo perigo. Assim, se afirma a este respeito que a política criminal seria influenciada de modo absolutamente decisivo pelo traço característico da sociedade de risco, já mencionado, a sensação de falta de segurança subjetiva, que suscitaria a reação de atuar pelo Direito Penal como meio calmante de percepção de insegurança. E isto com independência de que se trate de uma defesa frente a perigos sempre reais e não meramente fictícios ou de que seja o meio idôneo para combatê-los ou contra-atacá-los.

A demanda de proteção, em ocasiões massivas, canaliza-se, portanto, pela amplificação do Direito Penal, sem nem sempre constatar, em primeiro lugar, se a resposta obedece ao princípio de necessidade; em segundo lugar, se é a resposta adequada para conseguir as soluções mais idôneas e eficazes aos problemas abordados e, em terceiro lugar, mas não de menor relevância, se é uma resposta que se mantém dentro dos limites de uma intervenção legítima do Direito Penal.

Por isto, pode-se extrair a conclusão de que neste contexto parece problemático, tanto desde um ponto de vista moral como dos pressupostos do Estado de Direito, utilizar uma reação jurídica errônea ou equivocada, especialmente nos casos de ausência de perigos reais ou de dificuldades na capacidade de condução pelo ordenamento penal dos comportamentos que os provocam. Por outra parte, não se pode negar que uma reação destas características pode

1 Resumindo as características atuais do Direito Penal, Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth destaca as seguintes: "a) o incremento da criminalização a partir da proliferação de bens jurídicos de natureza coletiva, intangíveis ou abstrato; b) criminalização de atos de mera conduta, que prescindem da efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados; c) antecipação da intervenção penal ao estágio prévio à efetiva lesão do bem jurídico, generalizando-se a punição de atos preparatórios, como, por exemplo, a associação criminosa; d) ampliação da discricionariedade das autoridades policiais; e) aumento indiscriminado do limite de tempo da pena de prisão; f) alterações nas regras de imputação e no sistema de garantias penais e processuais, a partir da proliferação de tipos penais pouco precisos e de leis penais em branco, bem como da introdução da ideia de eficiência como princípio norteador do processo penal". (WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Direito Penal:** reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. p. 92).

constituir mera legislação simbólica que traz perigo a seriedade do direito penal, pois o efeito simbólico, uma vez descoberto, conduz a ineficácia.

Assim, esse traço peculiar da política criminal dos últimos anos conforma-se, sem dúvida, na tendência a um Direito Penal preventivo com um acentuado adiantamento da proteção penal, possuindo um sentido mais criminalizador que despenalizador. A tensão ou antinomia entre o princípio de intervenção mínima e o recurso penal criminal como *ultima ratio* por uma parte, e as tendências expansivas que pretendem atender as crescentes necessidades de tutela por outra, é resolvido claramente em favor das segundas1.

A constatação desta tendência ampliadora do Direito Penal assinala que tal expansão traz consigo importantes mudanças nas questões e problemas que se submetem a solução penal, e, portanto, uma transformação substancial das demandas que fazem frente aos problemas que surgem para resolvê-las. Expressando sucintamente, destaca-se que os novos setores que por contraposição ao chamado Direito Penal clássico pertencem ao que se denomina moderno Direito Penal, trazem problemas também novos ou tão complexos que não podem resolver-se satisfatoriamente com as soluções do velho modelo. A conclusão, a este respeito, seria que as crescentes e difusas demandas preventivas de uma política criminal interessada em controlar o risco não podem ser satisfeitas pelo Direito Penal liberal, que estaria mais bem dirigido ao passado, que está dotado de um arsenal de meios limitados e que, como instrumento preventivo, há de ser prudente.

Por tudo isto, nos últimos anos, estes problemas se converteram em crescente objeto de estudo e análise, com especial preocupação sobre as consequências do tratamento jurídico, pelas dificuldades para conciliar este com os princípios até agora aquilatados de imputação de responsabilidade penal, com os princípios básicos de um Estado de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aludido processo de modernização acentua-se pela flexibilização de instrumentos jurídico-penais em interesse de uma adaptação para as crescentes situações de ameaça e as necessidades de proteção, flexibilização a capacidade de adequação que põem em dúvida uma

1 Na mesma esteira Ripollés afirma a existência de uma séria de modificações substanciais no sistema de penas e sua execução que, em boa parte, inspira-se simplesmente no desejo de tornar mais gravosas para o delinquente as consequências derivadas do cometimento de um delito (RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal en la Encrucijada.** Montevideo- Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2007. p. 85).

estrita sujeição aos princípios já consolidados. Aprofundando nesta mudança de tendência, salienta-se que o Direito Penal constitui a barreira enfraquecida da política criminal, a situação atual apresenta, pelo contrário, como o braço alargado desta, ou seja, como instrumento da política criminal. Em outras palavras, pode-se dizer que o Direito Penal perde sua função de garantia da liberdade e se transforma em um elemento de intervenção flexível do Estado.

Como visto, a globalização econômica, a evolução histórica e todos os prenúncios da modernidade alcançaram a esfera penal. A sociedade globalizada possui em seu atual contexto as seguintes características: a deliberada política de criminalização; as frequentes alterações pelo legislador dos tipos penais; tipificação vaga dos novos bens jurídicos; a ampla utilização dos delitos de perigo abstrato, desconsiderando o princípio da lesividade; o uso do Direito Penal como *prima ratio*; a responsabilidade penal da pessoa jurídica; o aumento e endurecimento das restrições impostas na fase executiva da pena, etc.

Some-se a isto o fato de que o próprio processo penal está sofrendo profundas modificações para tornar-se célere, nem que para isso desrespeite direitos e garantias fundamentais.

O direito penal da modernidade, que se encontra em constante em mutação, continua se adequando a novas estruturas da era da globalização. Analisando-se tais características, é inquestionável que nessa conjuntura da sociedade pós-industrial, a busca pela prevenção tem conferido uma política criminal que vem criminalizando infrações meramente administrativas, tipificando meros atos preparatórios e abusando do uso dos tipos omissivos impróprios e de normas penais em branco.

É cabível, todavia, alertar que a utilização exclusiva da técnica legislativa do Direito Penal clássico não se coaduna com as novas figuras inerentes aos avanços tecnológicos da modernidade, mas também não autoriza mudanças desarrazoadas.

Deste modo, incumbem aos estudiosos do Direito Penal e ao legislador a árdua tarefa de adequar as políticas criminais com a dogmática penal, uma vez que não podem ser afastadas, porque o direito tem que se fundamentar na realidade empírica. Não se vislumbra a possibilidade do Direito Penal se adaptar ao modelo liberal, mas sim, ao moderno processo de globalização de forma delimitada e proporcional.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia y Sistema Penal**. Montevideo – Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2004.

BATISTA, Vera Malaguti. **Intolerância Dez, ou a Propaganda é a Alma do Negócio.** Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. V. 2. n. 4. Rio de Janeiro, 1997.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização:** as consequências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo Global.** Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre a Televisão.** Tradução de Maria Lúcia Machado. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRUNO, Aníbal. **Perigosidade Criminal e Medidas de Segurança.** Rio de Janeiro: Rio, 1997.

BUERGO, Blanca Mendoza. **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo.** Madrid: Civitas, 2001.

_____. **Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto.** Granada: Editorial Comares, 2001.

CALLEGARI, André Luís. DUTRA, Fernanda Arruda. **Derecho Penal Del Enemigo y Derechos Fundamentales**. in Direito Penal del Enemigo: El discurso penal de la exclusión. Montevideo-Buenos Aires: Edisofer S.I. Libros Jurídicos e Editorial D de F Ltda., 2006.

CALLEGARI, André Luís. *et. al.* **Direito Penal em Tempos de Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

CALLEGARI, André Luís. *et al*. **Direito Penal e Globalização:** Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Modelos e Movimentos de Política Criminal**. Tradução de Edmundo Oliveira. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

GARCIA, José Angel Brandariz. **Política Criminal de la Exclusión.** Granada: Comares, 2007.

JAKOBS, Günther. **Ciência do Direito e Ciência do Direito Penal.** Tradução de Maurício Antônio Ribeiro Lopes. Coleção Estudos de Direito Penal. São Paulo: Manole, 2003. 1. V.

_____. **Derecho Penal: Parte General**. 2. ed. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997.

_____. **Fundamentos do Direito Penal.** Tradução de André Luis Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **La Ciência Del Derecho Penal ante las Exigências del Presente.** Tradução de Teresa Manso Porto. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 2000.

_____. **Sobre la Normatización de la Dogmática Jurídico-penal.** Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernando Fijóo Sânchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigación em Filosofia y Derecho, 2004.

_____. **Sociedade, Norma e Pessoa:** teoria de um direito penal funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo:** noções e críticas. 4. ed. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JAKOBS, Günther. NAVARRETE, Miguel Polaino. **El Derecho Penal ante las Sociedades Modernas.** México: Flores Editor, 2006.

JAKOBS, Günther; NAVARRETE, Miguel Polaino; ORTS-POLAINO, Miguel. **El Derecho Penal del Enemigo en el Contexto del Funcionalismo.** México: Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2008.

MARTÍN, Luis Gracia. **O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTIN, Victor Gómez. **El Derecho Penal de Autor.** Valencia: Guada Impressores, S.L. PMcMedia, SL, 2007.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **La Política Criminal en la Encrucijada.** Montevideo- Buenos Aires: Editorial IbdeF, 2007.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A Expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 11. V.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Medo e Directo Penal:** Reflexos da Expansão Punitiva na Realidade Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl**. La globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal.** In. PIERANGELI, José Enrique (coord.). Coleção *Jus aeternum*. V. 1. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. **O Inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro, Revan, 2007.

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS CRIMES DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

CARDOSO, Poliana Lemes[1]
LOURES, Andressa Chiarentin[2]

RESUMO

A influência da mídia nos dias atuais é um fato inquestionável. A todo o momento, são divulgadas notícias que geram inquietação social por formar a opinião pública. Assim, é importante estudar os efeitos da mídia nas decisões judiciais, tomando como ponto inicial o caso da "Escola Base". No âmbito do direito penal, os meios de comunicação disseminam e acompanham delitos de todas as naturezas, dando atenção especial para aqueles que emocionam e chocam a sociedade, e que facilmente podem ser vendidos como matéria de vasta repercussão e comoção. Nesse ponto, a atuação da mídia sensacionalista passa a influenciar nas decisões jurídicas como as do Tribunal Popular do Júri, uma vez que a decisão no presente caso é tomada por meio de cidadãos idôneos, que vão julgar o acusado de acordo com seu livre convencimento. O presente trabalho busca analisar o papel que a mídia exerce na sociedade, e como sua influência pode ser negativa, quando diz respeito a crimes dolosos contra a vida de grande repercussão, em que às decisões devem ser tomadas pelo Tribunal do Júri, ao passo que noticia os fatos de forma parcial, fazendo com que o jurado passe a constituir um prejulgamento. Ao final do trabalho em questão, tendo como exemplos vários casos de grande repercussão que ocorreu no Brasil, percebe-se a mídia passou a influenciar sobremaneira nas decisões a serem tomadas no tribunal do júri.

Palavras-chave: Mídia, Tribunal do Júri, Sociedade.

ABSTRACT

The influence of the media nowadays is an unquestionable fact. At all times, different information come to our society, establishing rules, creating and forming opinions. Under the criminal law, the media spread and accompany crimes of all kinds, with special attention to those who impress and shock the society, and that can easily be sold as a matter of wide impact and shock. At this point, the performance of sensationalist media begins to influence the legal decisions as the Jury People's Court, since the decision in this case is taken through suitable citizens who will judge the accused according to its free conviction. This study aims to analyze the role that the media plays in society, and how their influence can be negative when it comes to crimes against life a great impact, where the decisions should be made by the jury, while news facts partially, causing the jury should become an prejudgment. At the end of the work in question, taking as examples several high-profile cases that occurred in Brazil, the media is perceived began to influence greatly the decisions to be taken in the jury.

Keywords: Media, Jury, Society.

[1] Acadêmica Poliana Lemes Cardoso, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Andressa Chiarentin Loures, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho traz em seu escopo os aspectos relacionados a análise sobre como a mídia transgredi os direitos constitucionalmente assegurados, quando expõe fatos criminosos que estão em fase de investigação, sem o devido respeito e cautela.

Esta prática acaba configurando uma colisão de direitos, sendo o direito à liberdade de expressão, que encontra suas raízes na previsão constitucional, e o direito a um procedimento criminal justo, imparcial, igualmente previsto na Carta Magna.

Os direitos das partes no processo estão sendo mitigados, em nome da liberdade de imprensa, que aos poucos vem assumindo uma posição elevada sobre qualquer outro direito humano, por muitas vezes anulando-o.

Ocorre que a influência da mídia acaba dificultando o desenvolvimento de um senso crítico da sociedade, uma vez que as informações crescem de forma desvirtuada e manipulada, acabando, por muitas vezes, por induzir o indivíduo a pensar da maneira em que está sendo divulgada a notícia.

Desta maneira a transmissão de fatos e opiniões servem como influência na produção e assimilação da veracidade da informação. Configurando desta maneira o exercício da mídia, que indireta e informalmente, controla a opinião social, ao passo que estabelece uma conduta, costumes e modismos.

A principal ideia do presente Art. é expor a construção de opinião pública mediante a influência midiática.

Fazendo-se necessária a análise de como a mídia aborda assuntos de cunho criminal, considerando que os meios de comunicação adotam o sensacionalismo como um modo de produção de informação, cujos critérios são de intensificação e exagero da realidade.

Contudo, não se pode olvidar que a imprensa tem seu imprescindível papel, em situações em que o interesse público fala mais alto, como por exemplo quando ocorre a divulgação da imagem do suspeito de cometer um ato criminoso, que se evadiu do distrito, antes ou depois da condenação, serve como medida para combater a impunidade. Outrossim, a imprensa não pode desatentar-se de que, em não havendo trânsito em julgado da sentença, para todo acusado, existe a presunção de inocência.

2 A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NOS CRIME DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI

A Constituição Federal de 88 atribui em seu Art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "d", a Competência do Tribunal do Júripara julgamento de processos de crimes dolosos, tentados e consumados, contra a vida (homicídio; infanticídio; o induzimento, investigação ou auxílio ao suicídio e aborto), bem como, quando presente, os delitos conexos, conforme disposto no art. 78, inciso I, do Código de Processo Penal[1].

Trata-se o Tribunal do Júri de um órgão especial do Poder Judiciário de primeira instância, integrado à Justiça Comum, colegiado e homogêneo, tendo em vista que se compõem por um juiz togado, que é o Presidente, bem como por vinte e cinco cidadãos, sorteados dentre os alistados, dos quais sete também escolhidos por sorteio, constituirão o Conselho de Sentença em cada sessão de julgamento, a quem compete o julgamento dos crimes dolosos perpetrados contra a vida, sendo estes consumados ou tentados. É um órgão temporário, vez que se reúne em sessões periódicas, e após estas é dissolvido. Impera-se a soberania de suas decisões, as quais são tomadas em caráter sigiloso, não necessitando de fundamentação, posto que baseadas na íntima convicção dos jurados leigos.[2]

Vale ressaltar, que o colendo de sentença, formado pelo tribunal do júri, exerce um mecanismo do exercício da cidadania e demonstra a importância da democracia na sociedade. Isso porque o órgão permite ao cidadão ser julgado por seus semelhantes e, principalmente, por assegurar a participação popular direta nos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário.[3]

Na definição de Mário Rocha Lopes Filho:

> É o Tribunal do Júri uma forma de exercício popular do poder judicial, daí derivando sua legitimidade, constituindo-se um mecanismo efetivo de participação popular, ou seja, o exercício do poder emana diretamente do povo, que tem como similar os institutos previstos na Constituição Federal.[4]

Nesse sentido, pode-se dizer que o tribunal do júri serve como instrumento de participação de cidadãos nas decisões política criminal de seu país, todavia merecido registrar que as pessoas que farão parte do conselho de sentença, são escolhidas por sua idoneidade e não por sua posição social.

---

[1] Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:
I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

[2]TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 837-838.

[3]<http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_comofunciona.pdf> acesso em 04.04.2016

[4]LOPES FILHO, Mário Rocha. O Tribunal do Júri e Algumas Variáveis Potenciais de Influência. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 15.

No que diz respeito à convocação dos jurados, Guilherme de Souza Nucci explica que:

> O ideal, certamente, seria a formação do corpo de jurados com pessoas de todas as classes sociais, mas, conforme a cristalina recomendação de Pontes de Miranda, que possuíssem bons antecedentes criminais, boa conduta social e cultura. O júri é, por natureza, um corpo julgador que decide por íntima convicção, mas baseado num sistema normativo codificado, ou seja, as partes – Promotor e Defesa – buscam esclarecer aos jurados as teses que possuem para a condenação e para a absolvição. Os argumentos envolvem questões acerca da culpabilidade, bem como avaliação de provas, matérias complexas que exigem no mínimo, cultura para a devida compreensão. [...] Pessoas incultas podem ter muito bom senso, mas certamente têm imensa dificuldade de compreender teses jurídicas e análises de fatos extraídas da prova dos autos. Poderá haver o julgamento pela aparência, ou seja, conforme se apresentar o réu, de acordo com a melhor retórica, e, fundamentalmente, seguindo instintos e impulsos emocionais, o Conselho de Sentença terminaria condenando ou absolvendo. [...] Somente numa comunidade homogênea, com população instruída – ao menos alfabetizada – pode-se reclamar um Júri formado de jurados extraídos de várias classes. Não é porque um miserável analfabeto será julgado pelo Tribunal Popular que o Conselho de Sentença deva ser formado por pessoas de igual posição. Terá ele melhores chances perante o corpo de juízes cultos, que analisem a prova com isenção, até mesmo compreendendo os problemas sociais que afligem a comunidade, do que diante de um conselho leigo e igualmente inculto, o qual irá julgar por impulsos emocionais. Poderá, nesse caso, o réu ter sorte e conseguir a simpatia dos jurados, mas se o contrário ocorrer, certamente ele não terá chances e será condenado. [...] Parece mais indicado continuar formando o corpo de jurados nas bases atuais, mesmo que pareçam conselhos elitistas e distanciados da realidade social, para a segurança do próprio acusado. A plenitude de sua defesa somente será efetivamente assegurada caso as teses expostas em plenário sejam compreendidas e analisadas por jurados imparciais e da forma menos emocional possível. [...] Se o magistrado togado exige-se o máximo de conhecimento possível, o correto é buscar o mesmo dos jurados.[1]

Portanto, as pessoas que farão parte do conselho de sentença, chamados de juízes da causa, formarão seu livre convencimento, de acordo com as provas constantes nos autos, que serão apresentadas pelas partes (Ministério Público e Defesa), durante a sessão de julgamento.

Com relação a votação, o jurado (juiz da causa), sem necessidade de fundamentar sua decisão, votando de acordo com seus valores morais, intelectuais e emocionais, deverá absolver e absolver o acusado.

Nessa vertente, os crimes dolosos contra a vida, levados a julgamento pelo tribunal do júri, são eivados de valor moral pela sociedade, sendo certo que muito embora não haja fundamentação na decisão, o conselho de sentença deve analisar os fatos com imparcialidade, e quando parcial, deve manifestar seu impedimento, anteriormente ao início do julgamento e do juramento, oportunidade em que se compromete a dizer a verdade.

Todavia, a imparcialidade que deve ter o jurado, ao analisar o que lhe está sendo apresentado pelas partes, acaba sendo prejudicada, quando falamos em casos de grande repercussão, e há latente influência da mídia.

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: Princípios Constitucionais, Editora Juarez de Oliveira. São Paulo. 1999. p. 146-149.

Mídia, pode ser definida como sendo: "Meios de comunicação de massa: imprensa, televisão, rádio, internet, telefone, teatro, cinema, dança, etc."[1]

Portanto, a mídia são os meios de comunicação de massa, difusores de informações, sendo assim, a sociedade passa a ser influenciada pelo que ouve e vê através dos meios de comunicação, formando, assim a opinião pública, que pode ser interpretada como juízo coletivo adotado e exteriorizado no mesmo direcionamento por um grupo de pessoas com expressiva representatividade popular sobre algo de interesse geral.[2]

Certo é que a mídia desempenha uma função importantíssima na sociedade, vez que torna o acesso às informações, por meio de seus veículos de comunicação de massa, de forma rápida e eficaz, repassando a população às notícias quase em tempo real.

Em que pese de grande importância para os dias atuais, verifica-se que nem sempre as informações vinculadas aos meios de comunicação são pautadas na realidade e condizem com a verdade, assim tendo em vista que a mídia exerce grande poder de formar e transformar a opinião pública, quando propaga notícias fantasiosas e que servem, tão somente para ganhar ibope, acarreta sérios problemas, vez que conduzem a formação da opinião pública que não condiz com a verdade.

Nesse sentido, observa Juliana de Azevedo Santa Rosa Câmara:

> Nesse contexto, pode-se afirmar que a opinião pública, considerada como o amálgama de ideias e valores que externam o modo de pensar de determinados grupos sociais acerca de assuntos específicos, é edificada sobre o tripé sujeito-experiência-intelecto. Com a difusão da comunicação de massa, foi acrescida a esse contexto a informação mediatizada, que, conjugada ao analfabetismo funcional que assola a população brasileira, passou a ditar unilateralmente o quadro fático-valorativo a ser absorvido pela massa populacional.[3]

Por isso, a realidade da qual se tem conhecimento através dos meios de comunicação passa a ser uma realidade construída de acordo com os interesses de cada veículo de comunicação, que publica a informação da maneira como quer a fim de atingir um objetivo próprio,[4]

---

[1]<http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/m%C3%ADdia/2995/> acesso em 04.04.2016

[2] NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro/RJ, 2010. p. 23. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16733/16733.PDF> Acesso em: 04.04.2016.

[3] CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**. Revista Esmese – Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju/SE, n. 17, 2012. p. 268. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf> Acesso em: 18 abr. 2013.

[4] MENDONÇA, Fernanda Graebin. **A (má) influência da mídia das decisões pelo tribunal do júri.** 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. UFSM, Santa Maria/RS, 2013. p. 374. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf> acesso em: 04.04.2016

Assim, diante da leva de informações repassadas pelos meios midiáticos, se quer prejudicial ou não ao acusado, anteriormente ao julgamento pelo tribunal do júri, acarreta efeitos desfavoráveis frente à concretização de um julgamento "imparcial e justo".

Entretanto, ainda, que o direito de imprensa seja livre em nosso país, essa liberdade não é absolta, uma vez que a Constituição Federal, em se Art. 220, dispõe que a divulgação de informação através dos meios de comunicação, deve levar em conta os direitos fundamentais do indivíduo, insculpido no art. 5º, do mesmo diploma legal.

Dispõe o art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal de 1988, que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente[1], todavia com a disseminação pelos meios de comunicação de prejulgamentos, os quais não tem ligação com o processo, constata-se, por meio do texto constitucional, um conflito entre o devido processo legal e a liberdade de expressão.

Com relação ao tema pode-se citar César Antônio Filho de Oliveira:

> Neste contexto, evidencia-se que a mídia e o Poder Judiciário realizam seus trabalhos com atitudes bem distintas. Àquela busca sempre propagar a notícia o mais ligeiramente possível, sem se ater a um debate mais amadurecido sobre os temas tratados, haja vista que, para a mesma, o fundamental é a repercussão dos fatos no momento em que estes estão acontecendo. Este por sua vez, necessita de um lapso maior para apurar a notícia, de forma que objetiva confrontar os fatos, argumentos e reflexões sobre tais notícias, sendo que o decurso do tempo é essencial para a construção da verdade.[2]

No que diz respeito a fatos relacionados ao direito penal, verifica-se que a manipulação que os veículos midiáticos exercem sobre a sociedade, vem se mostrando cada vez mais habitual, vez que passou a pautar com ênfase o crescente aumento da criminalidade em nosso país, razão pela qual passa a se desacreditar no sistema penal brasileiro.

Arianne Câmara Nery, afirma que é possível destacar, em qualquer dos órgãos da mídia, espaços dedicados à questão criminal, com nítida preferência a alguns tipos de crimes, previamente selecionados, que são reiteradamente exibidos, narrados e descritos constantemente. Neste cenário, é possível que tamanha quantidade de informações veiculadas exerça alguma forte influência no comportamento das pessoas em geral, o que é extensível aos sujeitos processuais – especialmente ao juiz[3].

---

[1]<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em 05.04.2016

[2] OLIVEIRA, César Antônio Filho de. A influência da mídia no Tribunal do Júri à luz dos princípios e garantias constitucionais que regem o Processo Penal Brasileiro. Jusnavegandi. 2014. Disponível em <https://jus.com.br/Art.s/28520/a-influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri-a-luz-dos-principios-e-garantias-constitucionais-que-regem-o-processo-penal-brasileiro> acesso em: 04.04.2016.

[3] NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro/RJ, 2010. p. 23. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16733/16733.PDF> Acesso em: 04.04.2016.

Importante destacar que as notícias relacionadas a crimes de grande repercussão passaram a ser de grande interesse da mídia sensacionalista, a qual dissemina exageradamente as notícias, com o intuito de apelar para o emotivo dos telespectadores, por meio de comentários e expressões que chocam e que chama a atenção, porém, como já mencionado, geralmente essas informações, nem sempre, condiz com a realidade.

Juliana Câmara, explica que:[1]

> [...] nesta dinâmica que se move os órgãos jornalísticos emerge o sensacionalismo, consistente num modo de veicular a notícia que extrapola os lindes do fato realmente ocorrido, acabando por se imiscuir numa fantasia novelesca.

Verifica-se que de maneira geral, os programas sensacionalistas têm maior preferência pela notícia do mundo criminal, destacando-se, os crimes dolosos contra a vida, vez que exercem grande impacto na sociedade em que vivemos.

O impacto negativo ao qual nos reportamos, diz respeito ao prejulgamento formado pelos membros da sociedade, que serão os juízes da causa, nos processos relacionados ao tribunal do júri, causando sérios prejuízos ao réu, uma vez que estão lidando com a liberdade do indivíduo, que depois da vida, é o bem tutelado de maior relevância.

Desta forma, a atuação dos meios de comunicação, no âmbito do direito penal, passa a comprometer o direito e garantia fundamental, vez que passa a influenciar, negativamente, em julgamentos relacionados ao tribunal do júri, tendo a sociedade, nesses casos, o poder de decidir o futuro do indivíduo.

Outrossim, a decisão o jurado deveria ser pautado, tão somente, nas informações que venha a tomar conhecimento no momento do julgamento, entretanto com a disseminação da informação e atuação incessante dos meios de comunicação, passa a levar a sociedade por uma grande comoção nacional, ao passo que, geralmente, as decisões são tomadas através das informações em que se tomou conhecimento por meio da mídia, as quais nem sempre condiz com a verdade. Frise-se que vários crimes tiveram repercussão nacional, oportunidade em que a mídia de forma incessante, passou a incentivar a sociedade em postular por penas mais severas do legislador.

Todavia, a intenção do legislador de dar uma resposta à sociedade, através dos meios de comunicação resultou na ineficácia da pretensão, vez que o índice da criminalidade continua latente nosso país.

[1] CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**. Revista Esmese – Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju/SE, n. 17, 2012. p. 269. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf> Acesso em: 18 abr. 2013.

Neste diapasão, Yabiku salienta:

> Esses anseios – muitas vezes, não pautados pela racionalidade, mas pelas paixões do momento – têm poder de mobilização fortíssimo. A violência e a ameaça de ser vítima dela são motivos muito fortes, ainda mais com a dramatização proposta pelos meios de comunicação social. O medo da morte violenta e da ação dos delinquentes, que não respeitam as Leis e as convenções sociais, exige uma resposta, mesmo que seja simbólica e ilusória para subsidiar os populares de alguma sensação de segurança. Ainda que esse anseio por uma sensação de segurança tenha como resposta uma legislação rígida e mal-formulada, passível de manipulação político-eleitoral. O resultado é a fomentação de uma política criminal de recrudescimento do Direito Penal e do Direito Processual Penal, como se pode observar.[1]

A atuação da mídia no âmbito do direito penal vem comprometendo direitos e garantias fundamentais, muitas vezes invioláveis dos cidadãos, expondo de maneira exacerbada os envolvidos em delitos de grande repercussão em nosso país, passando a manipular e influenciar as decisões da sociedade, que passam a compor o colendo de sentença do Tribunal do Júri, comumente chamado de Tribunal Popular.

Verifica-se que as decisões acerca do futuro do acusado são tomadas de acordo com as informações que passam a tomar conhecimento por através dos veículos midiáticos. Sendo assim, para fins exemplificativos, cumpre trazer à baila, alguns julgamentos de grande repercussão, em que a atuação incessante dos meios de comunicação acabou por criar uma situação de exorbitante comoção da sociedade.

2.1 CASO DANIELA PEREZ

Guilherme de Pádua juntamente com sua esposa, são responsáveis pelo assassinato brutal de Daniela Perez, ao qual desferiram dezoito tesouradas em todo corpo da vítima, filha da renomada autora de novelas Glória Perez. Este trágico episódio da vida real causou tamanha repulsa na sociedade que resultou na publicação da lei nº 8.930/94, incluindo no rol dos crimes hediondos o homicídio qualificado.

Daniella Perez[2] foi assassinada na noite de 28 de dezembro de 1992, por volta das 21h30min, logo após ter deixado os estúdios da Rede Globo. Seu corpo foi encontrado em um matagal na Barra da Tijuca.

---

[1]YABIKU, Roger Moko. Um estudo de caso sobre a progressão de regime nos crimes hediondos: o hc nº 82.959-7 e a imprensa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1022, 19 abr. 2006. p. 04. Disponível em: <http://jus.com.br/Art.s/8273>. Acesso em: 04.04.2016.

[2] DANIELLA PEREZ. **Arquivos de um processo.** O crime. Disponível em http://www.daniellaperez.com.br/?p=2039. Acesso em 04 abril 16.

Tratou-se de uma execução, um crime covardemente premeditado, tendo ambos os acusados reivindicado o direito de falarem somente em juízo, além de se negarem a fazer a reconstituição de todas as versões mirabolantes que contaram.

O julgamento foi protelado por cinco anos, enquanto testou-se inúmeras versões através da imprensa, o casal teve diversos habeas corpus impetrados, todos negados pelo poder judiciário.

Antes de confessar a autoria do crime, Guilherme de Pádua, muito dissimulado, procurou Glória Perez e o ator Raul Gazolla, na época marido da vítima, para prestar solidariedade.

Entre as inúmeras versões cogitou-se que Guilherme de Pádua estaria confundindo a ficção com a vida real e que estaria apaixonado por Daniella. Foi cogitado, inclusive, que os dois estariam vivendo um romance fora das telas, história negada por todos os colegas de elenco.

Somente em janeiro de 1997, o juiz José Geraldo Antonio condenou o acusado a dezenove anos de prisão pela morte da atriz. E posteriormente, em 16 de maio daquele mesmo ano, após quarenta e quatro horas de julgamento, o magistrado condenou Paula, esposa de Guilherme, a dezoito anos e seis meses por sua participação no crime. O público presente comemorou a sentença prolatada com uma salva de palmas.

A referida inclusão do homicídio qualificado entre os crimes hediondos atendeu aos reclamos, principalmente das pessoas mais sofridas e potencialmente expostas a serem vítimas de violência, além de algumas posições doutrinárias.

Em que pese a comemoração de grande parte da população a decisão também desagradou a muitos, entre estes, a Associação dos Advogados Criminais do Estado de São Paulo (Acrimesp) que protestou contra a sanção desta lei, enviando mensagens ao então presidente Itamar Franco, a qual criticava a medida.

O argumento para tal crítica era a de que “é um grande equívoco acreditar-se que, por meio do aumento da quantidade de penas, se possa diminuir a criminalidade”, acrescentando a mensagem a informação que “nos quatro anos de existência da lei dos crimes hediondos, os sequestros e o tráfico de entorpecentes só aumentaram, o que vem a demonstrar que a legislação provocou mais desastres do que benefícios”.

2.2 CASO SUZANNE VON RICHTOFEN

Outro caso com muita repercussão e repúdio pela imprensa nacional é o da jovem Suzanne Von Richtofen que, juntamente com o namorado e o irmão de seu namorado, conhecidos como os irmãos Cravinhos, planejaram e executaram seus pais.

A jovem em uma tentativa de melhorar sua imagem diante da opinião pública, concedeu entrevista ao programa de televisão denominado “Fantástico”, sendo que durante a mencionada reportagem vestia roupa temática infantil e pantufas, agindo de maneira acanhada e chorando, tentando transparecer sentimento de inocência e arrependimento pelo ocorrido.

Para surpresa de todos, os jornalistas antes da gravação que iria ser publicada, deixaram câmeras e microfones ligados, oportunidade em que registraram Suzanne recebendo instruções de seus advogados, para que ela chorasse quando fosse entrevistada, vindo estas imagens ao ar sem qualquer corte. Por meio desta publicação, foi violado o segredo que norteia as comunicações entre o advogado e clientes, com efeito, violou, inegavelmente, o direito constitucional de não produzir provas contra si mesma, de modo que, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), não autorizou seu aproveitamento quando do julgamento dela e dos irmãos Cravinhos.

O STJ, entretanto, julgando o HC nº 59.967, em junho de 2006 negou o pedido de liberdade provisória de Suzanne, cassou a liminar concedida pelo Ministro Nilson Naves (que havia deferido a prisão domiciliar) e determinou o desentranhamento da fita com a gravação da conversa de Suzanne e seu advogado.

Contudo, não se pode negar que mesmo com a determinação da execução do material, a realidade é que os danos já haviam sido concretizados, tanto na cassação da liminar da prisão domiciliar, como a determinação de sua culpa defendida pelos jurados no momento da decisão sobre a ocorrência do crime que lhe era imputado. Pautando-se a conduta dos jornalistas em inegável ilicitude.

2.3 CASO ISABELA NARDONI

Outra ocorrência de grande cobertura midiática foi o da menina Isabella Nardoni, sucedido no ano de 2008, tragédia abominável em que a população suplicou por justiça.

Consoante com Fernando Porfirio[1] no dia 29 de março de 2008 às 23h30min Isabella de Oliveira Nardoni, uma menina de apenas cinco anos de idade, caiu do sexto andar do edifício London, onde vivia com seu pai, madrasta e seus irmãos. Após um longo inquérito policial, concluiu-se que seu próprio pai, Alexandre Nardoni e a sua madrasta Ana Carolina Jatobá cometeram o crime.

O caso gerou grande repercussão na mídia nacional e internacional, produzindo interpretações contínuas, ao longo de toda a investigação policial e processo criminal. Após cinco dias de júri, o julgamento que parou o Brasil chegou a um veredito: pai e madrasta foram condenados na madrugada do dia 27 de março de 2010 pela morte de Isabella.

O júri foi realizado no fórum de Santana, ao casal foram imputadas as práticas de agressão, estrangulamento e compelir a menina do sexto andar do edifício.

Defesa e acusação tiveram um total de dezesseis testemunhas, sendo onze da defesa, duas da acusação e outras três em comum. O promotor que conduziu foi Francisco Taddei Cembranelli.

O júri condenou o casal por homicídio triplamente qualificado e fraude processual, o juiz do caso, Mauricio Fossen, fixou a pena de Alexandre Nardoni em 31 anos, 01 mês e 10 dias em regime fechado, pena maior do que a de sua esposa, devido ele ser pai da vítima, enquanto a pena de Ana Carolina Jatobá foi de 26 anos e 8 meses. Igualmente foram condenados a oito meses de prisão em regime semiaberto pela fraude processual, em razão da alteração da cena do crime.

O julgamento foi transmitido ao vivo e o pronunciamento do juiz-presidente, por meio de locução, tendo ocorrido o proferimento por volta das 0h40min, a qual foi comemorada por cerca de duzentas pessoas que acompanhavam a movimentação do julgamento.

O defensor dos réus imediatamente recorreu da decisão, entretanto, o magistrado negou o pedido de recurso de um novo júri e a anulação da condenação, fundamentando que a mudança do código de processo penal em relação à extinção do novo júri deveria ser aplicada a todos os casos, até mesmo os anteriores.

O caso em tela é um modelo de prática da mídia na exploração de um fato, uma vez que a família era de classe média, a vítima era uma criança, e o pai e a madrasta foram os principais suspeitos do cometimento do crime.

[1] PORFÍRIO, Fernando. Pai e Madrasta de Isabella são denunciados por homicídio. Revista Consultor Jurídico. Disponivel em http://www.conjur.com.br/static/text/65437,1>. Acesso em 04 de abril. 2016.

Não era conhecido nenhum envolvimento anterior dos acusados em outras práticas delituosas. A morte da menina Isabella apresentava características que favoreceram a prática do sensacionalismo, pois as notícias eram ruins, por si só, matéria-prima rica para o sensacionalismo.

A cobertura exaustiva, dia após dia, produzindo como uma novela ou minissérie, que podia ser acompanhada em qualquer canal, nos mais diversos horários.

O caso envolvendo essa família se insere perfeitamente nessa perigosa condição de julgados exercida pela mídia, no qual a esmagadora maioria dos meios de comunicação já tinha condenado o casal em questão, antes mesmo da sentença.

Conforme Claudio José Amaral Bahia e Ana Carolina Peduti Abujamra[1] cabe ao Poder Judiciário julgar o caso:

> Se o casal é realmente culpado pelo homicídio da menina Isabella, cabe ao Poder Judiciário decidir não podendo permitir, sob o falso manto da liberdade de expressão e informação, que referidos jurisdicionados sejam levados a conspurcação pública, até porque no Brasil crimes mais ou tão gravosos quanto esses ocorrem a todo momento e nada é noticiado.

É possível perceber, então, que a imprensa, de uma maneira geral, somente está interessada em vender essa notícia lamentável, conforme nota da Redação do site UOL[2]:

> Fantástico tem a maior audiência do ano e pico de 43 pontos com mãe de Isabella, Ana Carolina Oliveira, a mãe de Isabella Nardoni, em entrevista ao Fantástico. O "Fantástico" teve sua maior audiência do ano nesse domingo (11) com a exibição de entrevista de Ana Carolina Oliveira, mãe de Isabella Nardoni. O programa registrou 33 de média no Ibope e 50% de participação. O pico foi de 43 pontos no horário da exibição da entrevista. O programa foi ao ar das 20h51 às 23h15. Cada ponto no Ibope representa cerca de 55,5 mil domicílios na região pesquisada (Grande São Paulo).

Os casos ora explicitados são exemplos de como a pressão da opinião pública pode repercutir na esfera jurídica, considerando que em todos os casos, os réus eram primários, com bons antecedentes, residência fixa, e mesmo assim foram decretadas suas prisões preventivas, unicamente em virtude do clamor popular.

Portanto, observa-se como o princípio da presunção de inocência é afastado pela publicidade opressiva de julgamentos criminais conduzidos pela mídia. Evidencia-se a dificuldade de conciliar a liberdade de imprensa com os princípios constitucionais que abarcam o tribunal do júri, sendo necessária a busca por uma solução para um equilíbrio entre a liberdade

[1] BAHIA, Claudio José Amaral; ABJUAMARA, Ana Carolina Peduti. **Da necessidade do Exercicio Escorreito da Liberdade de Imprensa como Corolário do Devido Processo Legal**. São Paulo : Revista dos Tribunais, v.882, n.98, abril de 2009, p.399.

[2] REDAÇÃO. **Fantástico tem a maior Audiência do Ano e Pico de 43 Pontos com Mãe de Isabella.** Disponivel em http://televisaouol.com.br/ultimas-noticias/2008/05/21/ult4244u968.jhtm>. Acesso em 04 de abril de 2016

de imprensa e o direito a ter um julgamento justo, tendo em vista que entre eles sobrepõe os direitos fundamentais do indivíduo, como o direito a intimidade, a honra, a imagem e seus direitos a presumir-se inocente, direito ao silencio, direito a ampla defesa.

2.4 CASO LINDEMBERG ALVES FERNANDES

O mais longo cárcere privado da história de São Paulo ocorreu em 13 de outubro de 2008, vitimando a jovem Eloá Cristina Pimentel[1] no apartamento em que morava com a família, em um conjunto habitacional na periferia de Santo André – SP, feita refém por seu ex-namorado. O crime durou aproximadamente cem horas, sendo registrado integralmente pela mídia brasileira.

O episódio ganhou enorme repercussão nacional, em virtude de que Lindemberg e Eloá tiveram um relacionamento amoroso, e o réu inconformado com o fim do relacionamento, invadiu a casa armado e deu início ao sequestro objetivando reatar o namoro.

O caso findou-se após algumas negociações e uma sequência de atos desordenados da polícia paulista, que não fora suficiente para salvar Eloá do disparo de arma de fogo deflagrado por seu ex-namorado, vindo a óbito a jovem no dia seguinte.

No dia 17 de fevereiro de 2012, a juíza Milene Dias proferiu a sentença, condenando o réu na prática de onze delitos além do homicídio consumado em desfavor de Eloá, condenando-o a pena total de noventa e oito anos e dez meses de reclusão.

2.5 CASO ELISA SAMÚDIO

O caso ficou conhecido no país inteiro por envolver um jogador de futebol, na época titular do Flamengo, grande clube brasileiro, o goleiro Bruno[2]. O fato se dá no momento em que a atriz e modelo Eliza Samudio desapareceu, a jovem era amante do goleiro na época.

[1] UOL NOTICIAS. "**Lindemberg agrediu Eloá várias vezes e se vangloriava da repercussão do caso, diz amiga da vítima".** Disponível em http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/13/lindemberg-passou-a-perseguir-eloa-apos-o-fim-do-namoro-diz-amiga-da-vitima-.htm#fotoNav=82. Acesso em 04 de abril de 2016.
[2]TERRA. **Caso Bruno. Eliza Samudio: veja detalhes sobre o crime.** Disponível em: http://www.terra.com.br/noticias/infograficos/caso-bruno/. Acesso em 04 abril de 2016

Eliza desapareceu no ano de 2010 e seu corpo jamais foi localizado. Ela tinha 25 anos na época e era mãe de um recém-nascido, filho de Bruno. Na época, o jogador recusava-se reconhecer a paternidade do filho.

As investigações revelaram que Eliza foi levada do Rio de Janeiro para Minas Gerais por Luiz Henrique Romão, o então conhecido Macarrão, amigo de Bruno e por um primo do goleiro. Ela teria sido mantida em cárcere privado no local e assassinada no dia 10 de junho pelo ex-policial Marcos Aparecido dos Santos, o Bola.

A notícia do assassinato de Eliza invadiu todos os meios de comunicação. Todos os dias, as redes de comunicação foram inundadas com novas versões e novos fatos sobre os acontecimentos relacionados ao acontecimento. A sociedade clamava por sua elucidação e pelo julgamento dos indiciados do fato criminoso.

Há inúmeras peculiaridades que proporcionam grande destaque e maior interesse pela sociedade, uma vez que se evidencia a maneira bárbara como há indícios de ter sido cometido o crime; o suposto criminoso, ser uma figura pública em ascensão no futebol, sendo o esporte mais importante e de um dos clubes mais idolatrados do país; e o motivo banal para o seu cometimento, sendo a busca pelo reconhecimento de paternidade de uma criança.

No caso em tela, resta clara a configuração da existência de um crime, ainda que não se possa afirmar a ocorrência de um homicídio, ante a ausência de prova da materialidade, ou seja, a falta do corpo da vítima. Mas, pode-se falar convictamente que houve dois crimes, o de sequestro e de cárcere privado.

Em casos como este, que envolvem grande clamor público, quer seja pela maneira como foi cometido, quer seja pelos envolvidos, ou até mesmo pela motivação para seu cometimento, o papel da imprensa se amplia.

Como já anteriormente mencionado, não há como não reconhecer que a imprensa tem papel relevante na sociedade brasileira, formando e alimentando a opinião pública, influenciando o pensamento das pessoas, que na maioria das vezes não possuem outro meio de acesso a informação e cultura do que aquela levada a cabo pela imprensa. Portanto, a mídia tem um verdadeiro compromisso com a busca pela verdade dos fatos, sobretudo, sobre a forma como tais fatos serão divulgados.

No caso Eliza Samudio, na época do fato, ao ligar a televisão, abrir um jornal ou revista, acessar um sítio na internet, muitas vezes tinha-se a impressão que estava sendo narrado um caso de novela, a cada dia um novo capitulo, tamanha a rapidez como os fatos foram divulgados, ou mesmo um “circo de horrores”, frente a tantas versões para os fatos noticiados.

Nota-se que a imprensa tem desempenhado papel proeminente na divulgação, bem como no deslinde de inúmeros crimes, no entanto, deve-se ressaltar que a publicação de notícias deve ser respaldada em responsabilidade e atenção, tendo em vista a vasta influência que alcança. Analisando os exemplos supramencionados, verifica-se que o papel da mídia, em casos de grande repercussão, ultrapassa as fronteiras da informação, passando a manipular a sociedade, influenciando sobremaneira a opinião das pessoas que não possuem acesso as notícias verdadeiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na atualidade, o acesso a informações transmitidas pelos meios de comunicação tem chegado quase a sua totalidade, vez que grande parte dos brasileiros tem acesso a televisão, internet, rádio, dentre outros veículos de comunicação.

Ocorre que muito embora a notícia seja propagada para todos os brasileiros, verifica-se que nem todos são capazes de digerir positivamente as informações que lhe são apresentadas, e essa incapacidade de algumas pessoas de formar raciocínios verdadeiros e sólidos sobre o que se vê, lê, ou ouve, acaba sendo indubitavelmente prejudicado no que diz respeito ao fenômeno do crime.

A predileção da mídia pelos fatos que envolvem a criminalidade é evidente, e a sociedade, diante da grande leva de notícias disseminadas pelos meios de comunicação, nem sempre consegue separar os fatos relevantes, daqueles que são colocados à disposição da população com o intuito de somente impressionar e chocar o público alvo.

No que diz respeito à influência que a mídia exerce nos crimes de competência do tribunal popular do júri, muitas vezes vislumbra-se a violação de garantias e direitos fundamentais dos envolvidos no delito, uma vez que a manipulação dos fatos faz com que a sociedade, juízes da causa, nos crimes dolosos contra a vida, passe a ter um prejulgamento, advindo dos noticiários sensacionalistas.

O verdadeiro papel da mídia em nossa sociedade é de propagar a notícia de maneira honesta e com responsabilidade, vez que contribui ativamente no ato de pensar e criticar do indivíduo, devendo deixar de lado seus interesses particulares e passar a cooperar na construção da palpável justiça social.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Claudio José Amaral; ABJUAMARA, Ana Carolina Peduti. **Da necessidade do Exercício Escorreito da Liberdade de Imprensa como Corolário do Devido Processo Legal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.882, n.98, abril de 2009, p.399.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**. Revista Esmese – Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju/SE, n. 17, 2012. p. 269. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf> Acesso em: 18 abr. 2013.

CÂMARA, Juliana de Azevedo Santa Rosa. **Sistema penal e mídia: breves linhas sobre uma relação conflituosa**. Revista Esmese – Escola Superior da Magistratura de Sergipe, Aracaju/SE, n. 17, 2012. p. 268. Disponível em: <http://www.diario.tjse.jus.br/revistaesmese/revistas/17.pdf> Acesso em: 18 abr. 2013.

PEREZ, Daniella. **Arquivos de um processo.** O crime. Disponível em http://www.daniellaperez.com.br/?p=2039. Acesso em 04 abril 16.

FILHO, Mário Rocha Lopes. O Tribunal do Júri e Algumas Variáveis Potenciais de Influência. Porto Alegre: Núria Fabris, 2008. p. 15.

MENDONÇA, Fernanda Graebin. **A (má) influência da mídia das decisões pelo tribunal do júri.** 2º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade. UFSM, Santa Maria/RS, 2013. p. 374. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2013/3-6.pdf> acesso em: 04.04.2016

NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro/RJ, 2010. p. 23. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16733/16733.PDF> Acesso em: 04.04.2016.

NERY, Arianne Câmara. **Considerações sobre o papel da mídia no processo penal**. 2010. Monografia de Graduação. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio, Rio de Janeiro/RJ, 2010. p. 23. Disponível em: <http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16733/16733.PDF> Acesso em: 04.04.2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. Júri: Princípios Constitucionais, Editora Juarez de Oliveira. São Paulo. 1999. p. 146-149.

OLIVEIRA, César Antônio Filho de. A influência da mídia no Tribunal do Júri à luz dos princípios e garantias constitucionais que regem o Processo Penal Brasileiro. Jusnavegandi. 2014. Disponível em <https://jus.com.br/Art.s/28520/a-influencia-da-midia-no-tribunal-do-juri-a-luz-dos-principios-e-garantias-constitucionais-que-regem-o-processo-penal-brasileiro> acesso em: 04.04.2016.

PORFÍRIO, Fernando. Pai e Madrasta de Isabella são denunciados por homicídio. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <http://www.conjur.com.br/static/text/65437,1>. Acesso em 04 de abril. 2016.

REDAÇÃO. **Fantástico tem a maior Audiência do Ano e Pico de 43 Pontos com Mãe de Isabella.** Disponível em http://televisaouol.com.br/ultimas-noticias/2008/05/21/ult4244u968.jhtm>. Acesso em 04 de abril de 2016

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues Alencar. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 837-838.

TERRA. **Caso Bruno. Eliza Samudio: veja detalhes sobre o crime.** Disponível em: http://www.terra.com.br/noticias/infograficos/caso-bruno/. Acesso em 04 abril de 2016

UOL NOTICIAS. "**Lindemberg agrediu Eloá várias vezes e se vangloriava da repercussão do caso, diz amiga da vítima".** Disponível em http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/02/13/lindemberg-passou-a-perseguir-eloa-apos-o-fim-do-namoro-diz-amiga-da-vitima-.htm#fotoNav=82. Acesso em 04 de abril de 2016.

YABIKU, Roger Moko. Um estudo de caso sobre a progressão de regime nos crimes hediondos: o hc nº 82.959-7 e a imprensa. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1022, 19 abr. 2006. p. 04. Disponível em: <http://jus.com.br/Art.s/8273>. Acesso em: 04.04.2016.

http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_comofunciona.pdf> acesso em 04.04.2016

http://www.dicionarioinformal.com.br/significado/m%C3%ADdia/2995/> acesso em 04.04.2016

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> acesso em 05.04.2016

A TRANSFORMAÇÃO DE UM BEM COMUM E MERCADORIA: MECANISMO JURÍDICO DE RESTRIÇÃO DE USO

SAVI, Daniela[1]
JUNIOR, Valdir Serfin[2]

RESUMO

O presente artigo apresenta a evolução histórica do mercado de cultivares, onde os direitos de propriedade intelectual criaram uma linha abissal no que se refere à produção dos mesmos. Inicialmente é apresentado como se deu o desenvolvimento dos cultivares, seguido da luta dos melhoristas para que suas descobertas fossem reconhecidas. Posteriormente descreveram-se os mecanismos jurídicos utilizados nos Estados Unidos, Europa e Brasil que reconheciam o direito de propriedade intelectual dos melhoristas. Mensurou-se ao final do artigo, que historicamente o processo de reconhecimento da propriedade intelectual sobre as plantas e posteriormente sobre as sementes e tubérculos se deu através das pressões exercidas pelos melhoristas sob os governantes.

Palavras-chave: Propriedade intelectual, Melhoristas, Cultivares.

ABSTRACT

This article presents the historical evolution of cultivars market where intellectual property rights have created an abyssal line with regard to the production thereof. Initially it appears as it did the development of cultivars, followed by the struggle of the breeders for their findings to be recognized. Later described to the legal mechanisms used in the United States, Europe and Brazil that recognized the intellectual property rights of breeders, if measured to the end of the article that historically the process of recognition of intellectual property on the plants and later on seeds and tubers was through the pressure exerted by breeders under the rulers.

Keywords: Intellectual property, Breeders, Cultivars.

[1] Acadêmica Daniela Savi, de MBA em Gestão de Projetos – UDC.
[2] Professor Valdir Serfin Junior – Orientador – UNIOESTE.

1 INTRODUÇÃO

O poder intelectual da pessoa humana, bem como sua imaginação criadora, manifestam-se no universo das artes e das ciências, bem como na esfera da técnica e das indústrias, em obras da maior variedade. O conjunto dos direitos resultantes das concepções da inteligência e do trabalho intelectual, vistos principalmente sob a perspectiva do proveito que deles pode resultar, costuma-se denominar genericamente como propriedade intelectual (CERQUEIRA, 1982, p. 49).

Para os países europeus, desde a época colonial, a capacidade de coletar, classificar e adaptar plantas de forma controlada era vista como estratégia. Naquele período histórico, a importância econômica de algumas plantas, levava ao estabelecimento de monopólio, viabilizados principalmente por meio da ocupação territorial, mas também por leis e acordos entre as Companhias de Comércio.

Ao longo do período compreendido entre os séculos XVI e XVIII, os jardins botânicos europeus e posteriormente, as estações experimentais públicas estadunidenses foram largamente difundidas, para promover a introdução, adaptação e seleção de plantas exóticas, constituindo-se em centros de integração e difusão de espécies para várias regiões do mundo, e também sistematização do conhecimento sobre plantas, que daria origem a botânica moderna (CARVALHO, 1996; SALLES-FILHO, 1993).

Até as primeiras décadas do século XX, existia um incipiente mercado de sementes restrito a Europa. Nos Estados Unidos, sob liderança do Escritório de Patentes, vigorava um programa de distribuição gratuita de sementes, que alimentava inclusive agricultores especializados em sua produção, que em 1883 fundaram a *American Seed Trade Association* (SALLES-FILHO, 1992). A principal atividade dessa associação era multiplicar e vender sementes desenvolvidas pelo setor público, possibilitando a rápida difusão entre os agricultores.

O melhoramento de plantas institucionalizado começou a ganhar relevância na primeira década do século XX, impulsionado pelos avanços nos conhecimentos sobre os mecanismos biológicos da hereditariedade, notadamente pela redescoberta das Leis de Mendel em 1900, quando foram divulgados os trabalhos dos botânicos Hugo de Vries, Carl Correnț e Erich Tschmark, que por meio de experimentos independentes, confirmaram as conclusões sobre as leis de hereditariedade descritas por Mendel em 1865.[1]

[1] Gregor Mendel (1822-1884) realizou uma serie de experimentos envolvendo o estudo dos padrões de transmissão de características no cultivo de plantas de ervilha. A partir do cruzamento de ervilhas de cores e tamanhos diferentes, Mendel constatou a existência de fatores nas ervilhas que determinavam a cor e a altura.

Sob o impulso das possibilidades descobertas pelos novos conhecimentos científicos, em 1903 foi fundada a Associação Americana de Melhoristas, que buscava transformar a plantas/semente em mercadoria, através da criação de mecanismos que possibilitassem restringir sua utilização livremente. Isso se deu através do mecanismo de ordem social, a aplicação dos direitos de propriedade intelectual às plantas.

A conjuntura apresentada acima demonstra a pertinência do tema para compreendermos o cenário atual do mercado de sementes, e com isso, faz-se necessário um estudo mais aprofundado dos mecanismos jurídicos utilizados historicamente, na proteção dos direitos dos melhoristas em relação aos cultivares e as sementes.

2 UM MECANISMO JURÍDICO PARA CRIAÇÃO DE UMA MERCADORIA: A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE SEMENTES

Propriedade intelectual é um termo genérico, utilizado para identificar um conjunto de termos jurídicos (como a propriedade industrial, direitos autorais, marcas e as indicações geográficas) que surgiram de forma independente, com o objetivo de conferir exclusividade na utilização de invenções e criar mecanismos para impedir terceiros de utilizar, reproduzir, distribuir ou comercializar tais invenções sem autorização daqueles que as desenvolveram. Para Santos (2007, p. 11-12), a "constitucionalização" da propriedade intelectual é um fenômeno antigo que vem se consolidando em diversos países.

A Constituição pioneira sobre propriedade intelectual foi a dos Estados Unidos, que desde a sua adoção em 1788, estabelece que para promover o progresso das ciências e das artes, o congresso pode conceder aos autores e inventores direitos exclusivos sobre seus escritos e descobertas.

A tutela da Propriedade Intelectual em sede da Constituição é da tradição nacional, a constituição imperial brasileira de 1824, que previa a proteção da propriedade intelectual. O art. 179, inciso 26, assim dispôs: "os inventores terão a propriedade de suas descobertas ou das suas produções. A lei lhes assegurará um privilégio exclusivo temporário, ou lhes renumerará em ressarcimento da perda que lhes haja de sofrer pela vulgarização".

À medida que o melhoramento genético foi sendo constituído, passou-se cada vez mais a reivindicar a aplicação dos direitos sobre as sementes. De acordo com Kloppenburg (2004), desde a fundação da Associação Americana de Melhorias, em 1903, uma das principais reivindicações da entidade era a inclusão das sementes nos mecanismos de lei de propriedade

industrial. Em um projeto de lei enviado ao congresso americano, pela Associação Americana de Melhorias, a mesma argumentava que plantas são como maquinas e assim, inovações que fazem as plantas funcionar devem ser protegidas da mesma forma que maquinas.

A primeira legislação de propriedade intelectual aplicada às plantas foi aprovada nos Estado Unidos em 1930.O*PlanPatentAct*permitia a concessão dos direitos de propriedade intelectual a espécies de produção vegetativa, com exceção dos tubérculos. Porém a primeira lei sobre patentes, o *PatentAct* foi sancionado em 1890, e de acordo com a lei, poderia ser patenteada toda matéria considerada um utensilio, manufatura, maquina, engenho dispositivo ou qualquer melhoramento nunca antes conhecido ou realizado (BLASI, 2010).

Assim como ocorria com as patentes concedidas às invenções, a concessão do direito de exclusividade na comercialização requeria uma descrição detalhada da planta, como fotos e desenhos.

Na Europa, a Alemanha foi percursora no processo de garantir que o obtentor tivesse exclusividade na comercialização de variedades por ele desenvolvidas, para isso em 1905 criou um registro de novas variedades que impedia a comercialização das mesmas sem autorização do obtentor.

Em 1952 o congresso americano aprovou a lei *PatentActof 1952*, que possibilitava a concessão de patentes às inovações na área agrícola. A nova legislação abrangia maquinas agrícolas, equipamentos, produtos químicos, processo de produção e abria a possibilidade de patenteamento de inovações biotecnológicas, inclusive a derivada da engenharia genética. Contudo, nenhum dos instrumentos legais aprovados até então estendia o direito de propriedade intelectual sobre as sementes e tubérculos.

Em 1961, Alemanha, Bélgica, França, Itália e Holanda assinaram a convenção internacional para a proteção das obtenções vegetais, que entrou em vigor em 1968. Essa convenção criou um sistema especifico de propriedade intelectual a ser aplicado sobre as plantas, uma organização internacional chamada União para Proteção das Variedades Vegetais – UPOV, atualmente vinculada a Organização Mundial para Propriedade Intelectual – OMPI. Conforme DUTFIELD (2008), a decisão de construir um sistema de *sui generis* de propriedade intelectual, diferente do sistema de patentes, foi adotada em uma conferência da AssociationdesObtentionsVegétales – ASSINSEL, em 1956.

Para ser membro da UPOV, o país deve regulamentar em nível nacional os direitos de propriedade intelectual sobre plantas, de acordo com os paramentos estabelecidos na convenção. Nos termos da convenção da UPOV, um candidato a membro deverá solicitar antes de depositar o seu instrumento de adesão, a opinião do conselho da UPOV sobre a

conformidade da sua legislação com as disposições da convenção. Somente após a opinião favorável do conselho é possível aderir à convenção. Outra possibilidade é a Incorporação automática, que ocorre quando o país decide por aplicar diretamente a convenção.

A convenção UPOV estabelece o direito de propriedade do melhorista sobre o material de reprodução da planta, destinado a comercialização ou reprodução para comercialização. Como os demais direitos sobre a propriedade intelectual, esse direito a exclusividade é temporário, válido durante o período de 18 anos para árvores frutíferas, ornamentais ou videiras e 15 anos para as demais espécies vegetais.

A convenção definiu como requisito para concessão do direito de exclusividade que a variedade seja nova, distinta e estável. De acordo com a UPOV 61, variedade era definida como qualquer cultivar, clone, linhagem, cepa ou hibrido que pudesse ser cultivado. Na ata de 1991, foi incluída uma definição mais detalhada, segundo a qual variedade é um conjunto vegetal pertencente a um mesmo táxon botânico da ordem mais baixa conhecida, conjunto esse que pode ser definido pela expressão das características resultantes de um certo genótipo ou de uma certa combinação de genótipos, distintos de qualquer outro conjunto vegetal.

Por variedade nova, entende-se que não tenha sido oferecida a venda ou comercializada com a concordância do melhorista ou de seu sucessor. A distinguibilidade significa que a planta deve ser distinguível, por uma ou mais características, de qualquer variedade cuja a existência seja conhecida. Por sua vez, para que seja considerada estável e uniforme, deve manter suas características por sucessivas gerações.

Diferente do sistema de patentes, as normas da UPOV não preveem a extensão da exclusividade aos processos e métodos de obtenção, mas apenas o produto em si, ou seja, à própria semente. No entanto, conforme destaca Berlan (2011), os requisitos para a concessão dos direitos de exclusividade correspondem aos passos do melhoramento genético das plantas autógamas, cruzam-se duas plantas com fenótipos complementares, que quando encontrados juntos em uma planta, as distinguem das outras plantas e realiza-se a seleção dessas características nas gerações sucessivas do cruzamento até atingir a homogeneidade clonal e a estabilidade. Assim, a legislação da propriedade intelectual constitui a base legal para o melhoramento moderno, de modo que o elo entre a uniformidade industrial e os direitos de propriedade intelectual se tornam óbvios.

Os direitos de propriedade intelectual criaram a segunda linha abissal no que se refere à produção de sementes. As sementes passiveis de ser objeto de propriedade intelectual são aquelas produzidas sob o signo dos princípios científicos, as demais, produzidas pelos

agricultores foram tornadas invisíveis aos olhos do direito, passaram conforme Boaventura de Souza Santos (2003), a ser produzidas como inexistentes.

Um dos principais motivos para a criação de um sistema diferenciado do sistema de patentes era o acordo entre os melhoristas, de que a propriedade intelectual sobre novas variedades não deveria excluir o direito da planta ser utilizada como fonte de variação e base para o desenvolvimento de novas variedades, mesmo sem autorização do melhorista que obteve a variedade utilizada. Essa exceção passou a ser conhecida como Privilegio do Melhorista, considerada fundamental para garantir o progresso cientifico no melhoramento genético.

O foco da convenção, na década de 1960 era direcionar a comercialização de variedades desenvolvidas por empresas. Assim, o armazenamento e a reutilização de sementes pelos próprios agricultores não foram afetados pelas normas da UPOV (HELFER, 2002). Essa excepcionalidade implícita, posteriormente passou a ser chamada de Privilegio do Agricultor.

Nos Estados Unidos, em parte por estímulos decorrentes da aprovação da UPOV, e a crescente pressão da Associação dos Melhoristas, foi aprovado em 1970 o *PlantVarietyProtectionAct* – PVPA, aplicadas as plantas de reprodução sexuada. Esse instrumento legal criou um certificado de proteção que concedia ao melhorista direitos exclusivos na comercialização de uma variedade por ele desenvolvida, pelo período de 18 anos. Os Estados Unidos aderiram a UPOV em 1981, mas o PVPA era coerente com as suas disposições. Assim como na UPOV, para ser objeto de proteção a variedade deveria ser nova, distinta e estável. Porem foram reconhecidas duas exceções, a primeira a variedade poderia ser utilizada na pesquisa cientifica para desenvolvimento de outras e segundo os agricultores que tivessem como principal meio de sobrevivência a atividade agrícola, podiam guardar sementes para as próximas safras e também vender sementes para outros agricultores.

Assim ao final da década de 1970, tanto a Europa como os Estados Unidos haviam definido mecanismos de propriedade intelectual a serem aplicados a sementes e criado uma nova categoria de direitos, os direitos dos melhoristas e uma nova categoria de mercadoria, as sementes por eles desenvolvidas.

O objetivo central dos direitos dos melhoristas era garantir que a comercialização de sementes não fosse realizada sem autorização ou pagamentos de royalties aos obtentores. Com isso, assim como havia sido possível com as sementes hibridas, a esfera de produção de sementes seria separada de sua produção e de maneira artificial, criou-se a distinção entre sementes (submetidas aos direitos dos melhoristas) e grãos (produzidos por agricultores).

Desde o final da década de 1970 e durante toda a década de 1980, na medida em que crescia a pressão pelo aumento do âmbito de incidência dos direitos de propriedade intelectual sobre as plantas e a biotecnologia reforçava o potencial de utilização dos recursos genéticos, o tema passou a ser tratado como uma questão geopolítica e uma das faces mais importantes das disputas dos países do norte(industrializados e desenvolvidos), versus os do sul (em desenvolvimento), nos organismos internacionais.

Essas disputas convergiram na formulação da Convenção sobre Diversidade Biológica e no tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura – TIRFAA. Deram-se a partir de dois processos inter-relacionados, as discussões relacionadas à propriedade dos recursos genéticos e a formulação da questão da biodiversidade.

A Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura (FAO) foi o foco central dos debates sobre o controle dos recursos genéticos durante a década de 1980. As disputas travadas entre os países do Norte e do Sul ficaram conhecidos como “A Guerra das Sementes”, que tinham como pano de fundo, a percepção pelos países do Sul, acerca do fato de que os recursos genéticos de seus territórios constituíam a principal matéria prima da indústria biotecnológica do Norte e vinha sendo crescentemente apropriados por meio dos mecanismos de propriedade intelectual (AOKI, 2009).

A aplicação da biotecnologia na área agrícola evidenciou a assimetria da relação que norteava o fluxo de recursos genéticos (germoplasma), que até então era realizado com fundamento na concepção de que os recursos genéticos eram patrimônio comum da humanidade. Com base nesta concepção os países do Norte recebiam germoplasma proveniente dos países do Sul que voltam posteriormente sob a forma de sementes cuja tecnologia de produção era monopolizada por países do Norte.

A percepção da assimetria acima relatada levou os países do Sul a reivindicar que as coletas de recursos genéticos tivessem uma regulamentação jurídica, solicitação que constou expressamente de uma resolução aprovada na 21ª Conferencia da FAO, em 1981. Em 1983 o tema voltou a ser discutido na 22ª Conferencia da FAO, onde foi adotado o Compromisso Internacional sobre Recursos Fitogenéticos (Resolução 08/83) e constituiu a Comissão Internacional de Recursos Fitogenéticos.

Como destaca Kloppernberg (2004), delegados dos países do Sul defenderam durante as negociações a utilização do termo “Patrimônio Comum” para todas as categorias de germoplasma, público ou privado, incluindo as variedades comerciais. Diversos países como Austrália, Canadá e Suíça, liderados pelos Estados Unidos não assinaram o compromisso sob o

argumento de que ele contraria a Convenção UPOV e inviabilizava a aplicação dos direitos de propriedade intelectual sobre plantas.

As controvérsias em torno do compromisso internacional prolongaram-se por toda década de 1980 e por pressão dos países do Norte, foram adotadas outras resoluções (04 e 05/89), contendo interpretações consensuais sobre o compromisso.

As resoluções de 1989 representaram uma mudança no enfoque dos debates. Até então, havia uma tensão explicita envolvendo a aplicação do regime de propriedade privada aos recursos genéticos vegetais, sendo que os países do Sul defendiam a aplicação do princípio de "Patrimônio Comum" inclusive as sementes em programas privados de melhoramento (COUPE & LEWINS, 2007).

A resolução nº 04/89, apesar de reconhecer que "*os recursos genéticos vegetais são patrimônio da humanidade, devendo estar livremente disponível para uso em benefício das presentes e futuras gerações*", estabelece que os direitos dos melhoristas reconhecidos pela UPOV não são incompatíveis com o compromisso e que os estados podem definir restrições ao livre acesso aos recursos genéticos necessários ao cumprimento de suas obrigações, mas que o termo "livre acesso" não significa acesso gratuito ou livre de encargos. Na prática, o princípio do "patrimônio comum da humanidade" foi substituído pelo princípio da soberania nacional e pela admissibilidade dos direitos de propriedade intelectual e das restrições à livre utilização dele decorrentes.

Admitida a aplicação dos direitos de propriedade intelectual sobre as sementes, um novo conjunto de questionamentos passa a ser feito pelos países do Sul e por organizações da sociedade civil: se os direitos dos melhoristas derivam do conhecimento da importância de suas inovações no melhoramento genético, os agricultores deveriam ser igualmente recompensados, por ao longo dos séculos terem contribuído para o desenvolvimento das variedades até hoje utilizadas, inclusive, como fonte de variação no melhoramento genético.

Em 1991 a Conferência da FAO adotou outra resolução interpretando o compromisso: a Resolução 3/91. De acordo com essa resolução, o conceito de recursos genéticos contido no compromisso internacional deve ser aplicado de forma compatível com a soberania dos países sobre seus recursos naturais, ou seja, o acesso aos recursos genéticos deixa de ser livre, passando a ser submetido à autorização dos países de origem.

O compromisso internacional prevaleceu em vigor até a entrada do Tratado Internacional sobre Recursos Fitogenéticos para a Alimentação e Agricultura, em 15 de junho de 2004.

3 A LEI DE PROTEÇÃO AOS CULTIVARES E A PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE SEMENTES NO BRASIL

Até 1997, o Brasil não possuía uma legislação que reconhecesse os direitos de propriedade intelectual sobre as obtenções vegetais. Com a adesão do Brasil ao Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio, o país obrigou-se a estabelecer um sistema de propriedade intelectual relacionado às plantas, tendo o governo brasileiro optado por aderir à Ata da Convenção UPOV. Para isso, foi aprovada em 1997 a Lei 9.456, conhecida como Lei de Proteção aos Cultivares – LPC.

A Lei estabelece que a proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual dos cultivares se dá mediante a concessão de um Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel e a única forma de proteção e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa no país. O Certificado pode ser requerido por pessoas físicas e jurídicas que obtiverem o novo cultivar, bem como por seus herdeiros, podendo ser concedido a uma ou mais pessoas.

Para ser objeto de direito de propriedade intelectual, o cultivar deve ser caracterizado como novo, distinto, homogêneo e estável (requisitos estabelecidos na UPOV). Além disso, deve ter um nome que o identifique, e este deve ser único, inédito e não induzir a erro quanto às características da planta.

A propriedade recai sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira e assegura ao titular o direito de exclusividade a reprodução comercial no território brasileiro, sendo vedado a terceiros a produção com fins comerciais, o oferecimento à venda ou a comercialização do material de propagação do cultivar, sem autorização do titular. O direito de exclusividade perdura por 18 anos para videiras, árvores frutíferas, florestais e ornamentais e 15 anos para as demais plantas. Depois de decorridos os prazos, os cultivares passam ao domínio público, sendo vedado o estabelecimento de qualquer restrição a sua utilização.

4 A LEI 10.711/2003 E A PRODUÇÃO DE SEMENTES PELO SETOR FORMAL

A produção de sementes é extremamente regulada no Brasil desde a década de 1970. Na legislação formulada na época, o sistema de certificação de sementes previa a existência de cinco classes de semente: semente genética (produzida sob controle direto do melhorista),

semente básica (resultante da multiplicação da semente genética, básica ou registrada) e semente certificada (resultante da multiplicação da semente registrada). As sementes das diferentes classes deveriam ser produzidas em campos específicos, mas as sementes de uma classe podiam ser multiplicadas para produzir sementes da mesma classe, de modo que um agricultor que desejasse comercializar sementes poderia adquirir a semente certificada, multiplica-las e vende-la. Esse sistema era compatível com o ambiente institucional de produção de sementes existentes antes da Lei de Proteção aos Cultivares, pois a pesquisa era predominantemente pública (ALMEIDA, 1997).

A Lei de Sementes aprovada em 2003 alterou substancialmente esse cenário, estabelecendo que a produção fosse realizada por meio de um processo que prevê a progressão de seis classes diferentes de sementes: a) semente genética (obtida a partir do melhoramento, sob a responsabilidade e controle direto do seu obtentor ou introdutor), b) emente básica obtida a partir da reprodução da semente genética), c) semente certificada de primeira geração – C1 (obtida a partir da reprodução da semente básica ou da semente genética), d) semente certificada de segunda geração – C2 (obtida por meio da multiplicação da semente de semente genérica, de semente básica ou de semente certificada de primeira geração), e) semente não certificada com origem genética comprovada de primeira geração (S1) e f) semente não certifica com origem genética comprovada de segunda geração (S2).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o objetivo de estudo, podemos observar que historicamente o processo de reconhecimento da propriedade intelectual sobre as plantas e posteriormente sementes e tubérculos se deu através das pressões exercidas pelos melhoristas sob os governantes. Porem quando usamos o termo melhoristas, devemos ter em mente que os mesmos eram pessoas que trabalham para desenvolver as espécies, mas que os mesmos eram amparados por instituições privadas, que possuíam interesses comerciais na propriedade intelectual, e se utilizam desse mecanismo jurídico para criar uma nova mercadoria.

Todavia, cabe assinalar que a importância da propriedade intelectual aqui enfatizada não significa sua defesa acrítica. Assim, não se está aqui defendendo as virtudes inerentes da propriedade intelectual, mas que seu uso estratégico poderia gerar mais benefícios sociais, mas são menores por serem apropriados de forma quase que exclusiva pela propriedade privada. É o “saber usar” e saber tirar algum proveito das condições de contorno que pode transformar o

quadro regulatório em ferramenta de promoção do desenvolvimento. A propriedade intelectual não pode ser vista como intrinsecamente má ou intrinsecamente boa. O que não se pode é negligenciá-la. De toda forma, há ainda muito por ser feito no cenário da propriedade intelectual neste que é hoje um dos aspectos mais importantes da organização da pesquisa e dos investimentos em inovação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. A. O melhoramento vegetal e a produção de sementes na Embrapa: o desafio do futuro. Brasília: Embrapa, 1997.

AOKY, K. Free Seeds, Not Free Beer: Participatory plant breeding, open source seeds, and acknowledging user innovation in agriculture. In: UC Davis Legal Studies Research Paper Serles, nº 167, abr 2009. Disponível em

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1390273. Acesso em 21 de março de 20016.

ARL, V. Certificação: uma ofensiva capitalista ou a identidade de um processo. Disponível em: http://www.coptec.org.br/biblioteca/Agroecologia/index.html. Acesso em: 12 de março de 2016.

BARBOSA, A. L. F. Sobre a propriedade do trabalho intelectual: uma perspectiva crítica. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.

BLASI, G. A Propriedade Industrial: os sistemas de marcas, patentes, desenhos industriais e transferência de tecnologia. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRASIL. Ministério da Agricultura, Pecuaria e Abastecimento. Registro Nacional de Cultivares. Brasilia: MAPA, 2012. Disponível em: <www.agricultura.gov.br>. Acesso em: 14 de março de 2016.

_____. Lei de proteção de cultivares: Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Disponível em: <http://wwwplanalto.gov.br/ccicil_03/leis9456.html>. Acesso em: 09 de março de 2016

_____. Lei sementes: Lei nº 10.711 de 05 de agosto de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.711.html. Acesso em 09 de março de 2016.

_____. Regulamentação do Sistema Nacional de Sementes e Mudas: Decreto nº 5.153 de 23 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5153.html>. Acesso em: 09 de março de 2016.

CARVALHO, S. M. P. Proteção de cultivares no contexto de outros mecanismos de apropriabilidade: possíveis impactos no mercado brasileiro de sementes. 1996. Dissertação (Mestrado de Geociência) – Instituto de Geociência, Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. Disponível em:

<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000104123>. Acesso em: 12 de março de 2016.

CERQUEIRA, J. G.. Tratado da propriedade industrial. V.1, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

COUPE, S.; LEWINS, R. Negotiating the seed treaty. 1ª ed, Warwickshire: Practical Action Publishing, 2007.

DUTFIELD, G. Turning palnt varieties into intelectual property: the UPOV convention. In: TANSEY, G. RAJOTTE, T. (eds). The Future Controlo f Food. 1ª ed. Londres: Easthscan, 2008.

HELFER, L. R. Intelectual Property Rights in Plant Varieties: na overview wiht options for national governments. In: Fao legal papers online, nº 31, 2002. Disponível em:<http://www.fao.org/Legal/PRS-Ol/Ipo31.pdf. Acesso em 14 de março de 2016.

KLOPPENBURG, J. Firsttheseed: thepoliticaleconomyofplantbiotechnology. 2ª Ed. Madison: The University of Wisconsin Press, 2004.

PAESANI, L. M. Manual de Propriedade Intelectual, 2ª edição. Atlas, 09/2015. VitalSourceBookshelf Online.

ROSA, R. A Constituição de 1924 e a Propriedade Industrial. Disponível em: <http://etivwww2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180810/000350140.pdf?sequence =1>. Acesso em 23 de março de 2016.

SALLES-FILHO, S. L. A dinâmica tecnológica da agricultura: perspectivas da biotecnologia. 1993. Tese (DOUTORADO EM Politicas Econômicas) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. Disponível em: < http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000061988>. Acesso em: 12 de março de 2016.

SANTOS, B. S. Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. 1ª ed.. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, M. J. P.; JABUR, W. P. (Coord.). Criações industriais, segredos de negócio e concorrência desleal. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11-12.

DIREITOS HUMANOS E O TRÁFICO DE PESSOAS

FERREIRA, Renata Rodrigues[1]
MATTOS, Amanda Alencar de[2]

RESUMO

Trata do Tráfico de Pessoas, que constitui uma das mais graves violações aos direitos humanos. É importante analisar suas raízes históricas e entender, como podemos, em pleno século XXI, aceitar que seres humanos sejam escravizados e comercializados. Uma das formas de proporcionar avanço consistente a médio e longo prazo, no combate a qualquer tipo de violência, é a produção de estudos e a disseminação de conhecimento sobre o tema. É este o objetivo desse trabalho, apresentar ao meio acadêmico, pesquisa bibliográfica e dados sobre tráfico de pessoas — suas vítimas, o modo de agir dos perpetradores, os desafios e perspectivas no enfrentamento ao tema. A finalidade maior é quiçá, poder contribuir para a cultura de respeito aos direitos humanos, especialmente para a proteção da dignidade e integridade das pessoas em situação de tráfico ou os mais vulneráreis a esta situação e colocar à disposição da nossa sociedade, mais uma ferramenta para despertar o conhecimento e as discussões sobre o tema no Brasil e prosseguir no objetivo almejado no Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. A conclusão objetiva do trabalho foi conhecer os desafios para superar essa chaga, que são inúmeros: desde a necessidade de mudanças legislativas que contemplem as peculiaridades do crime do tráfico, passando pelo fortalecimento institucional e pela necessidade de apoiar e assegurar a sustentabilidade de organizações da sociedade voltadas à proteção dos grupos mais vulneráveis.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas, Direitos Humanos, Crime Organizado, Exploração Sexual.

ABSTRACT

Trafficking in Persons, which is one of the most serious violations of human rights. It is important to analyze its historical roots and understand, how can we, in the twenty-first century, accept that humans are enslaved and sold. One way to provide consistent improvement in the medium and long term, to combat all forms of violence, is the production of studies and dissemination of knowledge on the subject. This is the objective of this study, presented to academia, literature and data on trafficking in persons - victims, the modus operandi of the perpetrators, challenges and perspectives in addressing the issue. The main aim is perhaps, to contribute to the culture of respect for human rights, especially for the protection of the dignity and integrity of the persons traffic situation or the more vulneráreis this situation and make available to our society, one more tool to awaken the knowledge and discussions on the subject in Brazil and pursue the desired objective in the National Program to Combat Human Trafficking Plan. The objective conclusion of the study was to identify the challenges to overcome this scourge, which are numerous: from the need for legislative changes that address the peculiarities of the trafficking crime, through institutional strengthening and the need to support and ensure the sustainability of civil society organizations aimed at protecting the most vulnerable groups.

Keywords: Trafficking in Persons, Human Rights, Organized Crime, Sexual Exploitation.

[1] Advogada Renata Rodrigues Ferreira, pela Universidade Tuiuti do Paraná, OAB/Pr 76.718, Curitiba.
[2] Acadêmica Amanda Alencar de Mattos, do curso de Direito – UNIFOZ.

1 INTRODUÇÃO

O Tráfico de Pessoas é um crime que suprime direitos inerentes à pessoa humana, em especial por ferir o indivíduo nos mais vitais dos seus direitos: as liberdades de locomoção, sexual e de trabalho, a integridade física e a dignidade. O tráfico deixa marcas muitas vezes invisíveis aos olhos, mas que são feridas abertas na alma e no coração de suas vítimas.

Essa modalidade criminosa tem crescido nos últimos anos. Estima-se que 2,4 milhões de pessoas tenham sido traficadas em algum momento e que o crime renda anualmente 32 bilhões de dólares. Estudos apontam para a existência de vítimas originárias de 127 países e de vítimas encontradas em 137 países (UNODC, 2012).

Há vários níveis de vitimização no Tráfico de Pessoas que correspondem a diferentes níveis de conhecimento e informação que são dados à vítima e que estão relacionados à discussão sobre o consentimento (ARONOWITZ, 2001).

Desde uma total coerção onde as vítimas são raptadas, em que o consentimento é nulo até diversas situações, como por exemplo, vítimas que são enganadas com promessas de emprego que não a prostituição, onde o consentimento da vítima foi dado com base numa fraude e ainda, um nível de engano menor, em que as vítimas sabem que vão trabalhar na indústria do sexo, mas não na prostituição ou vítimas que, antes da sua partida, sabiam que iriam trabalhar como profissionais do sexo, mas que desconheciam até que ponto iam ser controladas, intimidadas, endividadas, exploradas (UNODC, 2012).

O risco é, portanto, o de se obter uma definição de tráfico que estabeleça hierarquias morais informadas por valores morais, que acabem por se traduzir em barreiras legais e/ou práticas na defesa dos direitos humanos das vítimas de Tráfico de Pessoas (Anderson & Davidson, 2002).

Este estudo tem o objetivo de apresentar o Tráfico de Pessoas como uma prática criminosa desumana cometida contra vítimas de todo o mundo e ressaltar a importância de enfrentamento ao tema, entendendo os tipos penais praticados em concurso com o Tráfico de Pessoas evidenciando a necessidade existente de cooperação internacional na persecução penal, instrução processual, cumprimento da pena e troca de informações de inteligência, entre outras medidas.

O combate ao crime organizado para explorar pessoas como mercadoria lucrativa apenas poderá funcionar se o foco central das diversas iniciativas for a proteção do ser humano que sofre a exploração. Essa é uma posição de princípio. Necessário, portanto, o estabelecimento de um amplo conjunto de estratégias coordenadas, que vão da reforma

institucional a programas de educação, voltados à prevenção, à proteção da integridade e dignidade das pessoas vulneráveis a essa prática criminosa, assim como à responsabilização dos envolvidos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

O que mais preocupa, é que o tráfico de pessoas não pode ser tratado apenas de uma perspectiva criminal. Há uma vítima por trás disso, que merece cuidados e o restabelecimento de sua dignidade é primordial.

Em algumas circunstâncias, o próprio traficante pode ter passado por uma situação de tráfico e ser uma espécie de vítima do sistema. Por isso, o enfrentamento ao tráfico não pode ser simplificado à questão da repressão e do processo criminal. A complexidade desse fenômeno vai muito além.

2 RAÍZES HISTÓRICAS

O Tráfico de Pessoas é um fenômeno global, multifacetado, que mistura interesses socioeconômicos e práticas criminosas em rede (locais e internacionais). Apesar de nefasto e degradante, tratar seres humanos como objetos aptos à comercialização não é uma novidade do nosso tempo. No entanto, a elaboração doutrinária e normativa de um conjunto de mecanismos, abordagens e estratégias apropriadas para enfrentar o tráfico humano é algo recente.

O tráfico de seres humanos é uma prática muito antiga, existindo desde a Antiguidade Clássica. O tráfico se dava com o fim de se obter prisioneiros de guerra para serem utilizados como escravos. O trabalho escravo era respaldado pelos pensadores da época, apontando Aristóteles que havia homens escravos por natureza, pois existiam indivíduos tão inferiores que estariam destinados a empregar suas forças corporais e que nada de melhor poderiam fazer (GIORDANI, 1984).

Apenas durante o período renascentista, por volta dos séculos XIV ao XVII, o tráfico ganhou feição de prática comercial. Com o advento da colonização europeia nas Américas, surge uma nova forma de tráfico de seres humanos: o tráfico negreiro, o qual se configurava como um sistema comercial que recrutava, mediante força e contra desígnios, mão de obra de determinada sociedade, transportando-a a outra de cultura completamente diversa (CURTIN, 1969).

O tráfico de escravos africanos foi considerado fonte fundamental e quase exclusiva de acumulação do capital nas colônias de exploração europeia, perdurando por séculos (CICONTE, 2002).

No século XIX surge a preocupação referente ao tráfico de escravas brancas, objetivando a prostituição. Duas práticas intrinsicamente conectadas.

É nesta época que surge a diferenciação entre as figuras da prostituta e da escrava branca, sendo a primeira consubstanciada como parte integrante de uma sociedade imoral e que proliferava sentimentos contraditórios no tocante a seu comportamento sexual. Já a segunda, sendo fruto da sociedade moderna de rápidas e fáceis conexões, passou a ser vista como um personagem inocente e vitimizado pela ação maliciosa de seus aliciadores. Esta propiciava sentimentos de compaixão, notadamente pela criação eurocêntrica de uma imagem de "brancas", muitos embora pudessem ser de qualquer cor ou raça (HANNERZ, 1997).

Para coagir estas mulheres, os traficantes providenciavam documentos de identidade falsos se fossem menores de idade, prometiam falsos casamentos, além de outros métodos que viessem a ser necessários (HANNERZ, 1997).

Essa prática continuou, através dos tempos, sofisticando-se e possibilitando a criação e solidificação de uma rede internacional de tráfico de seres humanos.

Segundo estudos do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes, movimenta, anualmente, entre sete e nove bilhões de dólares, perdendo em lucratividade apenas para o tráfico de drogas e contrabando de armas (DIAS, 2010).

3 PRIMEIROS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS

Instrumentos Internacionais são acordos realizados em reunião entre países, formalizados num texto escrito com o objetivo de produzir efeitos jurídicos. Estipulam direitos e obrigações. Temos como exemplos, as Declarações, os Pactos, os Tratados, as Convenções.

A primeira Conferência Internacional com o propósito de combater o tráfico de escravas brancas, ocorreu em Paris, em 1895 seguida pelas de Londres e Budapeste.

A mencionada conferência ocorrida em Londres, no ano de 1899, propiciou a criação da Associação para a Repressão do Tráfico de Escravas Brancas (HANNERZ, 1997).

Seguidas pela Conferência de Paris, de 1902 quando se estabeleceu o primeiro acordo internacional visando a repressão ao tráfico de pessoas, o Protocolo de Paris, em 1904. Também estabeleceu a necessidade de deslocamento de fronteiras nacionais para a caracterização do

crime e pontilhou a importância da adoção de medidas de investigação e proteção a estas mulheres, como fiscalização nos portos e estações (HANNERZ, 1997).

Em 1910 é adotada a Convenção Internacional pela Supressão do Tráfico de Escravas Brancas, em Paris, onde analisaram as razões pelas quais pessoas eram traficadas, principalmente com relação à existência de um mercado consumidor. Estipulou a necessidade de implementação de medidas administrativas e legislativas. O tráfico de seres humanos continuava intrinsicamente ligado à prostituição (HAZEU, 2008).

A questão do tráfico envolvendo principalmente mulheres e crianças é tratada pela Liga das Nações, ao organizar a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças, firmada em Genebra, em 1921.

A partir daí o termo “escravas brancas” é suprimido, passando a ser considerada como vítima do tráfico, qualquer mulher ou criança, sem nenhuma referência a questões raciais (LEAL, 2002).

A Convenção Internacional para Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, em Genebra, 1933, passou a criminalizar o recrutamento que objetivasse a exploração posterior da prostituição, mesmo com consentimento da vítima (CICONTE, 2002).

Vieram em seguida, o Protocolo de Emenda à Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças e a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres Maiores, em 1947.

Essas discussões que trataram exclusivamente do comércio global do sexo, resultaram na Convenção das Nações Unidas sobre a supressão do Tráfico de Pessoas e a Exploração da Prostituição dos Outros, em 1949, com viés de reprimir o ato da prostituição, que a estatuía como incompatível com a dignidade da pessoa humana (DOEZEMA, 2002).

As discussões acerca do tráfico de pessoas iniciaram sua trajetória, pautadas no problema da prostituição, relevante para os condicionamentos sociais da época, especialmente em meados do século XIX e início do século XX.

A questão relacionada ao tráfico de seres humanos permaneceu esquecida durante o período da Guerra Fria, muito em virtude da pouca relevância que possuía o tema. Dessa maneira, insignificantes esforços internacionais foram empreendidos, percebendo-se um vácuo de ações sobre o assunto no panorama internacional.

Já nos anos 80 o tráfico de pessoas volta a permear os anseios da sociedade internacional, na temática dos direitos humanos, como parte integrante do escopo de violação destes direitos, além do aparecimento de fatores como a globalização e o crescimento da

indústria do sexo, somando-se à ação de redes organizadas de criminalidade transnacional (ALVES, 2001).

A década de noventa pautou-se pela realização de inúmeras conferências e eventos referentes à proteção dos direitos humanos e segundo Alves (2001, p. 35): "Vários ingredientes uniram todas as conferências da década num processo contínuo de alimentação e retroalimentação sistêmicas, que aborda as questões de maneira abrangente e integrada, como temas globais a envolver toda a humanidade".

As seguintes conferências, todas ocorridas na década de noventa, conformam a denominada agenda social das Nações Unidas: Conferência das Nações Unidas sobre meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992); II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993); Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (Cairo, 1994); Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Social (Copenhague, 1995); II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos – Habitat II (Istambul, 1996) (ALVES, 2001).

Posteriormente o tema entra em cena ao serem pontilhadas as conferências e os esforços da comunidade internacional a partir da Convenção sobre o Crime Organizado Internacional, de 2000, quando a consolidação de inúmeras redes criminosas transnacionais se apresenta como um condicionante determinante que serviu para revitalizar a preocupação com a questão do tráfico humano, agora possuindo contornos diversos daqueles apresentados no passado.

4 O TRÁFICO DE PESSOAS E A GLOBALIZAÇÃO

No objetivo de coibir o tráfico internacional, não se pode, em hipótese alguma, impedir a livre circulação de pessoas e nem a livre migração, pois estes também são direitos reconhecidos internacionalmente.

Conforme disposto no artigo XIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "toda pessoa tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado" e "tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar".

Seja em consequência da permanência de exércitos nos territórios conquistados ou pelo deslocamento de escravos em direção ao território onde se daria a exploração de seu trabalho, seja em virtude de pessoas que fogem de condições de vida escassas, da fome, almejando novos horizontes mais promissores, sejam refugiados em busca de asilo em outros

países, o translado de pessoas entre as mais diversas localidades, por razões variadas, as migrações internacionais integram a própria história da humanidade (CASTILHO, 2008).

Falando da migração em nível mundial, Cacciamali (2006, p. 96) descreve o movimento migratório da atualidade como um "crescente fluxo de deslocamento humano que passa a ser uma realidade global preocupante, sendo recriminado, embora necessário, complexo e de difícil caracterização. Paradoxalmente, a opção contemporânea pela mobilidade social procura atender à demanda de mão de obra não qualificada dos países centrais para os setores de agricultura, alimentação, construção, têxtil e vestuário, bem como nos serviços domésticos, nas ocupações de cuidador, e outros serviços pessoais".

O Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos inaugurado pelas Nações Unidas colocou o ser humano de maneira inédita, num dos pilares até então reservados aos Estados, na categoria de sujeito de direito internacional (MAZZUOLI, 2012).

A globalização, iniciada pela Revolução Industrial e incrementada com o passar dos séculos, beneficiou a interação entre indivíduos e ampliou as possibilidades de comunicação e transferência de informação. No entanto, ao mesmo tempo em que permitiu uma maior aproximação entre os particulares e o incremento das relações exteriores, viabilizou ferramentas para que a criminalidade pudesse transpor barreiras nacionais e atuar de forma mais organizada e em diferentes pontos do globo. A prevenção, o combate, assim como o tratamento de vítimas, deixou de ser responsabilidade de somente um Estado e passaram a ser compreendidos como medidas a serem adotadas coletivamente (MAZZUOLI, 2012).

Estima-se que, atualmente, o crime transnacional movimente 870 bilhões de dólares por ano 56 e que esse valor vem aumentando ano após ano. Na busca de alternativas para enfrentar esse problema, estabeleceu-se um diálogo entre os países, e as Nações Unidas não se furtaram de buscar soluções globais para ele (UNODC, 2010).

4.1 TRÁFICO DE PESSOAS NA ATUALIDADE

Falar em Tráfico de Pessoas no Brasil e no mundo é ter como referência conceitual e legal o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, conhecido como o Protocolo de Palermo. A Convenção foi adotada pela Resolução nº 55/25 da Assembleia Geral das Nações Unidas em novembro de 2000. Essa foi

aberta para assinaturas numa conferência de estados-membros em Palermo, na Itália, em dezembro de 2000 e entrou em vigor em setembro de 2003.

O Protocolo de Palermo foi aprovado no Brasil por intermédio do Decreto nº 5.017 de 2004, e adotado, com seus devidos ajustes, pela Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, aprovada pelo Decreto nº 5.948 de 26 de outubro de 2006.

O Protocolo de Palermo e, por consequência, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, define que tráfico de pessoas é o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

O Decreto estabeleceu ainda os princípios, diretrizes e ações a serem desenvolvidas, subsidiando os dois Planos Nacionais de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.

Do conceito, apreendemos que são necessários três elementos para que o tráfico de pessoas se configure como tal: a ação, o meio e a finalidade.

Ação diz respeito ao recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou acolhimento de pessoas.

Meio é a ameaça. O uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração.

E o **fim** é o objetivo, ou seja, a exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravatura, servidão, remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo e outras formas de exploração.

No que diz respeito à exploração, o Protocolo e a Política Nacional reconhecem expressamente as seguintes modalidades: (1) a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, (2) o trabalho ou serviços forçados, (3) escravatura ou práticas similares à escravatura, (4) a servidão e (5) a remoção de órgãos (PESQUISA ENAFRON, 2013).

No entanto o próprio Protocolo não é exaustivo, e a literatura, as pesquisas de campo e a mídia têm identificado outras modalidades de tráfico de pessoas, tais como o tráfico de

pessoas para fins de mendicância ou adoção ilegal; e o tráfico de pessoas para fins da prática de crimes, tais como o cultivo e o tráfico de drogas, e pequenos furtos.

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas define ou amplia alguns elementos do conceito de tráfico de pessoas, existentes no Protocolo de Palermo, por exemplo, pela Política Nacional, no seu art. 2°, § 2°, define o termo "rapto" como equiparado ao "sequestro ou cárcere privado", tipo penal do art. 148 do Código Penal, que consiste na conduta de "privar alguém de sua liberdade mediante sequestro ou cárcere privado".

Ainda no art. 2°, § 3°, a Política Nacional define o termo "escravatura ou práticas similares à escravatura" como o art. 149 do Código Penal, que consiste nas condutas de reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Ele define o casamento servil como a prática definida no art. 1° da Convenção Suplementar Sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura (Adotada em Genebra, a 7 de setembro de 1956. Entrou em vigor no Brasil em 6 de janeiro de 1966 e foi promulgada pelo Decreto Presidencial nº 58.563, de 1º de junho de 1966. Publicadas no Diário Oficial de 3 e 10 de junho de 1966).

Nos termos do art. 2°, § 4°, da Política Nacional "a intermediação, promoção ou facilitação do recrutamento, do transporte, da transferência, do alojamento ou do acolhimento de pessoas para fins de exploração também configura tráfico de pessoas", ou seja, amplia as possibilidades do elemento Ação.

A Política Nacional diferencia o tráfico internacional do tráfico interno de pessoas. Nos termos do art. 2°, § 5°, da Política Nacional "tráfico interno de pessoas é aquele realizado dentro de um mesmo Estado-membro da Federação, ou de um Estado-membro para outro, dentro do território nacional. E tráfico internacional de pessoas é aquele realizado entre Estados distintos" (art. 2°, § 6° da Política Nacional).

Nos termos do art. 2°, § 7°, da Política Nacional, o consentimento da vítima é irrelevante, o que gera alguma confusão, porque nos termos do Protocolo de Palermo, o consentimento é irrelevante só quando o meio utilizado for a ameaça ou o uso da força ou outras formas de coação, o rapto, a fraude, o engano, o abuso de autoridade ou da situação de vulnerabilidade ou a entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obtê-lo.

A literatura nacional traz à tona a questão da compatibilidade dos tipos penais em vigor no Brasil com as definições estabelecidas pelo Protocolo de Palermo.

Segundo Castilho (2008), no que diz respeito ao tráfico para fins de exploração na prostituição, por exemplo, a definição legal brasileira é mais restrita, porque desconsidera o consentimento, ainda que válido, e isso pode prevenir a perseguição à prostituição, bem como, porém, reforçar a discriminação daquelas e daqueles que vão para o exterior exercer a prostituição voluntariamente.

Santos (2009) reforça esta discussão quando diz que "o consentimento das mulheres (particularmente) em imigrar torna, não raras vezes, menos clara a identificação legal de uma situação de tráfico, e que a complexidade é acrescida quando essa estratégia migratória passa, de forma autônoma, pelo exercício da prostituição no país de acolhimento".

Inclusive, Lopes (2006, p. 43) comenta que "o que este discurso não nos deixa ouvir são as vozes daqueles e daquelas que escolhem emigrar para trabalhar na indústria do sexo; daqueles que, embora não tendo as melhores condições de vida e de trabalho, estão longe de se identificarem como vítimas ou de suportarem situações de escravatura".

A Pesquisa ENAFRON, através do DIAGNÓSTICO SOBRE TRÁFICO DE PESSOAS NAS ÁREAS DE FRONTEIRA, realizada em 2013 pelo Ministério da Justiça, discorre sobre os vários níveis de vitimização que correspondem a diferentes graus de conhecimento e informação que são dados à vítima e que estão relacionados à discussão sobre o consentimento.

O primeiro nível corresponde à total coerção em que as vítimas são raptadas; o consentimento neste nível é nulo.

O segundo nível diz respeito às vítimas que foram enganadas com promessas de emprego que não a prostituição. Nestes casos, o consentimento da vítima foi dado com base numa fraude.

O terceiro nível refere-se a um nível de engano menor, em que as vítimas sabem que vão trabalhar na indústria do sexo, mas não na prostituição.

Por fim, o quarto nível de vitimização diz respeito às vítimas que, antes da sua partida, sabiam que iriam trabalhar como profissionais do sexo, mas que desconheciam até que ponto iam ser controladas, intimidadas, endividadas, exploradas.

O risco é de obter uma definição de tráfico que estabeleça hierarquias morais informadas por valores morais, que acabem por se traduzir em barreiras legais e/ou práticas na defesa dos direitos humanos das vítimas de tráfico de pessoas (Davidson, 2013).

Daí a relevância da Política Nacional quando esta exclui qualquer forma de consentimento (obtido ou não sob ameaça, violência, fraude etc.) como elemento para se

identificar uma situação de tráfico de pessoas. Reforçando, basta, portanto, a Ação e a Finalidade da Exploração, o que, nos termos do Protocolo de Palermo, aplicam-se só ao tráfico de crianças e adolescentes. No que diz respeito especificamente à criança e ao adolescente, o segundo elemento, quer seja o Meio, não é necessário para se configurar o tráfico de pessoas nos termos do Protocolo. Bastam a Ação e a Finalidade de Exploração para que a criança ou o adolescente sejam considerados pessoas traficadas.

Deve ser admitido que existe um contraste entre, por um lado, a livre escolha da migração e, pelo contrário, o condicionamento da vontade. Em termos práticos, é difícil avaliar qual o grau de vontade própria ou de controle do próprio destino por parte dos migrantes econômicos ou, mesmo, das mulheres que são dirigidas para o negócio do sexo. Neste campo, são de novo os movimentos de crianças que adquirem singularidade, por aí não se pode argumentar acerca de uma vontade própria (Peixoto, 2007).

O Código Penal Brasileiro seguiu o Protocolo de Palermo e em 28 de março de 2005, através da Lei nº 11.106, revogou o tipo penal "lenocínio de mulheres", que se restringia ao tráfico de pessoas do sexo feminino e criou novo tipo penal, desta feita o tráfico de pessoas, sem distinção de sexo, que seria o ato de "promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro". No entanto, este texto legislativo não menciona a questão da ausência de consentimento ou do consentimento viciado no caso de uma vítima adulta.

Em 2009, através da Lei nº 12.015, o Código Penal sofreu outra alteração significativa no tipo penal "tráfico de pessoas", passando a diferenciar tráfico internacional de pessoas do tráfico interno. Desta feita, o art. 231 ficou com a seguinte (e atual) redação: "promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro". E a mesma lei incluiu o art. 231-A, que estabeleceu o tráfico interno de pessoas como sendo a conduta de "promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual".

Simultaneamente às alterações legislativas, tivemos o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (I PNETP) que vigorou foi entre 2008 e 2010, e que, seguindo o espírito e as diretrizes traçadas na Política Nacional, expressou metas concretas para a implementação de ações em três eixos:

1) prevenção ao tráfico,

2) repressão e responsabilização dos seus autores,

3) atenção às vítimas.

Mais recentemente, foi aprovado o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (II PNETP) para vigência entre 2013 e 2016, (nos termos do Decreto nº 6.347, de 2008).

4.2 PANORAMA DO TRÁFICO DE PESSOAS

Ao tentar descrever e mensurar o fenômeno do Tráfico de Pessoas, não há como se ignorar as dificuldades e os desafios que existem no Brasil e no mundo.

No início do século XXI, Salt (2000) já mencionava a carência de dados oficiais sobre tráfico de pessoas. Na opinião do autor, em regra, os dados eram coletados por instituições, metodologias e tecnologias diversas e em tempos diferentes, impossibilitando sua sistematização e comparação dentro de um mesmo país, situação que piora quando entre diversos países.

De acordo com o Escritório Contra Drogas e Crime das Nações Unidas (UNODC, 2009), os sistemas das instituições de segurança pública e justiça criminal são construídos no intuito de otimizar as suas necessidades operacionais.

O primeiro Diagnóstico Brasileiro Sobre Tráfico de Pessoas realizado pela Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça em 2012 (Ministério da Justiça, 2013), cuja fonte principal de informação foram dados oficiais, também deixa clara a impropriedade dos sistemas de informação das instituições da segurança pública e justiça criminal no Brasil. Há uma variedade muito grande de categorias e de formas de registro, praticamente impossibilitando a comparabilidade destes dados.

A confusão entre tráfico de pessoas, contrabando de migrantes, imigração irregular e, às vezes, prostituição – e, ainda, a ausência de legislação específica, dificultam mais ainda a coleta de dados sobre o assunto.

No cenário internacional, é muito vasto o número de pesquisas acadêmicas e relatórios de organismos internacionais tais como o Escritório das Nações Unidas de Drogas e Crime (UNODC), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Centro Internacional para o Desenvolvimento de Políticas Migratórias (ICMPD), a Organização Internacional para a Migração (OIM), além de organizações europeias como a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), a Comissão Europeia (CE), e de organizações não governamentais como a Anti-Slavery International e La Strada International.

Lopes (2006), em revisão bibliográfica sobre o tema, critica a confiabilidade e a validade de dados considerados extraoficiais.

No Brasil, a academia não tem se dedicado com muita ênfase nem à análise dos dados oficiais disponíveis, nem ao estudo empírico do tema. São também as ONGs – como, por exemplo, a Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude (ASBRAD) – e as instituições oficiais, como a Secretaria Nacional de Justiça, que têm se dedicado ao estudo do tema (LOPES, 2006).

Soma-se a isso o fato de que o tráfico de pessoas é uma das formas de criminalidade subnotificada, isto por razões diversas como a desconfiança do sistema de polícia e justiça, o receio da pessoa traficada de ser discriminada ou incriminada, particularmente como imigrante irregular, nos casos de tráfico internacional, o medo de ser deportado ou expulso, a vergonha e o medo da humilhação, o desconhecimento sobre a sua condição de vítima, a falta de informação sobre os mecanismos de denúncia e até mesmo o medo de represálias (PISCITELLI, 2013).

Isto tudo intensifica a ausência de dados sobre um fenômeno que, além de ser antologicamente subnotificado, é registrado impropriamente, fazendo com que o crime permaneça na obscuridade, ao menos estatisticamente.

Nesse sentido, a contribuição tanto das organizações não governamentais como dos organismos internacionais tem sido muito importante, pois, na ausência de dados quantitativos oficiais, são estes relatórios que contribuem para o conhecimento e o reconhecimento do fenômeno.

4.4 PERFIS DAS PESSOAS TRAFICADAS

Uma das principais preocupações no enfrentamento ao tráfico de pessoas é a compreensão do perfil da pessoa traficada, principalmente para a elaboração de políticas de prevenção.

Da revisão bibliográfica e dos dados encontrados, destaca-se que mulheres, adolescentes e crianças são registradas com mais frequência como vítimas do tráfico de pessoas, somando 75% das mesmas entre os anos de 2007 e 2010. Este dado é revelado pelo Relatório Global do UNODC (2012), segundo o qual o tráfico de pessoas é um crime com uma forte conotação de gênero, e que mulheres adultas são a principal parcela das vítimas identificadas (UNODC, 2012).

Pesquisas realizadas no Brasil também confirmam que a maioria das vítimas registradas são mulheres oriundas de classes populares, com baixa escolaridade, que habitam

espaços urbanos periféricos com carência de saneamento, transporte, moram com algum familiar, têm filhos e exercem atividades laborais de baixa exigência - cabelereira, esteticista, auxiliar de enfermagem, professora de ensino fundamental, vendedora, secretária e doméstica (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Dados do Ministério da Saúde, cuja fonte é o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) — através da notificação compulsória — informam também que a maioria das vítimas de tráfico de pessoas registradas são mulheres e adolescentes do sexo feminino, com baixa escolaridade, solteiras e residentes da zona urbana (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Demonstram ainda que a faixa etária de maior incidência é entre os 10 e 29 anos, havendo maior incidência de vítimas na faixa etária de 10 a 19 anos, segundo o qual as adolescentes somam mundialmente de 15% a 20% das vítimas (UNODC, 2012).

Uma pequena parcela das entrevistadas ou das vítimas identificadas em processos criminais citados nessas pesquisas afirmou já ter exercido a prostituição no Brasil (HAZEU, 2008).

De acordo com os resultados da pesquisa ENAFRON, as pessoas traficadas continuam sendo em sua maioria mulheres, crianças e adolescentes, e quanto à finalidade, a mais identificada é a exploração sexual.

Pessoas traficadas do sexo masculino são mais comumente identificadas na modalidade trabalho escravo ou trabalho forçado, segundo o Relatório Global do UNODC. Todavia, mulheres também estão sendo traficadas para o Brasil para fins de trabalho escravo na indústria têxtil e para servidão doméstica.

Observa-se desta forma que o perfil pode variar de acordo com a modalidade de exploração e com as condições de vulnerabilidade de cada pessoa traficada. Segundo Davidson (2013, p. 89), “não há demanda de pessoas traficadas, mas tão somente demanda de trabalhos ou serviços de pessoas vulneráveis e desprotegidas”. Isto significa dizer que não há um público-alvo ou perfil específico. O crime de tráfico de pessoas mercantiliza e coisifica a vítima, fazendo com que as características pessoais sejam irrelevantes, o que determina é a utilidade para a qual aquela pessoa se presta.

É a situação de vulnerabilidade que vai determinar se esta ou aquela pessoa é uma potencial vítima de tráfico de pessoas ou não. Vulnerabilidade é situação pessoal ou de um grupo, preexistente ou criada, que significa fragilidade e por isso potencializa a possibilidade da pessoa se encontrar em situações de risco ou de ser explorada (UNODC, 2012).

Vulnerabilidade pessoal pode estar relacionada à deficiência mental ou física, ao sexo, à idade, à etnia, à identidade de gênero, à orientação sexual, entre outros (UNODC, 2012).

Vulnerabilidade situacional pode estar relacionada ao fato da pessoa estar indocumentada em país estrangeiro, estar socialmente ou linguisticamente isolada (UNODC, 2012). E vulnerabilidade circunstancial diz respeito à situação econômica, por exemplo, o desemprego ou a pobreza, a dependência de substâncias entorpecentes ou do álcool (UNODC, 2012).

Vale sublinhar que, uma única pessoa pode se encontrar numa situação de vulnerabilidade múltipla, por exemplo, uma adolescente do sexo feminino que é lésbica e pertence a uma comunidade indígena (UNODC, 2012).

Em relação a grupos, os que podem estar em situação de vulnerabilidade são as crianças e adolescentes, naturalmente, por uma questão de desenvolvimento pessoal, são vulneráveis. Mulheres, em algumas sociedades mais do que em outras, podem estar em situação de vulnerabilidade, dependendo do grau de empoderamento, acesso a educação e trabalho, em relação aos direitos civis, políticos e sociais das mulheres, que diferem em cada sociedade.

Migrantes em geral também são considerados como um público vulnerável, principalmente aqueles que estão em situação irregular (UNODC, 2012). Minorias étnicas, indígenas, pessoas com deficiência e a população LGBT podem também estar em situação de vulnerabilidade em alguns contextos (UNODC, 2012).

Há ainda aqueles grupos que são mais vulneráveis a depender da modalidade de exploração. Por exemplo, adolescentes do sexo masculino (homossexuais e heterossexuais) são traficados para fins de exploração sexual em determinados locais. Pessoas com deficiências podem estar mais vulneráveis à modalidade do tráfico para fins de exploração na mendicância. Refugiados políticos e ambientais, pelo simples fato de estarem na condição de refugiados, são mais vulneráveis que outras pessoas (UNODC, 2012).

Desta forma, a vulnerabilidade está no cerne da discussão sobre o tráfico de pessoas e principalmente dos perfis das pessoas traficadas.

5 MODALIDADE DE EXPLORAÇÃO

Os relatórios internacionais, nacionais e outras pesquisas realizadas informam que a forma de exploração mais vulgarmente identificada no contexto do tráfico de pessoas é a sexual, nas Américas, Europa e Ásia Central, enquanto que na África, Meio Oriente, Sul e Leste da Ásia e Pacífico, mais casos de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo foram detectados (UNODC, 2012).

No Brasil, no que diz respeito ao tráfico internacional, a predominância da modalidade de exploração sexual se confirma pelos dados do Ministério das Relações Exteriores revelados no Diagnóstico Nacional (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Apesar de tudo, tem-se observado no Brasil um crescente número de pessoas estrangeiras, de ambos os sexos, traficadas para fins de trabalho escravo, por exemplo, bolivianos, sendo neste caso, o Mato Grosso do Sul um dos estados de entrada destas pessoas traficadas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

O Relatório Global do UNODC confirma que o número de casos de tráfico de pessoas para fins de trabalho escravo registrados tem aumentado, assim como tem aumentado a capacidade das autoridades locais de identificar esta forma de exploração.

Nas Américas, particularmente, 44% dos casos de tráfico de pessoas detectados tinha como finalidade o trabalho escravo (UNODC, 2012).

No entanto, o tráfico interno identificado de brasileiros para fins de trabalho escravo é ainda maior a de estrangeiros, haja vista que a maioria dos trabalhadores resgatados em situação análoga à de escravo é de brasileiros provenientes de outros estados do território nacional.

As outras modalidades, como o tráfico para fins de remoção de órgãos, exploração da mendicância, prática de atividades criminosas, casamento servil, conflito armado e adoção ilegal, foram raramente identificados. O tráfico para fins de remoção de órgãos consiste em 0,2% dos casos e foi detectado em 16 países participantes do Relatório Global do UNODC, enquanto que as outras modalidades somam 6% dos casos, sendo que em 1,5% dos casos as vítimas eram traficadas para fins de exploração na mendicância (UNODC, 2012).

Outros casos também foram revelados pela Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a atuação de organizações criminosas atuantes no tráfico de órgãos humanos, tais como casos de pacientes declarados com morte encefálica em Poços de Caldas e Taubaté, cujos órgãos foram retirados e transplantados sem a observância das formalidades necessárias, e o caso da importação das córneas, onde se identificou a realização de depósitos

em dinheiro para a realização dos transplantes (COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO, 2004).

A Pesquisa ENAFRON identificou principalmente as modalidades da exploração sexual e do trabalho escravo em proporções distintas, maiores ou menores, dependendo da unidade da federação. Mas foram encontrados casos de outras modalidades neste Diagnóstico, ainda que em menor número, como a adoção ilegal e a exploração em clubes de futebol.

5.1 MODUS OPERANDI E PERFIL DO TRAFICANTE

O *modus operandi* é uma expressão do latim que significa o modo de operação que, no contexto do tráfico de pessoas, é a maneira como os autores da conduta do tráfico de pessoas ou os grupos organizados operam e executam suas atividades.

No aspecto policial é importante compreender o modo de agir, pois contribui para os procedimentos de investigação. E no aspecto da prevenção também é importante, pois, por exemplo, campanhas podem ser realizadas e postos policiais ou patrulhas podem ser implementados nos locais identificados como parte do modus operandi no que diz respeito aos pontos de recrutamento, trânsito e exploração das pessoas traficadas (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

A identificação do *modus operandi* também contribui para a identificação de elementos comuns a vários crimes aparentemente desconexos, e através desses elementos comuns, pode-se chegar à mesma organização criminosa.

O crime de tráfico de pessoas possui três elementos, não somente no plano conceitual, mas também na prática e passa pela discussão do *modus operandi*, dentre outros fatores, os perfis dos traficantes.

A maioria dos recrutadores identificados no Brasil em 2002 era do sexo masculino (LEAL, 2002).

Por outro lado, já em 2005, pesquisa da Secretaria Nacional de Justiça ressalta as “teias femininas formadas por amigas, conhecidas, vizinhas e parentes, tias, sobrinhas, irmãs, sogras, “convidando”, informando, “estabelecendo conexões”.

Pesquisa publicada em 2008 especificamente sobre o tráfico de pessoas do Brasil para o Suriname também revela uma maior incidência de mulheres aliciadoras.

E a Pesquisa ENAFRON revelou através dos dados da Polícia Federal também uma maior incidência de mulheres aliciadoras, embora os dados do Departamento Penitenciário

revelem que mais homens do que mulheres estão presos por tráfico de pessoas, o que pode nos levar à conclusão de que estes últimos são com maior frequência, alvo de prisões preventivas e prisões condenatórias, ou que os homens ocupam um lugar mais alto na hierarquia dos grupos de traficantes, cometendo, assim, crimes mais graves, com sentenças mais severas.

A criminalidade feminina é tema que ainda envolve muitos tabus, dentre estes a discussão sobre os papéis do homem e da mulher na sociedade. Há teorias que afirmam que há mulheres que delinquem, mas que tendo em vista seu papel predeterminado na sociedade, estas são com menos frequência, alvo de desconfiança e de investigações da polícia.

Importante destacar análise estatística do Relatório Global do UNODC (2012), segundo o qual o envolvimento de mulheres no tráfico de pessoas é mais frequente em casos de tráfico de crianças e adolescentes do sexo feminino, reforçando a ideia de relações afetivas ou de confiança entre traficados e traficantes.

O ENAFRON destaca o caso das pessoas traficadas que se tornaram aliciadoras: “Redes que transformam pessoas antes exploradas em aliciadoras, em uma estratégia que, além de facilitar o contato, não exporia os verdadeiros financiadores do tráfico” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Hazeu já observava isto em 2008, quando dizia em sua pesquisa sobre tráfico de pessoas do Brasil para o Suriname que: as aliciadoras, em geral são outras mulheres que já viveram situação de tráfico e que “ascenderam” na hierarquia da organização criminosa. Essa ascensão se dá comumente por um namoro, casamento ou envolvimento afetivo com o dono do clube ou algum funcionário.

O Diagnóstico ENAFRON reforça o argumento segundo o qual os recrutadores são pessoas conhecidas das vítimas. Por exemplo, depoimentos de organizações para a promoção dos direitos das pessoas LGBT revelam que há recrutadoras que são transgêneros de identidade de gênero feminina que já migraram e trabalharam como profissionais do sexo no exterior, e que retornam ao Brasil para convidar outras transgêneros da sua rede de relações sociais, potencialmente envolvendo-as numa rede de tráfico.

Resumindo, não há um modelo de aliciamento exclusivo, estas são somente tendências que foram observadas.

Mas o traficante não é somente o aliciador ou recrutador. É também aquele que transporta e principalmente aquele que organiza a exploração da pessoa no local de destino. Estes, segundo o Relatório Global do UNODC, são na maioria homens, da nacionalidade do país onde esteja acontecendo a exploração.

5.2 TRÁFICO DE PESSOAS E A LEGISLAÇÃO PENAL

Após a ratificação do Protocolo de Palermo, o avanço legislativo no Brasil no que diz respeito ao tráfico de pessoas foi considerável, com exceção da legislação penal. Apesar de ter sofrido mudanças, a legislação penal brasileira ainda não contempla todas as modalidades de tráfico de pessoas, mas tão somente o tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

O tráfico para fins de exploração sexual é, portanto, um tipo penal formal (que não exige a consumação) e alternativo (que prevê várias condutas dentro de um único tipo penal), permitindo a responsabilização pelo crime ainda que a exploração sexual não se consuma, mas tão somente o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas com este fim (CASTILHO, 2008).

Segundo Castilho (2008), críticas têm sido feitas ao tipo penal do tráfico de pessoas previsto nos artigos nº 231 e 231-A do Código Penal Brasileiro. Dentre elas, a de que o legislador deixou de prever um dos elementos do tráfico, que é o meio coercitivo, violento, fraudulento, fazendo com que o mesmo se equipare à definição de contrabando de migrantes e não de tráfico de pessoas.

A outra crítica é a de que o tipo penal criminaliza a prostituição, ainda que indiretamente (CASTILHO, 2008).

Demais formas de exploração estão previstas em outros tipos penais, fazendo com que a exploração em si possa ser punida, mas o mesmo não ocorre com a mercantilização da pessoa, que se configura como a ação (recrutamento, transporte etc.) e o meio (engano, fraude, coerção) e que são anteriores à exploração (CASTILHO, 2008).

Por exemplo, no caso de tráfico para fins de trabalho escravo, o artigo 149 do Código Penal, que define o tipo penal da “redução à condição análoga à de escravo”, poderá incidir punindo a conduta da exploração, mas não os atos anteriores a esta – nomeadamente o recrutamento, o transporte, a utilização de meio fraudulento para convencer a vítima, ou de violência – deixando sem punição os casos em que a exploração não chegue efetivamente a acontecer (CASTILHO, 2008).

No tráfico para fins de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, encontra relativa guarida na Lei do Transplante, mesmo na Lei n° 9.434/97, que criminaliza toda forma de extração de órgão, tecido ou parte do corpo sem autorização dos parentes ou do paciente em vida (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Segundo o Ministério da Justiça (2013), alguns tipos penais podem ser utilizados subsidiariamente, em caso de tráfico de pessoas para outros fins, ou no caso de outras

modalidades de exploração que não a de exploração sexual, que sãos os Tipos Penais Correlatos ao Tráfico de Pessoas, quais sejam:

Art. 149, Código Penal - Redução à condição análoga à de escravo:

- Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.
- Cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.
- Manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Art. 206, Código Penal - Aliciamento para o fim de emigração:

- Recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro.

Art. 207, Código Penal - Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional:

- Aliciar trabalhadores para transporte dentro do território nacional, com ou sem fraude ou cobrança de qualquer quantia.

Art. 309, Código Penal - Fraude de lei sobre estrangeiros:

- Atribuir a estrangeiro, falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional.

Art. 14 da Lei n° 9.434/97 - Crimes contra a Lei de Transplante:

- Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei.

Art. 15 da Lei n° 9.434/97 - Crimes contra a Lei de Transplante:

- Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Art. 16 da Lei n° 9.434/97 - Crimes contra a Lei de Transplante:

- Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei.

Art. 17 da Lei n° 9.434/97 - Crimes contra a Lei de Transplante:

- Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei.

Art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Crimes contra a criança e ao adolescente:

- Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompense. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa.

Art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente - Crimes contra a criança e ao adolescente:

- Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro.

Ainda, de acordo com o Ministério da Justiça (2013), os tipos penais que são praticados com frequência em concurso com o tráfico de pessoas, nas suas diversas modalidades, têm sido identificados. São crimes que de fato servem para facilitar ou subsidiar o crime de tráfico de pessoas, como a falsidade ideológica e o favorecimento da prostituição, ou que servem para ocultar os lucros do crime de tráfico de pessoas, como a lavagem de dinheiro. Assim, são Tipos Penais Praticados em Concurso com o Tráfico de Pessoas:

Art. 218, Código Penal - Corrupção de Menores:

- Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem.

Art. 218, A, Código Penal - Favorecimento da Prostituição ou Outra Forma de Exploração Sexual de Vulnerável:

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

Art. 227, Código Penal - Mediação para servir à lascívia de outrem:

- Induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem.

Art. 228, Código Penal - Favorecimento da Prostituição ou outra forma de exploração sexual:

- Induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la ou impedir que alguém a abandone.

Art. 229, Código Penal - Casa de Prostituição:

- Manter, por conta própria ou de terceiros, estabelecimento em que ocorra exploração sexual, haja ou não intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.

Art. 230, Código Penal – Rufianismo:

- Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça.

Art. 288, Código Penal - Quadrilha ou bando:

- Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crime. Na ausência de legislação que defina o crime organizado, este é um dos tipos penais utilizados.

Art. 299, Código Penal - Falsidade Ideológica:

- Omitir em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Art. 304, Código Penal - Uso de documento falso:

- Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302. (Que se referem a papéis tais como: documento público (e.g. documentos de identidade, certidão, declaração, atestados de órgãos públicos), documento particular (e.g. procuração particular) e atestado médico).

Art. 332 CP, Código Penal - Tráfico de influência:

- Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

Art. 342, Código Penal - Falso testemunho ou falsa perícia:

- Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

Lei nº 9613/98 - Crimes de Lavagem ou Ocultação de Bens, Direitos ou Valores:

- Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime praticado por organização criminosa.

Lei nº 11.343/2006 - Tráfico de Substâncias Ilícitas Entorpecentes:

- Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente.

Apesar das críticas, são estes dispositivos penais dos artigos nº 231 e 231- A, os correlatos e os que podem ser praticados em concurso que, de acordo com o princípio da legalidade, poderão ser aplicados em casos de tráfico de pessoas para fins das modalidades de exploração previstas na Política Nacional de Enfrentamento (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Estes dispositivos penais são os que servem como referência e marco legal para os agentes da segurança pública e da justiça criminal no momento de responsabilização dos atores destas condutas.

No entanto, não é necessário ficar circunscrito a esses acima, no aspecto conceitual do tráfico de pessoas, uma vez que a pretensão é a de ampliar o campo de visão e de, a partir da observação da realidade, reformular a legislação e as políticas públicas de enfrentamento ao tráfico de pessoas, inclusive no que diz respeito à previsão legal desta forma de violação dos direitos humanos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

Por isso é que ao conceituar o tráfico de pessoas, é importante defini-lo principalmente – mas não só – do ponto de vista do Protocolo de Palermo, e também no caso do Brasil, da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, que são documentos que abrangem diversas modalidades e que por serem mais genéricos, acompanham a evolução e as constantes mudanças pelas quais o fenômeno do tráfico de pessoas tem passado.

5.3 POLÍTICAS PÚBLICAS

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos governos. O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do Poder Executivo, fenômeno iniciado no Estado Social. Tanto que justifica um reexame da classificação tradicional dos poderes estatais, baseada na supremacia do Poder Legislativo e no papel secundário do Poder Executivo, deslocando o lugar de destaque da lei para as políticas públicas, ou seja, do Estado legislativo para o Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade (COMPARATO, 1997).

As políticas públicas representam o conjunto de planos e programas de ação governamental, destinados a intervir no domínio social, por meio das quais são traçadas

diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado, sobretudo na implementação dos objetivos e direitos fundamentais dispostos na Constituição (COMPARATO, 1997).

No Estado Democrático de Direito, o que se deseja dos poderes públicos é a concretização dos direitos fundamentais, não violando os direitos de liberdade e realizando os direitos a prestações através de políticas públicas orientadas pelos princípios e regras dispostos na Constituição.

6 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Em muitos casos o tráfico de pessoas é transnacional, seu enfrentamento requer não apenas uma articulação intersetorial em âmbito interno, mas também uma forte cooperação internacional.

Segundo a avaliação da Organização das Nações Unidas (ONU, 2000), os mecanismos isolados de cada Estado se mostram insuficientes para dar conta da complexidade da situação, sendo necessária a cooperação bilateral, regional e multilateral, mediante cooperação técnica policial, tecnológica, econômica e comunicacional.

Por isso o fomento à cooperação internacional bilateral e/ou multilateral é uma das diretrizes gerais da Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, de 2006.

Nesse sentido, o Brasil tem estabelecido diversas parcerias com organismos internacionais, como:

- Organização Internacional do Trabalho (OIT),
- Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC),

Centro Internacional para o Desenvolvimento de Políticas Migratórias (ICMPD).

Além disso, segundo o Ministério da Justiça, o país tem firmado importantes acordos bilaterais com países como Suriname e Portugal e aderido a planos regionais e internacionais, como o “Plano de Ação para a Luta contra o Tráfico e Pessoas entre os Estados parte do Mercosul e os Estados Associados” (2006); o “Plano de Trabalho contra o Tráfico de Pessoas no Hemisfério Ocidental” (2010), junto à Organização dos Estados Americanos (OEA); e, no âmbito da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), formada por países de quatro continentes, assinou a “Declaração de Lisboa sobre a Instituição de Medidas Comuns de Prevenção e de Combate ao Tráfico de seres Humanos” (2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Palermo e seus Protocolos Adicionais (ONU, 2000) são marcos no tratamento da liberdade e da autodeterminação como direitos humanos universais e inalienáveis, os quais integram o rol de direitos fundamentais e somente podem se consolidar de acordo com valores democráticos.

Nesse mesmo sentido, outras normas e tratados que versam sobre temas relacionados ao enfrentamento ao tráfico de pessoas, como os relativos à dignidade no trabalho, direitos da mulher, direito à saúde, direito das crianças e adolescentes, direitos dos estrangeiros etc., dão a diretriz de como combater esse crime (COLARES, 2004).

O reconhecimento do tráfico de pessoas como uma violação aos direitos humanos (pelo já comentado Protocolo de Palermo – ONU, 2000) é um instrumento a mais a possibilitar a realização de liberdades e direitos fundamentais e a expandir capacidades e habilidades básicas das pessoas para que usufruam de seus direitos e escolham seu modo de viver.

Nesse sentido, as ações contra o tráfico de pessoas são um veículo para efetividade da dignidade da pessoa que requer a constante construção e manutenção das bases materiais para a vida com dignidade.

Daí a importância das políticas públicas que minimizem a vulnerabilidade de grupos mais sujeitos ao tráfico humano, bem como das ações que acolham as pessoas em situação de tráfico (COMPARATO, 1997).

Além dos documentos internacionais específicos, sob a ótica dos direitos humanos, a partir da concepção de que os povos têm direito à autodeterminação e de que a garantia de todas as liberdades é fundamental para o ser humano viver com dignidade, o tráfico de pessoas é uma violação que pode ser enfrentada com base em diversos documentos internacionais.

Então a construção do sistema normativo no plano internacional é o lastro para que os Estados, inclusive o brasileiro, passem a trabalhar no plano jurídico interno e, principalmente, em suas Constituições, valores e garantias que proporcionem o patamar de dignidade necessário para que cada indivíduo possa viver com liberdade, dentro das suas possibilidades, das suas opções e das suas concepções (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2013).

O enfrentamento ao tráfico de pessoas está intrinsecamente ligado aos valores democráticos espalhados em diversos dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil (TERESI, 2012).

Com a vivência das situações reais de violação aos direitos humanos por meio do tráfico de gente como mercadoria, notou-se a importância de diferenciar o tratamento de cada uma das finalidades do tráfico de pessoas para o seu enfrentamento adequado e racional.

Ficou claro que as medidas para prevenir o crime, resgatar e acolher as vítimas e punir os criminosos variam de acordo com o objetivo da "comercialização" da vítima e de sua apropriação pelo perpetrador.

Ao mesmo tempo, a percepção de que há diferenças e graus de fragilidades/vulnerabilidades entre as vítimas foi tida como fator decisivo para a reflexão sobre as ações para sua reinserção na sociedade e no mercado de trabalho.

Importante é a posição do governo brasileiro, evidenciado em discurso proferido pelo Secretário Nacional de Justiça, Paulo Abraão, na Assembleia Geral da ONU, em maio de 2013, que tratava da implementação do Plano Global de Ação de Combate ao Tráfico de Pessoas:

"A Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional e seus três protocolos enfatizam a necessidade de lutarmos contra a delinquência. O Brasil acredita que, para fazerem frente eficazmente ao tráfico de pessoas, as políticas públicas devem focar não somente nas ações de repressão, mas também nas ações de prevenção e de ajuda às vítimas. Por outro lado, uma estratégia adequada e eficaz de combate ao tráfico de pessoas deve assegurar o respeito aos direitos fundamentais.

Cabe destacar que o Brasil se comprometeu a aumentar a proteção ofertada aos estrangeiros indocumentados e outros grupos vulneráveis, como a comunidade LGBT, que são vítimas do tráfico de pessoas. É relevante também destacar a necessidade de prestar especial atenção à desigualdade de gênero e todas as formas de discriminação contra as mulheres, que são origens importantes de tráfico de pessoas, tanto nos países de origem quanto nos países de destino. Por outra parte, o sexismo e a discriminação de gênero são especialmente cruéis com as mulheres que sobrevivem ao tráfico, as quais normalmente são discriminadas pela sociedade depois de sobreviverem à situação, incapazes de se reintegrarem e, às vezes, forçadas a regressar às redes do tráfico.

A política do Brasil para combater o tráfico de pessoas foi formulada e é executada por uma ampla gama de atores, que inclui agências governamentais e atores não governamentais. O modelo de governança brasileiro permite a participação em grande escala da sociedade civil. Este é um tema transversal e a solução dos problemas a ele relacionados deve se basear nos esforços da sociedade como um todo".

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDERSON, Bridget & Davidson, Julia O'Connell (2002), Trafficking – A Demand Led Problem. Sweden: Save The Children.

ARONOWITZ, Alexis A. (2001), "Smuggling and Trafficking in Human Beings: The phenomenon, the markets that drive it and the organisations that promote it", em European Journal on Criminal Policy and Research, 9, 163-195.

CACCIAMALI, Maria Cristina (2006). Entre o Tráfico Humano e a Opção da Mobilidade Social: os Imigrantes Bolivianos na Cidade de São Paulo. Cadernos PROLAM/USP, ano 5, vol. 1, 129-143.

CASTILHO, Ela Wiecko V. (2008). A criminalização do tráfico de mulheres: proteção das mulheres ou reforço da violência de gênero. Cadernos Pagu (31), julho-dezembro, 101-123.

CICONTE, Enzo. "Le nuove schiavitù – Il traffico degli esseri umani nell'Italia del XXI secolo ", Editori Riuniti, Roma, 2002.

Comissão Parlamentar de Inquérito (2004). Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito com a Finalidade de Investigar a Atuação de Organizações Criminosas Atuantes no Tráfico de Órgãos Humanos. Brasília: Câmara dos Deputados.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. São Paulo: RT, 1997.

Colares, Marcos (2004) Tráfico de Seres Humanos: São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Ceará. Brasília: Ministério da Justiça.

CURTIN, Philip D. The Atlantic Slave Trade. London. University of Wisconsin, 1969.

DAVIDSON, Julia O'Connell (2013). Trafficking: Known Unknowns and Unknown Knowns. Apresentação no Dialogue Forum Research Goes Politics. Viena, 27 de junho de 2013.

Dias, Guilherme (2010). A temática do tráfico de pessoas no contexto brasileiro. Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana (REMHU), Brasília, vol. 35, Políticas Migratórias.

Discurso de Paulo Abraão na AG da ONU, em 13/05/2013. Disponível em: <www.vermelho.org.br/noticia.php?id_secao=1&id_ noticia=213543>. Acesso em 22/09/2014

GIORDANI, Mário Curtis. História da Grécia. Petrópolis: Vozes, 1984.

Hazeu, Marcel (Coord.) (2008). Pesquisa tri-nacional sobre tráfico de mulheres do Brasil e da República Dominicana para o Suriname: uma intervenção em rede. Belém: So direitos.

Leal, Maria Lúcia (2002). Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil. Centro de Referência, Estudos e Ações sobre Crianças e Adolescentes (CECRIA).

Lopes, Ana (2006), Trabalhadores do sexo uni-vos! Organização laboral na indústria do sexo. Lisboa: D. Quixote.

Mazzuoli, Valério. Curso de Direito Internacional Público. SP: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 833 p.

Ministério da Integração Nacional (s.d.). Faixa de Fronteira. Programa de Promoção do Desenvolvimento da Faixa de Fronteira – PDFF. Brasília: Ministério da Integração Nacional.

Ministério da Justiça (2013). Relatório Nacional Sobre Tráfico de Pessoas: consolidação dos dados de 2005 a 2011. Brasília.

Ministério da Justiça, (2013). Programa ENAFRON. Estratégia Nacional de Segurança Pública nas Fronteiras. Brasília.

Ministério do Trabalho e Emprego (2011). Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo. Brasília: MTE.

Ministério da Justiça (2013). Tráfico de Pessoas: uma abordagem para os direitos humanos – 1.ed. Brasília - 576 p.

I Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - Secretaria Nacional de Justiça. Brasília, 2008.

II Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - Secretaria Nacional de Justiça. Brasília, 2013.

PEIXOTO, João (2007). Tráfico, Contrabando e Imigração Irregular. Os novos contornos da imigração brasileira em Portugal. Sociologia, Problemas e Práticas, 53, 71-90.

PISCITELLI, Adriana (2013). Trânsitos: brasileiras nos mercados transnacionais do sexo. Rio de Janeiro: EUDUERJ.

Portal Ministério da Justiça – TRÁFICO DE PESSOAS - http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team=%7B5753E656-A96E-4BA8-A5F2-B322B49C86D4%7D – acesso durante todo o desenvolvimento do trabalho.

Salt, John (2000), “Trafficking and human smuggling: a European perspective”, International Migration, 38 (3), pp. 31-56.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2009). Tráfico sexual de mulheres: Representações sobre ilegalidade e vitimação. Revista Crítica de Ciências Sociais, 87, 69-94.

Secretaria Nacional de Justiça, Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime & Associação Brasileira de Defesa da Mulher, da Infância e da Juventude (s.d.). Posto de Atendimento Humanizado aos Migrantes: Sistematização da experiência de um ano de funcionamento do posto. Brasília: Ministério da Justiça.

SILVA, João Carlos Jarochinski (2011). Uma análise sobre os fluxos migratórios mistos. In André de Carvalho Ramos, Gilberto Rodrigues e Guilherme Assis de Almeida, (orgs.). 60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro. São Paulo: Editora CL-A Cultural.

OS PLANOS DE SAÚDE FRENTE AO ESTATUTO DO IDOSO

TEIXEIRA, Silvia Coelho[1]
JUNIOR, Waldemar E. Feiertag[2]

RESUMO

O presente trabalho científico tem por objetivo tratar de aspectos gerais dos planos de assistência à saúde. Conceituando e contextualizando saúde suplementar no Brasil e sua importância para a sociedade, principalmente para os idosos que necessitam de mais atenção quando se fala desse direito fundamental, em razão da fragilidade ocasionado pelo avanço da idade. O que justifica diretamente o aumento na procura por planos de assistência à saúde, por conta da precariedade do SUS. Os planos de saúde têm legislação própria, a qual devem se submeter (Lei nº 9.656/98), preenchendo requisitos para funcionar e obedecendo a índice máximo de reajuste fixado pela Autarquia Federal ANS para cada ano, e sendo reajuste por idade deve se obedecer a Resolução Nº 63 expedida pela ANS. De forma incisiva e com fulcro em jurisprudência e na doutrina abordaremos a legalidade do reajuste de mensalidades para idosos. Considerando que quanto mais avança a idade, mais se utiliza o plano, é normal que incida um reajuste, que equilibre a relação contratual.

Palavras-chave: Lei, Saúde, Reajuste.

HEALTH PLANS FRONT OF THE EIDERLY

ABSTRACT

This scientific work is aimed deals with general aspects of health care plans. Conceptualizing and contextualizing health insurance in Brazil and it´s importance for society and especially for the elderly who need more attention when speaking of this fundamental right, due to the fragility caused by aging. What directly justifies the increased demand for health care plans, due to the precariousness of “SUS” (Unic System of Health). Health plans have their own legislation, which must submit (Law no. 9.656 / 98), filling requirements for working and obeying the maximum rate of adjustment set by the government agency “ANS” (National Health Agency) for each year, and with adjustment for age, should obey Resolution No. 63 issued by “ANS” (National Health Agency). Incisively and fulcrum in jurisprudence and doctrine we discuss the legality of the adjustment of fees for seniors. Whereas the more age advances, more you use the plan's normal focusing an adjustment, to balance the contractual relationship.

Keywords: Law, Health, Readjustment.

[1] Acadêmica Silvia Coelho Teixeira, do curso de Direito – UDC.
[2] Professor Waldemar Ernesto Feiertag Junior – Orientador – UDC.

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento e evolução da Saúde Suplementar no Brasil, desenvolvem-se paralelamente os planos de seguro e de assistência à saúde, visto que o Estado não consegue cumprir com sua obrigação, dispensando uma assistência totalmente comprometida, lenta quando não omissa, por conta da precariedade do Sistema Único de Saúde. A insuficiência do Estado é um fator relevante para que as pessoas comprometam uma parcela da sua renda com planos de saúde, incidindo uma alta demanda, principalmente quando se fala em saúde do idoso, que se encontra em situação de vulnerabilidade dada à idade avançada e fragilidade, demandando assim uma atenção especial, com possibilidade de ser atendido com frequente por médicos, fazer exames periódicos, ter acesso a medicamentos controlados, etc.

Quanto mais avança na idade mais o usuário faz uso do plano, visto que sua saúde vai se debilitando. Fazendo jus a cobrança a uma mensalidade diferenciada, de acordo com os serviços prestados ou disponibilizados. Ocorre que quando se procede ao reajuste mesmo que previamente estabelecido em contrato e dentro do limite estabelecido em lei os usuários não aceitam, dando início a série de divergências que serão analisadas no trabalho.

O objetivo da pesquisa é entender quando o reajuste é legal e necessário e quando será exorbitante, ilegal, em quais planos se aplica. O trabalho está separado em temas, iniciando pela contextualização do idoso e uma breve visão para o futuro, abordando a importância da saúde, que é hoje um direito fundamental, sem o qual fica inapto a exercer qualquer outro direito. Na sequência, trataremos do idoso no ordenamento jurídico, fazendo uma análise da evolução de seus direitos. Passando para os princípios que regem o estatuto do idoso, que foram sua base, suas diretrizes, com essa explanação ficara claro a importância de cada um. Depois, entenderemos o que é saúde suplementar, histórico, área de atuação. Conceituando as várias espécies de planos de saúde e formas de reajuste das mensalidades.

Na sequência, levanta-se o tópico principal do trabalho qual seja idosos x planos de saúde, onde com vagar exploraremos a importância da prestação de saúde principalmente para os idosos, por conta da urgência no atendimento, necessidade de atenção e dedicação. Esclarecimento sobre o confronto da Lei dos Planos de Saúde e do Estatuto do Idoso, estudando especificamente a incidência do reajuste ao idoso, respaldando na jurisprudência doutrina e lei, tratando dos chamados “planos velhos” e “planos antigos”. O item seguinte refere-se à importância do Código de Defesa do Consumidor que rege os contratos de prestação assistência à saúde, entendendo quando uma cláusula pode ser anulada ou um reajuste declarado ilegal. E

em que casos há desrespeito a norma consumerista, que enseja o direito do usuário acessar o judiciário para ver sua pretensão analisada e se procedente então satisfeita.

A metodologia de pesquisa foi bibliográfica, com especificamente doutrinas, leis, artigos, jurisprudências e consulta a rede mundial de computadores.

2 PANORAMA DO IDOSO NA SOCIEDADE ATUAL

Envelhecer é um fenômeno natural da vida. É condição inerente à pessoa humana. Uma realidade que precisa ser enfrentada e devidamente tratada nas áreas de políticas pública saúde, família, moradia etc.

O Brasil tem hoje um índice alto de pessoas com 60 anos de idade ou mais. E a tendência é só aumentar, se em 1970 apenas 3% da população tinham mais de 65 anos, até 2050, 19% serão idosos – sendo que 28% deles terão mais de 80 anos[1].

Frente a essa estatística é cristalina a necessidade de criação e ampliação dos Projetos de Políticas Públicas para promoção e proteção dos direitos da pessoa idosa, que representarão um número elevado da população.

Partindo da concepção que a saúde é direito fundamental, assegurado na Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado, quando se trata de idosos o assunto se torna ainda mais sério, pois se encontram em uma situação frágil em razão da idade avançada que compromete seu organismo. De cara saúde do idoso é seu direito primordial, pois sem saúde fica impossibilitado de exercer qualquer outro direito, como esporte, lazer, educação, trabalho etc.

Destarte é necessário garantir meios para efetivar esse direito, como assinala BARLETTA(...) a saúde exsurge como direito prioritário da pessoa idosa, pois ela é pré-requisito para que os idosos tenham acesso ao trabalho, à educação, a cultura, ao lazer, ao exercício dos direitos civis e políticos, em condição de liberdade e dignidade[2].Destaca ainda, "Faz-se urgente, portanto, eleger a saúde como direito prioritário para que as pessoas idosas, efetivamente, desfrutem não só dos direitos comuns a todos os seres humanos, mas também do que a maior idade lhes garante"[3]. Eis que sem saúde não existe disposição para exercer os outros direitos,

[1]Pesquisa realizada pelo Centro de Desenvolvimento Regional da Universidade Federal de Minas Gerais- Belo Horizonte. Disponível em <www.scielo.br> Acesso dia 15/03/2016.
[2] BARLETTA F. R. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**, p. 62.
[3] BARLETTAF. R. **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**, p. 75.

faz-se necessária compreensão do que se entende por saúde no âmbito do direito. Para esse fim apresenta-se o conceito adotado pela Organização Mundial da Saúde: um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de afecção ou doença[1].

Uma definição um tanto quanto estimável e utópica, tendo em vista que não é comum envelhecer sem comprometer esse conceito, por inúmeras questões como genética, organismo, qualidade de vida, redução da capacidade funcional etc. É cientificamente comprovado que com o avanço da idade o organismo como um todo começa a ficar comprometido, necessitando de maior atenção e cuidado para se manter ativo. Segundo BARLETTA [...]. "O envelhecimento proporciona a diminuição da disposição para se adaptar, de tal maneira que o indivíduo fica muito mais vulnerável aos processos traumáticos, infecciosos e psicológicos"[2]. É inevitável que o idoso passe por um mal-estar, porém cumpre ao Estado garantir assistência a ele, quando isso ocorrer.

BARLETTA traz ainda digna colocação apta a arrematar essa exposição "[...] permanecer saudável na velhice significa triunfar num entorno de adversidades que envolvem o ser envelhecido[3].Na mesma linha o avanço da idade para sessenta anos ou mais não significa por si decrepitude, doença grave, ou morte iminente, todavia o organismo do idoso adoece mais"[4]. Nas ilustres palavras de CARNEIRO "O segundo fato inconteste da vida é a progressiva deterioração do corpo e mente com o passar dos anos. Este fato não poupa ninguém embora afete diferentemente em velocidade e intensidade os diferentes indivíduos"[5]. Ou seja, envelhecer sem romper com o conceito acima exposto é exceção, mesmo que o Estado fornecesse de forma eficiente o acesso à saúde. Esse aumento de decadência da saúde, maior necessidade de atenção médica e procedimentos como exames cirurgias etc. é o que fundamenta o aumento da mensalidade dos planos de saúde, como veremos logo mais.

3 IDOSO E ORDENAMENTO JURÍDICO

Fazendo um apanhado na legislação referente ao idoso é perceptível que por muito tempo não havia disposição constitucional sobre os mesmos, somente a partir da Constituição da República de 1934 foi previsto o direito previdenciário atribuído aos idosos, e só tratava desse

[1] BARLETTA F. R.O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, p. 55.
[2] BARLETTA F. R.O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, p. 59.
[3] BARLETTA F. R. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, p. 60.
[4] BARLETTA F. R. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, p. 39.
[5] CARNEIRO et al Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos, p. 203.

direito. Com o advento da atual Constituição Federal os idosos passaram a ter seus direitos reconhecidos e respeitados pelo menos no papel. O constituinte inovou trazendo o princípio da dignidade da pessoa humana, referência inclusive para muitas leis esparsas, destinou o capítulo VII(artigos 226 a 230) especialmente a família, a criança e adolescente e ao idoso, e colocou a família como base da sociedade dando-lhe especial proteção [1].Posteriormente foram surgindo novas leis tratando dos direitos dos idosos, e as leis anteriores a Constituição foram se adaptando. Em 04 de julho de 1994 surgiu a Lei nº 8.842 instituindo a Política Nacional do idoso, que veio para normatizar os direitos sociais dos idosos, garantindo autonomia, integração e participação efetiva como instrumento de cidadania, foi regulamentada pelo Decreto Federal nº 1.948, de 03 de julho de 1996.

Foi no contexto de garantir a dignidade e a efetivação dos direitos das pessoas com 60 anos ou mais que se criou o Estatuto do Idoso, junção de sete projetos de lei (Projetos de Lei n° 3.561, de 1997; n° 183, de 1999; n° 942, de 1999; n° 2.420, de 2000; n° 2.241; n° 2.426, de 2000; n° 2.427, de 2000; e o de n° 2.638, de 2000)[2]. Instituído pela Lei Federal nº 10.741/2003, publicada no Diário Oficial da União em 03 de outubro de 2003, tendo prazo de noventa dias de vacatio legis, e está em vigor desde 1º de janeiro de 2004. O estatuto é guarnecido com cento e dezoito artigos. Considerado um importante marco dos direitos dos idosos, uma esperança de veem seus direitos respeitados, uma vez que o estatuto trabalha na prevenção a violação do direito, garantindo as necessidades humanas para uma vida saudável, como higiene, alimentação adequada, vacinação etc. Para o Estatuto assim como para Política Nacional do Idoso e Organização Mundial da Saúde é considerada idosa a pessoa com 60 anos de idade ou mais.

Tem-se como exemplo de diplomas que dedicam atenção aos direitos do idoso: Código Civilno art. 1696trouxe possibilidade de pais receberem alimentos dos filhos na velhice, pelo princípio da reciprocidade. Art. 1767 o legislador apresentou os sujeitos da curatela, incluindo o idoso quando fica com deficiência mental e não consegue mais administrar-se como pessoa, nem seus bens. O Código Penal atualizou seu artigo 61 inciso II alínea h, trazendo a possibilidade de agravamento da pena ou de qualificação do delito se for praticado contra idoso.

O Código de Defesa do Consumidor também prevê proteção especial aos idosos, no art. 76, IV alínea b, estabelecendo como fez o legislador do Código Penal, que crime praticado contra idoso incide em agravante. Segundo nota informativa retirada da internet o Estatuto e a

[1] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Caput art. 226.
[2] CIELO P. F. L. D.; VAZ E. R. de C. A Legislação Brasileira e o Idoso. Acesso no dia20/03/2016. Disponível em: <www.portalcatalao.com>.

Política Nacional dos Idosos têm os mesmo objetivos e princípios, buscando a efetivação dos direitos humanos dos idosos, A Política Nacional do Idoso e o Estatuto do Idoso visam garantir a realização dos direitos humanos da pessoa idosa. Entre os princípios que regem ambos os documentos legais, destacam-se a obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público em assegurar à pessoa idosa, com absoluta prioridade, a efetivação do 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, a não discriminação e à convivência familiar e comunitária[1].Como podemos perceber, hoje não só a Constituição Federal tutela os direitos do idoso, somam-se várias leis de modo que o ordenamento jurídico assim compreendido é ostensivo na proteção dos direitos das pessoas com sessenta anos de idade ou mais.

4 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO ESTATUTO DO IDOSO

Toda norma descende de princípios, que são suas diretrizes. Sendo os princípios fontes do direito, destacam-se os basilares do Estatuto do Idoso.

> **a)** Isonomia – princípio constitucional que garante igualdade entre as pessoas, dispensando tratamento diferente aos diferentes, e igual para os que se encontram em situação de igualdade. Investir em políticas públicas que garantam eficácia dos direitos dos idosos como, por exemplo, preferência em atendimento público ou privado é uma forma de garantir a isonomia. O passar dos anos não pode ser justificativa para admitir tratamento discriminatório. Nas palavras de DALLARI(...). Em tal sentido as pessoas são diferentes, mas continuam todas iguais como seres humanos, tendo as mesmas necessidades e faculdades essenciais. Disso decorre a existência de direitos fundamentais que são iguais para todos[2]. Isonomia é um dos princípios mais importantes é o fundamentador da criação de leis que dão tratamento especial a grupos que se encontram em situação de vulnerabilidade, como idosos, criança e adolescente, deficientes etc.
>
> **b)** Dignidade da Pessoa Humana – princípio constitucional que garante que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei. Dignidade é um direito de toda pessoa humana, assim preconiza o filósofo BOBBIO Inicialmente, cabe dizer que, entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muito diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos

[1]Artigo da internet. Pessoa Idosa – Programas – Estatuto do Idoso. Acesso em 23/03/2016. Disponível em: <www.sdh.gov.br>

[2] DALLARI D. de A. Direitos Humanos e Cidadania, p. 08.

quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a está ou aquela categoria (...)[1]. Envelhecer não é fator para a perda ou diminuição da dignidade do idoso, pelo contrário o passar dos anos deve vir acompanhado de respeito e preferência no atendimento a seus direitos.

c) Proteção Integral ao Idoso – tem como objetivo assegurar e facilitar por todos os meios à preservação de sua saúde física e mental, assim como seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade. (art. 2º do Estatuto do Idoso). As oportunidades e facilidades atribuídas aos idosos são considerados direitos fundamentais, são os alicerces da proteção integral do idoso, (direito a vida, à liberdade, à dignidade e ao respeito, direito a alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer, o direito a profissionalização e ao trabalho, à previdência ou à assistência social, à habilitação e ao transporte).

d) Absoluta Prioridade – tendo como fundamento a obrigação da família, da sociedade e do Estado assegurar ao idoso com absoluta prioridade a efetivação dos seus direitos, como à vida, saúde, alimentação, educação, cultura, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e a convivência familiar e comunitária. (art. 3º do Estatuto). Esse princípio aplica-se para órgãos públicos ou privados. O rol que o citado artigo expõe não é taxativo de modo que outras ações que se mostrarem necessárias para garantir a absoluta prioridade outorgada aos idosos devem ser desenvolvidas

e) Melhor Interesse ao Idoso – Surge da junção dos dois princípios acima citados (proteção integral e absoluta prioridade do idoso). Por esse princípio o idoso não pode em nenhuma hipótese sofrer negligencia ou discriminação, seja por parte da família, sociedade ou Estado. Segundo BARLETTA, temos que todo atentado aos direitos do idoso, por ação ou omissão, será punido na forma da lei, sendo dever de todos prevenir ameaça ou violação aos direitos do idoso, de acordo com o princípio do seu melhor interesse[2]. O princípio do melhor interesse do idoso é análogo ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, que consta de uma Convenção Internacional ratificada pelo Brasil e que constitui princípio constitucional, em consonância com art. 5º, § 2º da Carta Magna que dispõe os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. De acordo com BARLETTA o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente existe e é válido porque crianças e adolescente são vulneráveis, como o melhor interesse do idoso existe e é válido, porque os idosos são vulneráveis [3]. Esse princípio é expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, forma de proteção integral que é devida ao idoso, partindo das diferenças e possibilitando a convivência de distintas gerações.

[1] BOBBIO N. A Era dos Direitos, pg 20. 9. ed.
[2] BARLETTA. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, p. 108.
[3] BARLETTA. O Direito à Saúde da Pessoa Idosa, p.110.

5 SAÚDE SUPLEMENTAR

Comecemos pela evolução histórica da Saúde Suplementar no Brasil, que deu início a sua estruturação após a revolução industrial. Momento em que segundo SÉGUIN "o Estado percebeu a necessidade de criar órgão para garantir a assistência médica para população"[1] surgiram os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs). Paralelamente nos anos 40 surgiram as Caixas de Assistência, como o Cassi para funcionários do Banco do Brasil, como um benefício a eles. Nos anos 50 surgem os sistemas de assistência médica fornecido diretamente por empresas estatais e multinacionais.

Em 1966 os Institutos de Aposentadoria e Pensões são unificados formando o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS). Essa unificação forçou a expansão de credenciamentos de prestadores de serviços privados de saúde. Posteriormente o INPS foi transformado em INAMPS e chegando ao atual Sistema Único de Saúde. Sendo a década de 60 foi um marco na história da saúde suplementar. Segundo BARLETTA, a partir da década de 1960, a medicina suplementar de natureza privada ganhou espaço exatamente em virtude das deficiências da rede pública[2].

A Constituição Federal no art.196[3] estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Entretanto sozinho o Estado não dá conta da demanda. Destarte previu no art. 199 que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada. Abrindo esse leque o Estado tem o dever de regulamentar e fiscalizar os planos de saúde, visando evitar e dar a devida punição a eventuais abusos e violações por parte das operadoras.

O termo saúde suplementar é a esfera de atuação dos planos de saúde. É prestação privada de assistência médico-hospitalar, fornecido por operadoras de planos de saúde. Somente pessoas jurídicas podem prestar serviços de assistência à saúde, consoante art. 1 § 4º e § 5º da Lei 9.656/98. No entender de SCHULMAN independentemente da forma jurídica adotada, todas as organizações que oferecem planos de assistência à saúde, devem ser qualificadas como operadoras de plano de saúde e ser submetidas à Lei nº 9.656/98[4].Ressalte-se que prestação de saúde pública por intermédio de particulares não é espécie de saúde suplementar, e sim de saúde pública, que se perfaz por meio de particular, o Estado tem possibilidade de contratar prestadores particulares pagos diretamente pela administração pública.

[1] SÉGUIN. E. Plano de Saúde. 2005, p. 86.
[2] BARLETTA F. R.**O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. 2010, p. 183.
[3] BRASIL. Constituição Federal, art. 196; A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
[4] SCHULMAN G. **Planos de Saúde**, p. 206.

Existem no mercado várias modalidades de planos de saúde, individual, familiar, coletivo, com cobertura total, parcial, uns com cobertura no exterior outros com cobertura em todo território nacional, e existem ainda os planos temporários ofertados geralmente por agências de viagem como complemento do pacote turístico. Cada categoria tem suas individualidades, serviços fornecidos e valores, o usuário escolhe dentro de sua necessidade e possibilidade financeira o que melhor lhe convém. Plano individual e familiar é o contratado por pessoas físicas, ou mantido por autogestão, onde a mensalidade é paga integralmente pelo beneficiário, autogestão é segundo SÉGUIN modalidade destinada exclusivamente a empregados ativos, aposentados, pensionistas e ex-empregados, bem como seus respectivos grupos familiares[1].

Plano coletivo é o contratado por pessoa jurídica, a mensalidade pode ser paga integralmente pelo patrocinador que geralmente é o empregador, ou mesmo pelo beneficiário (sem patrocinador), ou dívida entre usuário e patrocinador. Essa modalidade apresenta preços mais acessíveis por conta do poder de negociação da pessoa jurídica e volume envolvido. Destaca-se ainda a possibilidade da autogestão de ser com ou sem patrocinador. Cooperativa médica o atendimento é através de uma rede credenciada, ou seja, é disponibilizado ao usuário uma lista de médicos, hospitais e demais serviços credenciados para o atendimento.

Modalidade referência apresenta-se como uma das mais completas no oferecimento de serviços, incluindo assistência ambulatorial, clínica, obstetrícia e hospitalar, com a possibilidade ainda do usuário escolher outros serviços mediante pagamento à parte. Em contrapartida o plano ambulatorial é o mais barato por dispor de serviços mais simples, uma das características que mais influência na redução da mensalidade é o fato de não ter o usuário direito a internação. Nessa segmentação o usuário é transferido para a rede pública caso necessite de um atendimento/ tratamento não coberto por seu plano. A responsabilidade de transferência para o SUS é da operadora contratada pelo usuário.

Veja-se agora como funciona o reajuste das mensalidades dos respectivos contratos. As operadoras têm possibilidade de proceder a dois reajustes sendo eles: anual promovido para manter o equilíbrio contratual, ocorre em decorrência da perda do poder aquisitivo da moeda por conta da inflação, a ANS fixa o índice de reajuste de cada ano, que é aplicado a partir do mês de aniversário do contrato. Reajuste por faixa etária ocorre cada vez que o usuário adentra em um novo “grupo” pré-estabelecido pela ANS. As faixas etárias para correção variam conforme a

[1] SÉGUIN E. **Plano de Saúde**. 2005. p.99.

data de contratação do plano, sendo que os percentuais de variação têm que estar expressos no contrato

Quem regula os planos de saúde é a autarquia federal ANS criada por meio da Lei nº 9.961/2000, vinculada ao Ministério da Saúde. Atua como órgão de regulação, normatização, fiscalização, e controle das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. ANS tem legitimidade para aplicar penalidades correspondentes a descumprimentos, regula os reajustes dos planos de saúde e também funciona como uma ouvidoria para o usuário e para seguradora. Entretanto para se falar em majoração regulada pela ANS tem que saber a data da contratação do plano, conforme redação do art. 35 da Lei 9.656/98, contratos celebrados antes de 02 de janeiro de 1999, fazem parte dos chamados "planos antigos", e não tem incidência da Lei dos planos de saúde, prevalecendo o que foi acordado entre as partes. Destarte se foi depois do dia 02 de janeiro de 1999, então os reajustes serão realizados obedecendo ao que estabelece a ANS.

Vale ressaltar que a ANS não estipula o preço e sim os reajustes. Conforme nota explicativa da internet sobre a metodologia utilizada pela ANS para formular os reajustes O índice de reajuste divulgado pela ANS é composto pela variação da frequência de utilização de serviços, da incorporação de novas tecnologias e pela variação dos custos de saúde caracterizando-se como índice de valor[1], conforme tabela emitida pela Resolução Normativa – RN Nº 63, expedida pela ANS.

Para os planos antigos prevalece o que consta no contrato, desde que contenha previsão clara, objetiva, e proporcional senão aplica-se a Lei 9.656/98. Para contratos assinados entre 1988 e dezembro de 2003 antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso a ANS previa que sete faixas etárias e o aumento total de 500% entre elas, sendo comum aumentos exorbitantes concentrados nas últimas faixas etárias. A única ressalva que a Lei dos planos de saúde trazia era a proibição de reajuste para os consumidores com mais de sessenta anos desde que participassem do plano há mais de dez anos, ressalva esta que prevalece até hoje como uma forma de proteger e garantir o equilíbrio de contraprestação pelo viés do consumidor por entender que com dez anos de plano, o usuário já tem fundos suficientes, tendo em conta que em regra mais pagou do que usufruiu.

A partir de 2004 com a entrada em vigor do Estatuto proibiu-se o aumento a partir dos sessenta anos, a partir de então foi padronizado dez faixas etárias, o aumento de 500% foi mantido, porém agora não se acumula nas últimas faixas, houve uma antecipação dos reajustes. Nos planos familiares o reajuste só se aplica a pessoa que sofreu a mudança de faixa etária. A

[1] ANS. Site: www.ans.gov.br acesso no dia: 21/03/15.

Resolução Normativa (RN nº 63), publicada pela ANS em dezembro de 2003, determina ainda que o valor fixado para a última faixa etária (59 anos ou mais) não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 18), determina também que a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não pode ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas. Apesar de os contratos antigos não serem obrigados a se adaptar a nova lei, o legislador foi expresso em declarar na redação do art. 35 – E que qualquer reajuste concernente à pessoa idosa carece de autorização da ANS, uma forma de proteger o idoso.

O contrato de plano de saúde tem entre outras, a característica de ser por tempo indeterminado e de trato sucessivo, segundo precisa definição exarada pela Exma. Sra. Ministra Nancy Andrighi em acordão proferido O plano de assistência à saúde, apresenta natureza jurídica de contrato de trato sucessivo, por prazo indeterminado, a envolver transferência onerosa de riscos, que possam afetar futuramente a saúde do consumidor e seus dependentes, mediante a prestação de serviços de assistência médico-ambulatorial e hospitalar, diretamente ou por meio de rede credenciada, ou ainda pelo simples reembolso das despesas.

Como característica principal, sobressai o fato de envolver execução periódica ou continuada, por se tratar de contrato de fazer de longa duração, que se prolonga no tempo; os direitos e obrigações dele decorrentes são exercidos por tempo indeterminado e sucessivamente.

Dessa forma, mês a mês, o consumidor efetua o pagamento das mensalidades para ter acesso à cobertura contratualmente prevista, o que, ao mesmo tempo lhe assegura o direito de mês a mês, ter prestada a assistência à saúde tal como estabelecida na lei e no contrato. Assim, ao firmar contrato de plano de saúde, o consumidor tem como objetivo primordial a garantia de que, no futuro, quando ele e sua família necessitarem, será dada a cobertura nos termos em que contratada. A operadora, por sua vez, a qualquer momento, pode ser acionada, desde que receba mensalmente o valor estipulado na avença[1].

6 PLANOS DE SAÚDE X ESTATUTO DO IDOSO

Abrirei esse tópico com as dignas palavras de MATHIAS É inegável a relevância do Sistema de Saúde Suplementar para a sociedade brasileira não só por sua importância

[1] Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 989.380-RN. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em: >www.stj.gov.brAcesso em: 08 de março de 2015.

econômica, mas principalmente por sua determinante função social; Colmatando séria lacuna deixada pelo Sistema Único de Saúde, que é incapaz de atender adequadamente a totalidade da população, o Sistema de Saúde Suplementar, atualmente assiste a mais de 47 milhões de brasileiros, prestando-lhes serviços essenciais; Sem a atividade das operadoras de planos de saúde, milhões de brasileiros ou ficariam sem o atendimento médico necessário, ou buscariam o amparo do Sistema Único de Saúde, inviabilizando-o por completo [1].

Diante o exposto no início do trabalho (tópico 02), temos consciência da importância da saúde para o idoso, e da fragilidade da mesma, pelos motivos lá expostos, que somados a precariedade do SUS, não deixa outra opção ao idoso além de recorrer a um plano de saúde, para assegurar seus direitos, considerando que a saúde é pressuposto para exercício de qualquer outro.

Acontece que com a criação do Estatuto do Idoso adveio um "confronto legal" que suscitou problemas de ordem pública e particular.

A Lei que regulamenta os planos de saúde é de 1998, e tem em seu texto a possibilidade de fazer reajustes em razão da idade. Art. 15. A variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, em razão da idade do consumidor, somente poderá ocorrer caso estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajustes incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS, ressalvado o disposto no art. 35-E.[2] (já tratamos essa exceção acima).

Não obstante clara disposição legal, o Estatuto do Idoso traz um artigo falando expressamente o contrário, ou seja, proibindo o reajuste por faixa etária, sob pena de configurar discriminação ao idoso. Art. 15 § 3º"É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade".[3] Suscitando assim um confronto temporal de leis. Que merece ser interpretado pela academia, judiciário e doutrina. Desse modo nos ocupamos por defender a aplicabilidade dos reajustes para os idosos, pelos argumentos a seguir expostos.

Para incidir na discriminação a qual o Estatuto faz referência, têm que haver abuso nos reajustes, ou seja, reajustes desarrazoados sem justificativa, ou até mesmo sem previsão no contrato com intuito de dificultar ou impedir a permanência do idoso no plano. O reajuste por faixa etária praticado dentro dos ditames da Lei é totalmente válido e legal, até porque não está

[1] CARNEIRO L. A. F. et al. Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos. Pg.95.
[2] Art. 15 daLei 9.656 de 03 de julho de 1998.
[3] Art. 15 § 3º Estatuto do Idoso.

majorando pelo simples fato da pessoa ser idosa, e sim porque essa condição de idosa demanda maior necessidade/ utilidade do plano. Segundo DALLARI, tudo é preciso lembrar que com o simples passar do tempo às pessoas vão envelhecendo, seu organismo vai ficando mais fraco, e aumenta muito a possibilidade de doença[1].

Nessa linha entende o Superior Tribunal de Justiça que a cláusula que aumenta a mensalidade dos planos de saúde é válida, desde que o reajuste proceda dentro dos limites estabelecidos pela ANS.

> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. REAJUSTE DE MENSALIDADE DE SEGURO-SAÚDE EM RAZÃO DE ALTERAÇÃO DEFAIXA ETÁRIA DO SEGURADO.
> É válida a cláusula, prevista em contrato de seguro-saúde, que autoriza o aumento das mensalidades do seguro quando o usuário completar sessenta anos de idade**,** desde que haja respeito aos limites e requisitos estabelecidos na Lei 9.656/1998 e, ainda, que não se apliquem índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. [2]

Segundo entendimento do ilustre Superior Tribunal de Justiça, o idoso faz jus ao aumento, uma vez que com o advento da idade aumenta também o risco subjetivo de que necessitará mais do plano.

> Realmente, sabe-se que, quanto mais avançada à idade do segurado, independentemente de ser ele enquadrado ou não como idoso maior será seu risco subjetivo, pois normalmente a pessoa de mais idade necessita de serviços de assistência médica com maior frequência do que a que se encontra em uma faixa etária menor. Trata-se de uma constatação natural, de um fato que se observa na vida e que pode ser cientificamente confirmado. Por isso mesmo, os contratos de seguro-saúde normalmente trazem cláusula prevendo reajuste em função do aumento da idade do segurado, tendo em vista que os valores cobrados a título de prêmio devem ser proporcionais ao grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. Atento a essa circunstância, o legislador editou a Lei 9.656/1998, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de seguro-saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições a esses reajustes (art. 15). Desse modo, percebe-se que ordenamento jurídico permitiu expressamente o reajuste das mensalidades em razão do ingresso do segurado em faixa etária mais avançada em que os riscos de saúde são abstratamente elevados, buscando, assim, manter o equilíbrio atuarial do sistema[3].

E para arrematar citemos o acordão STJ, relator Exmo. Senhor Ministro Moura Ribeiro,

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE. FAIXA ETÁRIA. POSSIBILIDADE. ABUSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE OFENSA À LEGISLAÇÃO
> INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULAS Nº 5 E 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> DECISÃO
> O agravo não merece prosperar.

[1] DALLARI D. de A.Direitos Humanos e Cidadania, p. 54.
[2] STJ Informativo nº 0551. 03/12/2015. Terceira Turma. Acesso 22 /02/2016. Disponível em<www.stj.jus.br>.
[3] STJ Informativo nº 0551. 03/12/2015. Terceira Turma. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em>22/02/2016.

> Verifica-se que o Tribunal a quo, soberano na apreciação da matéria fática e probatória dos autos, alterou a decisão que considerou abusivo o reajuste da mensalidade do plano de saúde em virtude da mudança de faixa etária da beneficiária, conforme trechos que se destacam: A Lei n° 9.656/98, em seu art. 15, caput, autoriza o reajuste das mensalidades em razão da idade, desde que tal reajuste tenha previsão contratual e indique as faixas etárias com os percentuais correspondentes, conforme normas expedidas pela ANS. Tal disposição tem o condão de equilibrar economicamente a relação contratual, que se verifica na correlação entre o valor da mensalidade e o risco que se busca garantir (e-STJ, fl. 275).
> Da análise da tabela contida na "Proposta de Admissão" (fl. 84), infere-se que o reajuste aplicado pela ré para a última faixa etária (119,23%) cumpre com o limite traçado pelo artigo 3º, inciso I, da mencionada Resolução, já que não excede a seis vezes o valor da primeira faixa etária, não havendo que se falar, assim, em abusividade. A fórmula do reajuste (que é o último a ser aplicado à autora) previamente ajustada, não surpreende o consumidor, tampouco confere à operadora a possibilidade de adotar índices aleatórios, sendo, portanto, plenamente lícita (e-STJ, fl. 276).
> [...]
> Portanto, ainda que sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, a abusividade sustentada não está caracterizada (e-STJ, fl. 278). Para alterar, acertadamente, os fundamentos adotados na origem e afastar a conclusão do Tribunal de origem, seria imprescindível o reexame do conjunto fático-probatório dos
> autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, haja vista o teor das Súmulas nºs 5 e 7 do STJ.[1].

E sobre o confronto legal que se estabeleceu é imprescindível remetermos ao acórdão nº 232798 – STJ Relatora Maria Isabel Gallotti:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA DO CONTRATO DE SEGURO SAÚDE QUE PREVÊ A VARIAÇÃO DOS PRÊMIOS POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA PELO ACÓRDÃO ESTADUAL, AFASTADA A ABUSIVIDADE DA DISPOSIÇÃO CONTRATUAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADA. (...) 2. Inexistência de antinomia entre o Estatuto do Idoso e a Lei 9.656/98 (que autoriza, nos contratos de planos de saúde, a fixação de reajuste etário aplicável aos consumidores com mais de sessenta anos, em se tratando de relações jurídicas mantidas há menos de dez anos). Necessária interpretação das normas de modo a propiciar um diálogo coerente entre as fontes, à luz dos princípios da boa-fé objetiva e da equidade, sem desamparar a parte vulnerável da contratação. 2.1. Da análise do artigo 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, depreende-se que resta vedada a cobrança de valores diferenciados com base em critério etário, pelas pessoas jurídicas de direito privado que operam planos de assistência à saúde, quando caracterizar discriminação ao idoso, ou seja, a prática de ato tendente a impedir ou dificultar o seu acesso ao direito de contratar por motivo de idade. 2.2. Ao revés, a variação das mensalidades ou prêmios dos planos ou seguros saúde em razão da mudança de faixa etária não configurará ofensa ao princípio constitucional da isonomia, quando baseada em legítimo fator distintivo, a exemplo do incremento do elemento risco nas relações jurídicas de natureza securitária, desde que não evidenciada a aplicação de percentuais desarrazoados, com o condão de compelir o idoso à quebra do vínculo contratual, hipótese em que restará inobservada a cláusula geral da boa-fé objetiva, a qual impõe a adoção de comportamento ético, leal e de cooperação nas fases pré e pós pactual. 2.3. Consequentemente, a previsão de reajuste de Documento: 1464439 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 23/11/2015 Página 5 de 9 Superior Tribunal de Justiça mensalidade de plano de saúde em decorrência da mudança de faixa etária de segurado idoso não configura, por si só, cláusula abusiva, devendo sua compatibilidade com a boa-fé objetiva e a equidade ser aferida em cada caso concreto. Precedente: REsp 866.840/SP, Rel. Ministro Luis

[1] STJ Acordão nº 842.392 – SP. Relator Exmo. Ministro Moura Ribeiro. 15/02/2016.

> Felipe Salomão, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 07.06.2011, DJe 17.08.2011.[1]

É pacífico como acima exposto o entendimento do Égregio Tribunal que o reajuste etário dentro dos ditames da lei é totalmente legal e necessário para manter equilíbrio contratual. Assim também entende a doutrina, como preleciona CARNEIRO:

> O envelhecimento é um processo natural;No entanto, com o aumento da idade, a saúde começa lentamente a se deteriorar, processo que se agrava significativamente a partir dos sessenta anos de idade; Há certamente variações entre indivíduos, que podem ser explicados por fatores diversos, como hábitos de vida, predisposição genética, etc., mas o efeito do envelhecimento sobre as condições gerais de saúde é universal; Além da crescente fragilidade do organismo, há outros fatores que colaboram ainda mais para o aumento dos gastos de saúde por parte de pessoas idosas, como a maior complexidade dos serviços de saúde; Essas pessoas tendem a ter mais doenças crônico-degenerativas, tendem a consumir mais serviços de saúde e o custo médio de internação de pessoas idosas é maior do que aquele observado em faixas etárias mais jovens[2].

Pode-se concluir que o idoso pagará um valor a mais porque de fato utiliza deforma mais frenética os serviços ofertados pelo plano. Ainda nas palavras de CARNEIRO

> Como demonstrado no tópico anterior, os custos com o fornecimento de assistência à saúde aumentam significativamente com o envelhecimento do consumidor; Em razão do custo diferenciado de cada consumidor perante o plano de saúde, o valor cobrado segue a mesma tendência: quanto mais idoso o consumidor, maior o valor da mensalidade do plano de saúde[3].

7 REAJUSTE FRENTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei dos Planos de Saúde traz requisitos que as operadoras precisam preencher para obter autorização de funcionamento. Um desses requisitos é a higidez financeira[4]. Tal requisito assume tamanha importância que a própria lei autoriza ao órgão regulador – ANS promover a suspensão de planos ou produtos, caso verifique o desequilíbrio econômico-financeiro[5]. Para manter o equilíbrio financeiro as operadoras procedem aos reajustes acima estudados. O contrato de prestação de assistência à saúde é regido de forma subsidiária pelo Código de Defesa[6], incide para preencher lacunas deixadas pela Lei 9.656/98.

[1] STJ. Agravo Recurso Especial Nº 232.798 – RS. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Quarta Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br> Acesso em > 09/03/16.
[2] CARNEIRO L. A. F., et al. Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos. Pg. 82.
[3] CARNEIRO L. A. F., et al. Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos. Pg. 85.
[4] Lei 9.656/98 Art. 8º, inciso VI.
[5] Lei 9.656/98 Art. 9º § 4º.
[6] Lei 9.656/98. Art. 35 – H.

A Lei dos planos de saúde permitiu os reajustes, porém as faixas etárias e os percentuais devem estar previstos no contrato celebrado entre as partes de forma clara, de modo a não dar ensejo ao art. 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor[1]. No contrato deve estar expresso que em tempo oportuno ocorrerá tal reajuste já estabelecendo o percentual, dentro do limite proposto na Resolução Normativa nº63[2]. As cláusulas devem ser redigidas em linguagem acessível ao consumidor, com letra não inferior ao corpo12de modo que só assina se estiver de acordo, por sua livre e espontânea vontade.

Com todas essas regulamentações não há que se falar em reajuste excessivo, pois decorre de um levantamento e estudo previamente realizado pela ANS, e do uso efetivo do plano. Do mesmo modo não ocorre alteração unilateral visto que o usuário ao anuir ao contrato teve acesso a essa informação. Normalmente o consumidor assina contrato de adesão, que deve estar dentro das normas do art. 54 § 3º e § 4º[3]. Não obstante todos os cuidados que a operadora deve tomar ao elaborar as cláusulas do contrato e posteriormente ao efetivar o reajuste, pode o usuário se sentir lesado e nessa circunstância tem todo direito de acionar o judiciário, com base no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º XXXV da CF).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo princípio da autonomia da vontade, as partes são livres para pactuar com quem quiserem sobre o que quiserem e da forma que lhes convier, respeitados os limites de ordem pública e bons costumes. Tal princípio se aplica em grande escala as obrigações, pois pela liberdade as partes acordam e desse pacto advém efeitos tutelados pela ordem jurídica. Como a prestação de serviços à saúde se perfaz por meio de um contrato devidamente regido pela norma consumerista, gera efeitos na seara do Direito. Portanto, pela alta demanda e abrangência, o legislador teve que regular tal atividade, estipulando limites e requisitos para um bom funcionamento, por meio da Lei 9.656/98. De modo que todos os reajustes que as

[1] Código de Defesa do Consumidor. Art. 6º caput:"São Direitos básicos do consumidor". Inciso III: "a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem".

[2] RN Nº 63 – ANS, "o valor fixado para a última faixa etária (59 anos ou mais) não pode ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa (0 a 18)".

[3] Lei 8.078/90. Art. 54 § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

operadoras procedem estão previstos em lei, com limite e faixa etária, não ficando nenhum reajuste ao livre arbítrio das agências.

Normalmente o usuário assina um contrato de adesão, pela necessidade de praticidade e padrão de atendimento. Não obstante, o contrato deve estar de acordo com a Lei, respeitando os preceitos do Direito do Consumidor, Estatuto do Idoso entre outros diplomas. O usuário anui de livre e espontânea vontade, de modo que não merece prosperar qualquer tentativa de anular cláusulas legais, ou reajustes devidamente procedentes alegando vulnerabilidade, abuso, violação a norma etc. Não se ignora o fato de que algumas operadoras tentam ludibriar a lei operando reajuste desarrazoados e discriminatórios, e nesses casos é totalmente aconselhável à procura do judiciário para tomar medidas cabíveis perante atitude ilícita da operadora.

Por todo o expondo entendemos que o reajuste das mensalidades dos planos de saúde para os idosos não é por si discriminatória ou abusiva, e muito menos ofende a isonomia, pelo contrário, tratar diferente os diferentes é garantir a isonomia.

REFERÊNCIAS

Agência Nacional de Saúde Suplementar **– Reajustes de Preços de Planos de Saúde.** Disponível em >www.ans.gov.br> Acesso no dia 10/03/2016.

ANDRIGHI N. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial Nº 989.380– RN** Julgado em: 06 nov. 2008. Disponível em <www.mpsp.mp.br> Acesso no dia 08 de março de 2016.

ANDRIGHI N. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Informativo de Jurisprudência nº 0551** de 03/12/2014. Disponível em <www.stj.jus.br**>** Acesso em > 22 de fevereiro de 2016.

BARLETTA F. R. – **O Direito à Saúde da Pessoa Idosa**. São Paulo: Editora Saraiva. 2010.

BOBBIO N. – **A Era dos Direitos**. 9. ed. São Paulo: Editora Campus.

CARNEIRO L. A. F. et al – **Planos de Saúde – Aspectos Jurídicos e Econômicos.** Editora Forense; Rio de Janeiro. 2º Tiragem. Pg. 85 a95; 203.

CIELO P. F. L. D.; VAZ E. R. de C. – **A Legislação Brasileira e o Idoso** Artigo da internet. Disponível em >www.portalcatalao.com>Acesso no dia 20/03/2016.

Coletânea Legislativa de Assessoria Regulamentar – Unimed – Paraná.11. ed. Fevereiro de 2014

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

_____. Código Penal Lei 2.848 de 07 de dezembro de 1940

_____. Código de Defesa do Consumidor Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990

_____. Código Civil Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

DALLARI DALMO DE ABREU. **Direitos Humanos e Cidadania**. Editora Moderna. 2º impressão. 1999.

Direitos Humanos Presidência da República. **Pessoa Idosa**; **Programa- Estatuto do Idoso.** Disponível em>www.sdh.gov.br> Acesso no dia 23/03/2016.

Estatuto do Idoso. Lei 10.741 de 1º de outubro de 2003

GALLOTTI M. I. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Especial Nº 232.798 – RS**. Acesso no dia 09 de março de 2016. Disponível em >www.stj.jus.br

Instituto Brasileiro de Defesa do Consumido (IDEC). **Dicas e Direitos – Conheça os Tipos de Reajustes de Planos de Saúde Existentes.** Disponível em >www.idec.org.br>Acesso realizado no dia 26/03/2016.

KUCHENBECKER R. T. – **A Pessoa Idosa para o Direito, Sociologia e Gerontologia.** Artigo da internet. Acesso no dia 15/03/2016. Disponível em >www.jusbrail.com

Lei dos Planos de Saúde nº 9.656 de 03 de junho de 1998.

Lei Federal de Criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar nº **9.961 de 28 de janeiro de 2000.**

Ministério da Fazenda. **Conselho Nacional de Seguros Privados** Acesso em 28/03/2016. Disponível em>www.fazenda.gov.br

Medicina Tropical. Revista online. **Conceito de Saúde segundo a OMS** Acesso em 20/03/2016. Disponível em>www.alternativamedicina.com

OLIVEIRA R. C. S. Artigo da internet: **O Processo Histórico do Estatuto do Idoso e a Inserção Pedagógica na Universidade Aberta**. Revista HISTEDBR On-line. Acesso no dia 15/03/2016. Disponível em >www.histedbr.fe.unicamp.br

PIETROBON L. et al; **Saúde Suplementar no Brasil: O papel da Agência Nacional de Saúde Suplementar na regulação do setor.** Revista onlineSCIELO Brasil. Disponível em >www.scielo.br> Acesso em 27/03/2016.

Resolução Normativa – RN Nº 63 de 22 de dezembro de 2003. Disponível >www.ans.gov> Acesso no dia 08 de março de 2016.

ROLLO A. **Mudança do Entendimento do STJ – Possibilidade de Cobrança de Reajuste de Faixa Etária para Idosos**. Disponível em >www.migalhas.com.br> Acesso no dia 28/03/2016.

CARVALHO J. A. M de, et al. **A Transição da estrutura etária da população brasileira na primeira metade do século XXI.** Scielo Brasil revista online. Disponível em >www.scielo.br acesso no dia > 15/03/2016.

SÉGUIN ELIDA. **Plano de Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIREITO SOCIAL À SAÚDE: O DILEMA ENTRE A GARANTIA DO DIREITO INDIVIDUAL E A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS

BARRETO, Adelar Monteiro[1]
OLIVO, Rodrigo[2]
BATISTA, Morena Gabriela C. S. P.[3]

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar as reiteradas decisões do Poder Judiciário, no que tange à garantia do direito social à saúde. Hodiernamente, o princípio da dignidade da pessoa humana está alocado no ápice da hierarquia dos valores do ordenamento jurídico, portanto, afrontá-lo é ofender a própria Constituição da República Federativa do Brasil. Neste sentido, esse direito deve ser compreendido respeitado, ao mesmo tempo, atuar como fundamentador das políticas voltadas ao direito social à saúde, desta, exigindo do administrador a implementação de um mínimo existencial qualificado de serviços.

Palavras-chave: Direito à Saúde, Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, Mínimo existencial qualificado.

SOCIAL RIGHT TO HEALTH: THE DILEMMA BETWEEN THE WARRANTY OF THE INDIVIDUAL RIGHTS AND THE PROTECTION OF COLLECTIVE RIGHTS

ABSTRACT

This article aims to analyze the repeated decisions of the judiciary in terms of ensuring the social right to health. In our times, the principle of dignity of the human person is placed at the apex of the hierarchy of values of the legal system, so face it is to offend the Constitution of the Federative Republic of Brazil. In this sense, this right must be understood respected at the same time, act as support of facing the social right to health policies, this requiring the administrator to implement a qualified existential minimum services.

Keywords: Right to Health and welfare, Principle of Human Dignity Rigths, Qualified existential minimum.

[1] Acadêmico Adelar Monteiro Barreto – FADEP – Pato Branco.
[2] Acadêmico Rodrigo Olivo – FADEP – Pato Branco.
[3] Professora Mestre em Direito Morena Gabriela C. S. P. Batista – FADEP – Pato Branco.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 fixou o Direito social à saúde, mais especificamente em seu artigo 196, onde o exterioriza como sendo um direito de todos e um dever do Estado, deixando evidenciado o caráter de direito fundamental.

Um dos temas que mais se avulta hodiernamente no Direito Constitucional é o limite da responsabilidade do Estado no tocante à obrigação de satisfazer o direito à saúde, previsto no mandamento constitucional. Destaca-se ainda, o múnus de assegurar o mínimo existencial, visando à proteção da dignidade da pessoa humana. Tal entendimento é coadunado tanto em sede doutrinária majoritária quanto jurisprudencial, serão analisadas as reiteradas decisões do Poder Judiciário.

2 DIREITO À SAÚDE

Desfrutar do mais perfeito estado de saúde que é possível galgar é assegurado como um direito fundamental de todo o ser humano, livre de qualquer tipo de discriminação de raça, sexo, religião, política e classe social. Cabe destacar que nos primórdios, a saúde não gozou de igual proteção. Durante um longo período, a saúde foi compreendida apenas pelo estado de ausência de moléstias, sendo que os serviços de saúde priorizavam a atenção médica curativa.

Em um primeiro momento a saúde era vista sob a ótica mitológica, conforme explica Moacyr Sciliar (2002, p. 14-31), o homem primitivo associava o doente a “vítima de demônios e espíritos malignos, mobilizados talvez por um inimigo”, ao passo que, a Idade Média foi marcada por pestilências e surtos epidêmicos. Estima-se que “a peste negra, que começou em 1347, pode ter matado ¼ da população europeia de então”. Acentua o autor ainda, que, na contramão desta situação melancólica as ações resumiam-se apenas na oferta de “asilos para doentes e viajantes, nos quais os pacientes recebiam, [...] conforto espiritual”.

Conforme pontua Mariana F. Figueiredo, com a estabilização do Estado Liberal Burguês, é na transição do século XVIII para o século XIX, que a saúde passou a integrar o rol de serviços estatal, passando a figurar no “status legal-constitucional” (2007, p. 79).

A Revolução Industrial trouxe consigo a necessidade de mão de obra, promovendo um grande êxodo rural, sendo que esses trabalhadores foram se acumulando aos redores das fábricas. Foi esse aumento populacional desordenado, carente de condições sanitárias mínimas, que acabou gerando um ambiental fértil para propagação de doenças entre os trabalhadores,

seus familiares e seus patrões. Tal situação tornou-se insustentável visto que, havia a necessidade da proteção da mão de obra, o que embasou as reinvindicações por melhores condições sanitárias. É cediço ressaltar que, o Estado neste período era utilizado como massa de manobra para atender os interesses do empresariado, logo, não foram encontradas maiores dificuldades para que Estado assumisse a pauta reclamada e passasse a ser o responsável por garantir a saúde pública (FIGUEIREDO, 2007, p. 79).

No Brasil, a saúde pública seguiu o mesmo caminho traçado no cenário internacional, sendo tratada com total desprezo e falta de atenção. De início, com o objetivo de cuidar das questões sanitárias, a coroa portuguesa criou as funções de físico-mor e cirurgião-mor, cargos que permaneceram por um longo lapso temporal desocupados. A vinda de médicos europeus para cá era dificultada pelos baixos salários, por todo tipo de perigo e pelo alto índice de pobreza. Outro obstáculo criado foi a resistência às técnicas utilizadas pelos profissionais, tanto à população mais abonada quanto a pobre, os quais preferiam recorrer aos curandeiros ao invés de utilizar-se do atendimento profissional. Destaca-se é que, em 1746, nos estados de São Paulo, Paraná, Mato Grosso do Sul e Goiás havia a existência de apenas seis médicos (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 6).

O ano de 1904 foi marcado pela revolta da vacina, sendo também considerado como um dos marcos da saúde pública. A população era assolada por um surto de varíola, ocasião em que o então pesquisador Osvaldo Cruz propôs ao Congresso a vacinação em massa, sendo que esta foi convertida em Lei no dia 31 de outubro do mesmo ano, dando ali o início a um intenso confronto entre a polícia e a população que se recusava a receber a dose da vacina. (BERTOLLI FILHO, 2006, p. 27).

O direito à saúde é, indubitavelmente, a premissa dos direitos do homem, visto que, está umbilicalmente ligada ao direito à vida e, sem o exercício desta, não há que se falar no exercício de nenhum outro direito. Todavia, como já mencionado nem sempre houve o seu acolhimento jurídico. Neste sentido, Sueli G. Dallari (1995, p. 23) destaca que, a história persiste em alienar a conquista de direitos às mais sanguinolentas convulsões sociais. Desta forma, o direito a saúde foi inserido no rol de direitos constitucionais atendendo ao rogo da população. No Brasil, quando passou a ser reconhecido nos textos constitucionais, ficava limitado a pequenas menções e eivada de segundas intenções. Conforme se observa na Constituição de 1824, a qual se demonstrou tímida ao fazer previsão ao direito à saúde:

> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

> XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, indústria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos.

Conforme esclarece André Gonzalez Cruz, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 foi completamente omissa e não fez nenhuma alusão à saúde, ficando explicita, a negligência do governo brasileiro com a matéria. (A evolução da saúde..., 2016).

Nessa linha, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 celebrou uma mudança na proteção constitucional da saúde, apesar de ainda não se pensar na saúde como um direito de todos os brasileiros e sim, associada à saúde do trabalhador, conforme prévia o artigo 121:

> Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.
> § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:
> h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

Constata-se que as disposições constitucionais relativas ao direito à saúde pública eram restritas aos trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, marca normativamente um novo paradigma de reconhecimento dos direitos, ficando conhecida como uma das constituições que mais dispôs direitos em seu texto, destacando-se o direito a saúde, o qual encontrou seu ápice de proteção, sendo elevado como um direito social fundamental, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito à saúde está previsto como sendo um direito social no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil. É imperioso destacar o artigo 196 que reconhece "o indivíduo como detentor do direito e o Estado devedor"; assim, é possível aferir, que o direito à saúde possui dupla face, uma de caráter protetivo (ação negativa) contra as investidas do Estado e outra de dimensão positiva, que reclama de atuação governamental na formalização de políticas públicas para que o titular possa gozar plenamente do tal direito. (SILVA, 2010, p. 78-84).

A Lei Mandamental da República assentou parâmetros para a implementação do direito a saúde, impondo o múnus ao Estado de desenvolver ações de recuperação, promoção e proteção à saúde, em síntese, a previsão abarca "tanto a ausência de doença quanto o bem-estar social" do indivíduo (DALLARI, 1995, p. 30). Tal entendimento vem em consonância

perfeita com o melhor conceito da Organização Mundial da Saúde que elege a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou enfermidades”. (SILVA, 2010, p. 76).

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi bem límpida ao tratar da matéria relacionada ao direito à saúde visto que é possível vislumbrar sua atenção em vários dispositivos: o artigo 23, inciso II, estabelece competência comum a União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios, para cuidar da saúde e proteção das pessoas com deficiências; já o artigo 24, inciso XII, fixa competência legislativa concorrente a União, Estados e ao Distrito Federal, na proteção à saúde, para não deixar margem questionável o § 2º do artigo 24, e o inciso II, do artigo 30, consolidam que os estados e os municípios têm competência suplementar a legislação federal no que couber, sem perder de vista que o direito a saúde encontra-se diretamente ligada aos outros direitos fundamentais, dentre os quais, o direito à vida e à dignidade da pessoa humana.

Ademais, a Lei maior estabeleceu desde logo em seu artigo 198, a criação de uma Lei que organizaria um conjunto de ações de serviços públicos sistematizados em rede, regionalizado e hierarquizado com a participação de forma solidária das três esferas do governo, o qual asseguraria a descentralização, atendimento integral, e participação da comunidade. Em cumprimento ao ditame constitucional foi editada a Lei nº 8.080/1990 inaugurando o Sistema Único de Saúde.

3 PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana se deu de forma lenta e gradual, sua construção é histórica, nascida em certas circunstâncias, caracterizada por lutas das classes menos favorecidas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, assim, emergiu a necessidade de defesa do cidadão contra os atos de despotismo e ingerências praticadas pelo Estado, desta forma, começou a se estabelecer um conjunto de valores intangíveis, os quais foram paulatinamente manifestados em instrumentos normativos.

Neste sentido, ensina Ingo Wolfgang Sarlet que difícil e conflituosa é a definição do conceito de dignidade da pessoa humana. A filosofia e a religião formam a base do pensamento do corrente jus naturalista. Para a filosofia, a ideia de liberdade e igualdade entre os homens está no simples fato do ser humano existir, portanto, este possui direitos naturais e inalienáveis; já para a religião, o homem foi feito a imagem e semelhança de Deus, dessa forma, pode-se dizer

que essas ideias chaves influenciaram diretamente o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana. (2007, p. 44).

Paulo Gustavo Gonet Branco aduz que:

> O cristianismo marca impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem e semelhança de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo. (2014, p. 136).

Nesta seara, esclarece Karine da Silva Cordeiro:

> O respeito pela dignidade humana é um conceito culturalmente dependente e eminentemente maleável, sendo particularmente difícil se obter um consenso, ainda mais em sociedades pluralistas, em que não predomina uma única versão de pessoa e, por conseguinte, diferentes versões de dignidade, elaboradas a partir de diferentes tradições históricas, competem entre si. Não obstante, é importante que haja um esforço em direção a um consenso mínimo, porque, do contrário, perder-se-á uma das bases do respeito mútuo (2012, p. 85).

Inexequível a tarefa na tentativa de definir de forma abstratizada e ampla, toda a temática abrangida pela dignidade da pessoa humana, entretanto, é forçoso a perseguição por uma expressão de definição mínima objetiva, buscando dar segurança jurídica, bem como obstar que a dignidade venha a ser utilizada como alegação simplesmente retórica, ou fundamente proposições distintas. (CORDEIRO, 2012, p. 87).

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet esclarece:

> De outra parte, mesmo que o diálogo entre o filósofo e o jurista, bem como entre estes e as suas circunstâncias (pessoais e sociais) seja marcado por convergências e divergências de toda ordem, é certo que tal debate, ainda mais quando travado na esfera pública é pautado pela prática racional discursiva (necessariamente argumentativa) constitui o melhor meio de, pelo menos numa sociedade democrática, estabelecer os contornos nucleares da compreensão das diversas dimensões da dignidade e de sua possível realização prática para cada ser humano. Assim, não há mais ao contrário do que alguns parecem crer, como desconhecer e nem desconsiderar o papel efetivo do direito no que diz com a proteção e promoção da dignidade (2005, p. 14).

Seguindo nessa esteira de racíonio, diante de tanta controvérsia quanto à dimensão da dignidade da pessoa humana, tornam-se inevitáveis os problemas quando se busca a sua proteção, embora esteja diretamente ligada aos direitos fundamentais. Quando se fala em dignidade da pessoa humana não se trata de um conceito específico ou que se possa delimitar com certa facilidade, mas sim, de valores que são tidos como inseparáveis de todo e qualquer ser humano.

Desta forma, vale transcrever o entendimento:

> Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é oprimida, agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade (SARLET, 2005, p. 17).

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana não consistiu em uma simples declaração de princípio, mas, uma completa confirmação de direitos, logo, qualquer sujeito poderá reclamar sua proteção junto ao Poder Judiciário. É necessário mencionar que a tutela do Judiciário se faz imprescindível na aplicabilidade efetiva e no respeito a tal premissa. (MORAIS, 2007, p. 3).

Nessa discursividade, cumpre salientar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, apresenta um vasto rol de direitos fundamentais, trazendo a lume uma carta política elaborada pelo respeito aos cidadãos, vislumbrando expectativas de justiça e ideal democrático. Tal contexto, expressa um movimento que busca o aperfeiçoamento de avanços no campo social, por meio de um pensar que estimule na sociedade a satisfação de questões existenciais do homem. Assim, todo o sistema jurídico brasileiro deve se racionalizar para atuar em nome de um dos mais nobres direitos: a dignidade humana, almejando alcançar um patamar, o mais considerável possível, em termos de sua eficácia.

A expansão da jurisdição constitucional na sociedade contemporânea se reveste, não só da função de fiscalizar a força normativa dos dispositivos constitucionais, mas também, de assumir a responsabilidade de atuar na promoção e efetivação do tal princípio.

Para tanto, é fundamental maior participação da jurisdição constitucional na tutela da dignidade da pessoa humana, haja vista, que o Estado se encontra democraticamente fragilizado. BOLZAN DE MORAIS salienta que: “no âmbito de uma crise da autoridade estatal, a quem recorrer? A jurisdição constitucional aparece, assim como uma/ a opção” (2005, p. 98).

O autor esclarece ainda que, o debate sobre a democracia faz aflorar “não apenas quem? E como? Mas o que? ”, proteger em benefício da coletividade, ao invés de assegurar o interesse de um determinado grupo minoritário. (2005, p. 100).

Neste sentido, onde não houver assegurado o respeito pela vida, integridade física e moral, a garantia das condições mínimas para uma existência com dignidade, se não existir o reconhecimento dos direitos fundamentais e o mínimo de proteção da liberdade, a autonomia e promoção da igualdade, o indivíduo não passará de vítima do descaso, arbítrio e injustiça do poder, não haverá espaço para dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2005, p. 35).

Nessa linha dispõe Friedrich Muller:

> Só se pode falar enfaticamente de povo ativo quando vigem, se pratiquem e são respeitados os direitos fundamentais individuais e, por igual [...]. Os direitos fundamentais não são "valores" privilégios, "exceções" do poder de Estados ou "lacunas" [...]. No que lhes diz respeito "fundamentam" juridicamente uma sociedade libertária, em Estado democrático. Sem prática do homem e do cidadão "o povo" permanece em metáfora ideologicamente abstrata de má qualidade (2003, p. 63).

Para Bobbio (2004, p. 28-29), a universalização dos direitos do homem pode ser dividida em três partes, a primeira fase seria filosófica, esta afirma que o homem enquanto tal tem direitos inerentes a sua natureza e o Estado não pode furtá-los e nem mesmo o proprietário, ainda que pese em estado de necessidade pode aliená-los.

No momento que essas teorias saem do imaginário filosófico e passam a materializar-se em um sistema positivado, o que ocorre nas Declarações de Direitos dos Estados Norte Americanos e na Revolução Francesa, inicia-se a construção de um novo Estado, passando do Absolutismo para o Estado Limitado. Quando o direito passa de direito pensado para direito prático, o indivíduo ganha em efetivação, mas perde em universalidade. É perceptível, neste segundo momento, que os direitos deixam de ser direitos do homem e passam a ser direitos dos cidadãos sendo exigível apenas dentro dos limites do Estado (BOBBIO, 2004, p. 28-29).

O mesmo autor destaca que a terceira fase, inicia-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, direitos que até então ficaram limitados à jurisdição do Estado. Neste momento, se tornam universais rompendo com a restrição de exigibilidade apenas dentro dos limites do Estado, ao final desse processo os direitos do cidadão transformam-se em direitos do homem positivados e universais sendo oponíveis até contra o Estado (2004, p. 30).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 rejuvenesceu e universalizou a dignidade da pessoa humana, após os atos de crueldade e barbárie cometidos contra a humanidade na primeira metade do século XX (SARLET, 2005, p. 20).

Nessa dimensão, percebe-se que a proteção à dignidade da pessoa humana traça uma linha de evolução e maturação, iniciando como direitos naturais universais, por seguinte, ganham a proteção do direito positivo, mas restringem os limites de seu alcance até alcançar seu ápice dos direitos universais positivos.

Sérgio Valladão Ferraz conceitua o princípio da dignidade da pessoa humana, como sendo, a ordem jurídica fundamental introduzida pelo processo civilizatório:

> O princípio magno que dá unidade a todos os direitos fundamentais, logo, a toda ordem jurídica, é o princípio da dignidade da pessoa humana, que se relaciona tanto com a liberdade e valores espirituais como com as condições materiais de vida, expressando os valores que o progresso civilizatório incorporou ao patrimônio da humanidade, representando a superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência, da incapacidade de aceitar o outro, o diferente, na plenitude de sua liberdade de ser pensar e criar (2007, p. 73).

Esclarece Norberto Bobbio, o principal problema encontrado hodiernamente não é mais o de fundamentar a existência da dignidade da pessoa humana, mas sim, de encontrar formas eficazes de protegê-la. Esta discussão sai do campo filosófico e passa à seara jurídica e política, logo deverão buscar meios para satisfazê-la, para que tal premissa não passe de mera declaração solene que sofre de incessantes violações (2004, p. 25).

Com efeito, torna-se fundamental considerar que a defesa e a promoção da dignidade da pessoa humana não se compreendem dentro de um Estado, sem mecanismos que assegurem a aplicação prática de tais objetivos no seio da coletividade, buscando assim, a implantação de um autêntico ideal democrático. Nesse aspecto, a concretização de políticas públicas em uma sociedade apresenta a garantia de proteção ao cidadão contra eventuais violações inerentes a sua sobrevivência.

Desta maneira, a proteção, bem como à efetivação dos direitos fundamentais e democráticos, não se corporificou em um Estado sem criação de ferramentas capazes de sustentar o controle do fiel cumprimento daqueles direitos que a Constituição elegeu como sendo um mínimo fundamental ao homem. Nessa leitura:

> A incapacidade da democracia em realizar os direitos fundamentais, até o presente momento, não retira a sua validade, pois se trata de um conceito histórico, tanto quanto os valores que ela busca assegurar. Vale dizer, entretanto, que é de grande importância para o próprio ideal democrático que tais valores necessitam de garantias de realização dentro deste processo, sob pena de a democracia não se efetivar em toda a sua plenitude (BRAGHIROLLI, 2008, p. 99).

Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro (2009, p. 75-76), resumem a proteção da dignidade da pessoa humana com maestria:

> A dignidade humana hoje é axioma jusfilosófico, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica, pois se trata de um direito natural e inato, construído pela cultura resultante da progressiva luta e conquista dos povos. Corrobora o entendimento de que as pessoas devem ter condições dignas de desenvolverem-se como indivíduos porque a Constituição Federal, norma superior e fundamental, assim o determina.

A dignidade da pessoa humana tem qualidade inerente e singular, reconhecida em cada ser humano independente de qualquer característica, sendo digna de respeito por parte do Estado e da coletividade, sua constituição se dá por meio de um conjunto de direitos, que assegura que toda pessoa não receba tratamento degradante e desumano, mas tenha condições do seu completo desenvolvimento social.

Todavia, ciente da condição finita dos recursos públicos, passar-se-á ao estudo do mínimo existencial e sua acepção qualificada, apurando os conflitos que o direito fundamental à saúde possui.

4 MÍNIMO EXISTENCIAL (QUALIFICADO)

A saúde está cingida ao direito à vida. Sem a devida proteção da saúde, incorrerá em grave ameaça a vida. A saúde desempenha papel indubitável na proteção da dignidade humana, não sendo possível considerar a existência de uma vida digna se não estiver garantido a todos um piso existencial mínimo.

A teoria do mínimo existencial teve sua nascente na Alemanha que também se mostrou percursora na jurisprudência. Em 1975, o Tribunal Constitucional Federal Alemão proferiu decisão de ajuda material aos indivíduos carentes. Neste momento, consolidando o entendimento de que, o mínimo existencial é um legítimo direito fundamental e é sustentado na dignidade da pessoa humana e no direito à vida (CORDEIRO, 2012, p. 104).

Segundo Otto Bachof, a dignidade da pessoa humana não protesta apenas pela garantia da liberdade, mas requer um mínimo de segurança social, uma vez que, ausente os meios materiais para uma existência digna, resultaria inevitavelmente em uma violação da própria dignidade da pessoa humana. Nesta perspectiva, o direito à vida e integridade corporal não pode ser reduzido a uma simples proibição da destruição da existência, logo, correlato com o direito de defesa, exige atuação ativa a fim de assegurar a vida. (BACHOF, 1954, apud. SARLET, 2013, p. 31).

Para Mariana Filchtiner Figueiredo, por não estar prevista de forma explícita na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, coube à doutrina estabelecer os seus parâmetros, que por vezes é entendido como sendo pré-constitucional e outras vezes é compreendido como sendo direito fundamental decursivo do Estado Social, da proteção à vida, integridade física e respeito à dignidade da pessoa humana (2007, p. 188).

Conforme leciona Karina da Silva Cordeiro, ainda que a Lei mandamental não tenha previsto de forma expressa o dever do mínimo existencial, a melhor doutrina é enfática ao afirmar que ela decorre da leitura do caput do artigo 170 da Constituição Federal, o qual assegura que a ordem econômica tem por finalidade assegurar uma existência digna a todos. Salienta a autora tratar-se de conjunto de direitos que propicia a todos as condições existenciais

mínimas para “vida saudável” e lhes proporciona “a participação ativa nos destinos da própria existência e da vida em sociedade” (2012, p. 106-107).

Ricardo Lobo Torres afirma que o homem é titular de “condições mínimas de existência [...] digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas [...]” além do que, sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. Ademais, “a dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo” (1989, p. 29-30).

Sobre o enfoque do conceito do mínimo existencial, Ingo Sarlet (2008, p. 22) com maestria aduz que, é enganosa a aparência de que mínimo existencial e mínimo vital é sinônimo, uma vez que o primeiro diz respeito ao conteúdo em si, enquanto que, o segundo diz a respeito à sobrevivência da vida humana, logo, não abarcando as condições de vivência digna. “Portanto, de uma vida com certa qualidade”.

Nesta acepção, o autor traz o exemplo de que “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é, e muitas vezes não o é sequer de longe o suficiente”. [...] Desta forma, nos leva a concepção de que tão somente estará protegida a dignidade da pessoa humana, onde estiverem garantidas as condições básicas a serem ofertadas pelo o Estado, na proporção de “nem mais e nem menos do que uma vida saudável”. (SARLET, 2008, p. 22).

Isto posto, destaca-se que o direito à saúde integra o rol de direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, logo, é razoável concluir-se que, para atingir o aludido, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, previu em seu artigo 5º, §1º, que as normas definidoras de direitos fundamentais terão aplicação imediata, a fim de obstaculizar que tais mandamentos não se tornem letra fria, atuando apenas no embelezamento do ordenamento constitucional. Estas normas constituem condições mínimas necessárias para uma existência digna. Afastar-se disto, textualmente, é destituir o indivíduo do manto da dignidade da pessoa humana.

5 A PONDERAÇÃO COMO PRINCÍPIO BASE DO DEVER DO ESTADO EM GARANTIR O DIREITO À SAÚDE E A VIDA

O direito à saúde é um direito fundamental de todos e dever do Estado, da mesma forma, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana são os princípios basilares e estão colocados no ápice das garantias na Constituição da República Federativa do Brasil.

Com o objetivo de buscar a satisfação do direito à saúde, que não foi atendida através das políticas públicas, o que resta a população é socorrer-se na tutela do poder judiciário, o que vem perfazendo-se por meio de ações individuais e coletivas. (SILVA, 2010, p. 93).

Em alguns momentos, esses direitos individuais de certa forma se confrontam com os direitos coletivos, e aí, se faz necessário à ponderação de princípios nos casos concretos, para se chegar a uma conclusão que seja a mais justa para todos os envolvidos. Nas palavras de Luis Roberto Barroso a técnica da ponderação consiste:

> Em uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas (BARROSO, 2009, p. 360).

Assim, a ponderação, vem ao encontro, dos casos em que a justiça determina que o Poder Público arque com os custos de procedimentos/medicamentos extremamente caros, e muitas vezes no exterior. Nestes casos ocorre, o benefício de uma pessoa, em detrimento de outras que padecem diariamente abandonadas em postos de saúde pela falta de investimento mínimo desse mesmo Estado em itens básicos de saúde pública.

Ricardo Augusto Dias da Silva pontua que, não é difícil observar nas decisões de 1º instância, a consolidação do entendimento de que deve sempre recair sobre o Estado a obrigação de satisfazer as demandas reclamadas por via do Judiciário. Desta forma, presumindo-se sempre que o reclamante está alicerçado na razão, sem ordenar que o mesmo demostre um mínimo de lastro probatório fundado no conhecimento técnico científico. Ademais, é possível contemplar, conflito entre as decisões proferidas que muitas vezes estão fundadas na indicação/prescrição de um único profissional em face dos protocolos que até então são entendidos como a melhor conduta para aquela situação (SILVA, 2010, p. 97-98).

Tomem-se para essa análise, o caso da menina Sophia Gonçalves de Lacerda, um bebê que possuía Síndrome de Berdon, uma rara anomalia congênita, e necessitava de uma cirurgia de transplante multivisceral.

Sob tal enfoque, observa-se a decisão do Desembargador Márcio Moraes que determinou que a União Federal providenciasse a transferência da requerente para uma instituição no exterior:

> Providencie, tudo por conta de suas diligências administrativas e expensas, no prazo de 15 (quinze) dias, todas as iniciativas pertinentes à remoção da criança ao exterior e sua internação no Jackson Memorial Medical de Miami, nos Estados Unidos, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de home care que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar. (TRF3º-Agrav. Inst. Nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP).

Salienta o Desembargador na decisão que remetidos os autos ao Ministério Público Federal, este opinou pela concessão de tutela antecipada, autorizando a efetuação do solicitado tratamento no exterior.

Para argumentar sua decisão o Desembargador utilizou-se das palavras do Ministro Celso de Mello no sentido de que não basta o Estado prever em norma constitucional o direito à saúde e à vida, mas este precisa tomar atitudes concretas para sua efetivação, como se vê:

> [...] Nesse contexto, incide, sobre o Poder Público, a gravíssima obrigação de tornar efetivas as prestações de saúde, incumbindo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas - preventivas e de recuperação -, que, fundadas em políticas públicas idôneas, tenham por finalidade viabilizar e dar concreção ao que prescreve, em seu art. 196, a Constituição da República. [...] Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito - como o direito à saúde - se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional." (RE 271286 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 12/9/2000, DJ 24/11/2000)

Nessa leitura, Silvia Badim Marques, esclarece que, as adversidades levadas até o Poder Judiciário não tem sido poucas, e este por força do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil não pode escusar-se em dar resposta a quem os reclama, e aos casos que são sujeitados à sua apreciação, vem se deparando com dilemas e decisões dramáticas, diante de cada protesto por atenção ao direito à saúde, e que, muitas vezes, denominam-se peremptório na tutela da vida ou para minorar o sofrimento. No que diz respeito às políticas públicas, apresentam-se espalhadas em diversos instrumentos normativos, sem que haja uma coordenação e limpidez entre elas e que, por vezes, o expediente contrasta com as necessidades reclamadas. (2008, p. 66).

Ademais, quando consultado sobre o caso em questão, Dr. Paulo Chapchap, Superintendente de Estratégia Corporativa do Hospital Sírio-Libanês, teceu as seguintes declarações:

> É do meu conhecimento que nenhum paciente submetido aos transplantes multiviscerais no Brasil sobreviveu mais do que alguns meses. Nossa experiência é inicial. Não é do meu conhecimento que qualquer serviço de transplantes multiviscerais do Brasil tenha submetido ao transplante pacientes com menos de 10 kg. É do meu conhecimento que o Dr. Rodrigo Vianna possui uma das maiores experiências do mundo com transplantes multiviscerais, inclusive em crianças pequenas. (TRF 3º-Agrav. Inst. nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP).

Ou seja, o referido médico, de notório e indiscutível conhecimento, deixa claro que as condições de tratamento para a paciente no Brasil, estão aquém do necessário para garantir o sucesso do procedimento, além do mais, a equipe médica do Hospital de Clinicas da Faculdade de Medicina da USP consigna que "diante de todas as circunstâncias do caso, não há hipótese alguma de realizar a cirurgia de que a criança carece naquele hospital, que, vale registrar, é o único que em tese teria condições de realizá-la no Brasil". (TRF 3º-Agrav. Inst. nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP).

Assim, com base nessas informações, o Desembargador proferiu a referida decisão, que foi acatada pela União. Chama-se a atenção para os valores despendidos para cumprir tal ordem:

> Em nota, o Ministério da Saúde informou que o valor total gasto com o tratamento integral e transplante multivisceral da Sofia foi de R$ 4,4 milhões. Apenas para o tratamento hospitalar, que engloba exames pré-operatórios, transplante multivisceral e todo o acompanhamento pós-operatório foram repassados mais de R$ 4 milhões. Para o transporte da paciente em aeronave com UTI móvel o custo foi de R$ 259,5 mil. Também foram pagos, R$ 54,9 mil para Home Care e, por fim, R$ 38,7 mil para a hospedagem da família nos EUA. (GERALDO Jr., Corpo da bebê..., 2015).

Como podem ser observadas, as cifras atingidas no cumprimento do mandado judicial foram altas, ressalta-se que o planejamento na rede do Sistema Único de Saúde busca promover acesso à assistência à saúde, de modo mais coerente possível, sendo responsabilidade solidária das três esferas de governo. Logo, as decisões estão alicerçadas em normas e preponderantemente pautadas em protocolos que foram desenvolvidos através de estudos clínicos científicos. Sendo assim, quando o Poder Judiciário concede procedimentos cirúrgicos e tratamentos não padronizados e de alto custo sem a comprovação efetiva do resultado positivo, coloca em risco todo planejamento orçamentário destinado à saúde. Nesta perspectiva, TANAKA (2008, p. 142), aponta que, "estaremos destinando mais recursos per capita a poucos em detrimento de garantir para a maioria" o essencial "para controle das doenças mais frequentes".

De acordo com a matéria vinculada no site do G1, Sophia foi transferida em 02 de julho de 2014 para o Jackson Memorial Hospital em Miami nos Estados Unidos. A espera por um doador durou até 10 de abril de 2015, quando foi realizada a cirurgia que durou 9 horas. Sophia

recebeu cinco órgãos: estômago, fígado, pâncreas, intestino delgado e cólon. (Corpo da bebê..., 2015).

Após dez dias da cirurgia, Sophia teve alta. Mas, uma semana depois, complicações pós-operatórias a fizeram voltar ao hospital, seu quadro piorou e os médicos identificaram que ela havia sido contaminada pelo citomegalovírus (CMV). No dia 14 de setembro de 2015, com 1 ano e 8 meses Sophia faleceu em função de uma parada cardíaca. (Corpo da bebê..., 2015).

Obviamente, não se discute aqui a dor de familiares e amigos, tampouco, o direito do paciente em lutar por sua vida, mas sim, até onde deve ir à responsabilidade do Estado, e se isto justifica o comprometimento do atendimento a tantos outros pacientes?

É no interior do processo que devem ser expostas as provas para que sirvam de balizas ao juiz ao proferir decisão. Destaca-se, que é neste momento que deve ocorrer à ponderação do direito individual à saúde com o direito coletivo, é fundado nas provas e no conhecimento técnico que deve pautar-se a discussão de cada caso concreto. É imperioso que o Poder Judiciário prospere em relação à dimensão da responsabilidade do Estado em garantir em toda e qualquer circunstância o direito a saúde (MARQUES, 2008, p. 67)

Nesse quadro de discussão, Gustavo Amaral (2001 p. 35-38), sintetiza de forma oportuna a alocação de recursos, dizendo que é indubitável o obstáculo da desigualdade social no Brasil, ao tempo em que parcela da sociedade perece de enfermidades contemporâneas, outra parcela sofre de moléstias relacionadas às condições sanitárias precárias, cólera, malária e demais. Enfatiza o autor ainda, que diante da escassez de recursos não resta alternativa senão alocação dos meios, e estabelece alguns questionamentos pare tentar chegar a uma resposta satisfatória a esta incógnita; a quem atender? Quais os critérios de seleção? Previsão de cura? Tempo de espera? E, quem utiliza-se dos meios judiciais? A motivação da decisão parece mais intuição do que qualquer outra coisa, esperar que da soma desta equação não ocorra escolhas dramáticas, não incorra em falta de recurso, e que o Estado gozará de bonança para suprir todas as necessidades do cidadão, e fundar-se em uma relação de fé.

Segundo o autor ainda, se recai sempre sobre o Poder Público a múnus de prover todas as demandas levadas até ele especialmente àquelas atinentes ao direito à saúde, da mesma forma, é racional esperar que o Estado busque esses recursos em alguma fonte, ou seja, elevando a carga tributária (AMARAL, 2001 p. 35-38)

Outro caso emblemático julgado pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, trata-se de apelação interposta por Fábio Marcondes de Lima, representado por seu genitor Marcos Antônio de Lima, contra sentença que não concedeu o pedido de condenação da União a custear tratamento em Cuba, pelo período de cinco anos, bem como ao pagamento das despesas

relativas à manutenção de sua família naquele país, conforme se observa a ementa abaixo transcrita:

> CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. SEQUELAS NEUROLÓGICAS DECORRENTES DE PARADA CARDIO-RESPIRATÓRIA EM CIRÚRGIA. ESGOTAMENTO DOS RECURSOS MÉDICOS EXISTENTES NO BRASIL. NÃO DEMONSTRAÇÃO. EFICIÊNCIA DO TRATAMENTO REALIZADO EM CUBA. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. A saúde é um direito social e tem como fundamento a existência digna do ser humano (art. 1º, III, da CF), pelo que o Estado deve garantir o atendimento daqueles que dela necessitem dentro do território nacional. 2. Em situações excepcionais, a jurisprudência tem entendido que demonstrado o exaurimento dos recursos médicos existentes no território nacional para tratamento de determinada patologia, analisado caso a caso, é possível o deferimento de tratamento no exterior. Precedentes: (STJ - REsp 338.373, DJU 24.03.2003; TRF 3ª, AI 138483, DJF3: 19/03/2009; e TRF 1ª AG 200401000042195, DJ DATA:13/09/2004) 3. No caso dos autos, não se pode deferir o custeio de tratamento médico a ser realizado, por cinco anos, em Cuba, haja vista a existência de parecer médico do Ministério da Saúde onde consta que o tratamento feito naquele país não leva à cura comprovada, como também consigna a existência no SUS de hospitais credenciados para programas de reabilitação com reconhecimento internacional, como é o caso da Rede Hospitalar Sarah. 4. Deve ser afastado o pedido alternativo referente ao custeio da ida do autor acompanhado de sua família para o Hospital das Clínicas de São Paulo, eis que o tratamento indicado foi o de acompanhamento domiciliar diário e não o tratamento na referida unidade hospitalar, o que denota a incompatibilidade entre o tratamento médico recomendado e o pleiteado nos autos. 5. Apelação improvida. (TRF 5º, AC Nº 396093/RN).

Na decisão supracitada, o Desembargador Federal Francisco Wildo, salienta que a saúde, como direito fundamental do indivíduo, deve ser garantida pelo Estado dentro do território nacional, apenas em casos excepcionais, devem ser deferidos solicitações de tratamento no exterior. Menos ainda, quando estes tratamentos não têm sua eficiência comprovada, como é o caso. Pois, este pode configurar uma afronta ao princípio da isonomia, afetando o acesso de outros ao direito à saúde.

Tal entendimento do Desembargador coaduna com a fala do então Advogado-Geral da União e hoje Ministro do STF José Antônio Dias Toffoli, quando da realização da audiência pública promovida pela Suprema Corte, para debater o Sistema Único de Saúde. Nesta oportunidade, o Advogado da AGU, sustentou que os recursos públicos para a execução desse direito social são limitados, de forma que a judicialização exacerbada do direito a saúde e posterior concessão, e em regra pela cognição sumária, revela “sério risco à organização e ao planejamento das políticas públicas para a área da saúde” (STF, Audiência Pública, 2009).

A consolidação deste entendimento vê-se no julgado que segue:

> APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRATAMENTO MÉDICO NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. 1- Acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde não se confunde com acesso absoluto a quaisquer tratamentos. 2- São fortes as dúvidas sobre a eficácia do tratamento realizado em Cuba, para os portadores de "retinose pigmentar", chegando o Conselho Brasileiro de Oftalmologia a afirmar que não podia confiar em métodos e terapias secretas, conforme reza o Código de Ética

> Médica, sendo que este tratamento é comprovadamente ineficaz e não traz nenhum resultado visual, além de já terem sido constatadas lesões oculares graves em pacientes tratados em Cuba. 3- A liberação de verbas públicas para realização de um tratamento cuja eficácia não foi comprovada cientificamente pode representar, sim, violação ao princípio da isonomia, na medida em que retira recursos que poderiam ser empregados no tratamento de outros doentes, igualmente necessitados de tratamento. 4- A negativa administrativa de conceder o auxílio financeiro visando ao tratamento no exterior baseou-se na Portaria nº 763 do Ministério da Saúde, vedando a concessão desse tipo de auxílio. Consoante jurisprudência pacificada pelo C. STJ, a mencionada Portaria é legal, no sentido de que fixa critérios objetivos e igualitários para os atendimentos ditos excepcionais, dentre os quais encontram-se aqueles realizados no exterior, sob pena de haver um comprometimento de todo o Sistema de Saúde. 5- Apelação improvida. (TRF-3 - AMS: 15875 SP 2001.61.00.015875-0, Relator: Juiz convocado Leonel Ferreira, J. 24/08/2011, TURMA D) (Grifo nosso).

Para Dias Toffoli, não são poucos os julgadores que tem se deixado levar pelo drama inserido em cada caso concreto, preferindo o reconhecimento do direito individual à vida e afastando-se das carências da coletividade, movidos pela súplica inerente e intrínseca aos pedidos judiciais que têm por finalidade tutela do direito à saúde (STF, Audiência Pública, 2009).

Nesta conjuntura jurídica criada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a judicialização do direito à saúde, imergiu como questão de grande relevância e simbolismo, no que se refere à compreensão e ponderação quando a situação se mostra paradoxal entre o direito individual a saúde e os direitos coletivos.

Segundo BALESTRA NETO (2015, p. 92) os gastos do Ministério da Saúde com o cumprimento de determinações judiciais têm crescido exponencialmente nos últimos anos, tendo impacto relevante no orçamento do órgão, como se vê a seguir:

> Em 2005, o montante de recursos despendidos pelo Ministério da Saúde com condenações judiciais foi de aproximadamente R$ 2,5 milhões; em 2006, R$ 7,6 milhões; em 2007, R$ 10,7 milhões; em 2008, R$ 47,6 milhões; em 2009, R$ 83,1 milhões; em 2010, R$ 174,1 milhões; em 2011, R$ 244 milhões; e em 2012, R$ 287,4 milhões.

Conforme argumentou Flávio Pansieri, as decisões do Poder Judiciário devem estar correlatas com os procedimentos clínicos e ligados a um sistema franco de comprovação da necessidade do atendimento requerido. Salienta ainda que, “defender a saúde é defender a própria existência da vida digna na sociedade brasileira, buscando, em primeiro lugar, o atendimento coletivo, mas sem desproteger o indivíduo” (STF, Audiência Pública, 2009).

Não é possível deixar de concordar que sempre será necessário utilizar-se de critérios consentâneos para alocação de recursos em matéria de saúde pública. Diante disso, a relevância das políticas públicas, perante a barreira financeira do Estado torna-se indubitável a necessidade de se fixar prioridades, bem como, estabelecer de que maneira as ações de serviços e saúde serão desenvolvidas em observância aos princípios da Constituição Federal e do próprio SUS.

Em face disso, verifica-se no Brasil a partir de meados da década de 2000, uma evolução jurisprudencial, com a superação pelos tribunais superiores da ideia de que o direito à saúde não teria limites, e a adoção de balizas de políticas públicas previamente definidas para a análise do caso concreto. (BALESTRA NETO, 2015, p. 102).

Desta forma, assegura-se que o serviço público cumpra com a sua função, ou seja, garantir o direito individual à saúde daqueles que se enquadram nessas balizas, sem comprometer os recursos públicos necessários à garantia do direito à saúde de todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, conclui-se que é inequívoco o dever do Estado de garantir o direito à saúde de todos os cidadãos, bem como o direito destes de exigir do mesmo este preceito constitucional de maior significância.

Contudo, dadas às circunstâncias financeiras que envolvem certos casos, se faz necessária uma ponderação diante dos casos concretos para que haja respeito a certos limites, de forma que o direito de um cidadão não acabe representando um prejuízo aos direitos de todos os demais, cerceando o direito à saúde da sociedade como um todo.

Desta forma, resta evidente que a adoção de medidas judiciais em relação ao direito à saúde deve se aplicar para garantir o mínimo necessário à dignidade da pessoa, naqueles casos em que haja omissão ou ineficiência do sistema público de saúde em relação aos tratamentos existentes, e não para pleitear tratamentos experimentais ou que não tenham sua eficácia comprovada.

Pois, também é dever do Estado agir com responsabilidade ao erário público, de forma a garantir que o direito coletivo a um acesso mínimo à saúde esteja sempre garantido, de acordo com os preceitos constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALVES, André Luis Dornellas. Colisão e ponderação entre princípios constitucionais. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/colisão-e-ponderação-entre-principios-constitucionais, acesso em 18 de março de 2016.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BALESTRA NETO, Otávio. A Jurisprudência dos Tribunais Superiores e o Direito à Saúde – Evolução rumo à racionalidade. **Revista de Direito sanitário.** São Paulo v.16 n.1, p. 87-111, mar./jun. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTOLLI FILHO, CLAUDIO. **História da Saúde Pública no Brasil.** 4 ed. São Paulo: ática, 2006.

BRAGHIROLLI, Fernanda. Justiça constitucional: a Forma Garantidora do Estado Democrático de Direito e sua Necessária Intervenção na Busca da Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista direito em debate**, v. 17, n. 29, p. 95/111 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Crises do Estado, Constituição e Democracia Política: a realização da ordem constitucional! E o povo...** In: Anuário de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. VADE MECUM, 16. Ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm, acesso em 27 de Julho de 2015.

_____. Constituição Politica do Imperio do Brazil 1824, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm, acesso em 25 de março de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal, Pleno, segunda turma, AgR. no Recurso Extraordinário Nº 271286 Rel. Min. Celso de Mello, J. 12/09/2000.

_____. Tribunal Regional Federal 3º Região. Agravo de Instrumento Nº 0008474-47.2014.4.03.0000/SP, Rel. Des.º Márcio Moraes, J. 27/05/2014.

_____. Tribunal Regional Federal 3º Região. Turma D, Apelação em Mandado de Segurança Nº 15875/SP 2001.61.00.015875-0, Rel. Juiz convocado Leonel Ferreira, J. 24.08.2011.

_____. Tribunal Regional Federal 5º Região. Apelação Cível o Nº 396093/RN, Rel. Des.º Francisco Wildo, J. 22/09/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, Audiência Pública nº 04 Direito à Saúde. Disponível em; http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudi

enciaPublicaSaude/anexo/Sr._Min._Jose_Antonio_Dias_Toffoli__Advogado_Geral_da_Uniao_.pdf.

_____. Supremo Tribunal Federal, Flávio Pansieri, Audiência Pública nº 04 Direito à Saúde. Disponível em; http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudiencia

PublicaSaude/anexo/Sr._Flavio_Pansiere__membro_da_Comissao_de_Estudos_Constitucionais_da_OAB_.pdf.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais dignidade da pessoa humano e mínimo existencial o papel do poder judiciário.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

CRUZ. André Gonzalez. A evolução da saúde nas Constituições brasileiras, revista visão jurídica, disponível em http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advogados-leis-jurisprudencia/98/artigo318127-4.asp, acesso em 25 de março de 2016.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os estados brasileiros e o direito à Saúde.** São Paulo: Hucitec, 1995.

FERRAZ, Sérgio Valadão. **Curso de Direito Constitucional teoria e jurisprudência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porte Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNIOR, Geraldo. Corpo da bebê Sofia é velado em cerimônia nos EUA. Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/09/corpo-da-bebe-sofia-e-velado-em-cerimonia-nos-eua.html Acesso em 17 de março de 2016.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 2 p. 65-72 Jul./Out. 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão Fundamental da democracia**. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional**, v. 1, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Revista de Doutrina 4º região, Porto Alegre, n 24, jul. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org). **Dimensões da dignidade ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **Direito Fundamental à Saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível,** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SCLIAR, Moacyr. **Do mágico ao social: trajetória da saúde pública.** São Paulo: SENAC São Paulo, 2002.

TANAKA, Oswaldo Yoshimi. A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 9, n. 1 p. 137-143 Mar./Jun. 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n.177, p. 29-49, jul/set. 1989.

EVOLUÇÃO PROTETIVA DA MULHER E LEGISLAÇÕES ESPECÍFICAS

EIDT, Cynthia Maria[1]
SANTOS, Melania Milane dos[2]
SILVA, Kelly Cardoso da[3]

RESUMO

Traz a evolução dos direitos das mulheres que foram adquiridos no decorrer histórico. Ao longo da História, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres e meninas são assassinadas pelo tão-só fato de serem mulheres. O fenômeno forma parte de um contínuo de violência de gênero expressada em estupros, torturas, mutilações genitais, infanticídios, violência sexual nos conflitos armados, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual dentro e fora da família. Foram acordadas várias convenções que trouxeram de forma progressiva direitos as mulheres que antes não se viam, já que prevalecia o conceito patriarcal, em que o homem podia fazer o que bem entendia com a sua mulher. Assim, a Constituição Federal de 1988 veio trazer enormes garantias para as mulheres, e com o decorrer dos anos viu a necessidade de haver leis específicas para protege-las, surgindo assim, a Lei Maria da Penha e o Feminicídio para tentar suprir os elevadíssimos índices de violência contra a mulher no Brasil.

Palavras-chave: História da Mulher, Direitos, Leis.

[1] Acadêmica Cynthia Maria Eidt, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Melania Milane dos Santos, do curso de Direito – UDC.
[3] Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O artigo traz em seu escopo os direitos que foram adquiridos pelas mulheres no decorrer histórico, com os aparatos legais adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Há leis que vem com o pretexto de combater a violência contra a mulher no país, onde segundo estudiosos, morrem pelo simples fato de ser mulher e que, em contrapartida, há uma crítica que divide os doutrinadores e juristas, pois segundo nossa Carta Magna, todos são iguais perante a lei, sendo vedado a discriminação por raça, sexo, cor, nível social e por aí vai.

De tal modo, tem–se como fator primordial o referido estudo demonstrar os aspectos relacionados à mulher frente aos parâmetros históricos e em relação a Lei Maria da Penha e ao Feminicídio, visto que ele constitui a manifestação mais extremada da violência machista fruto das relações desiguais de poder entre os gêneros. Ao longo da História, nos mais distintos contextos socioculturais, mulheres e meninas são assassinadas pelo tão-só fato de serem mulheres. O fenômeno forma parte de um contínuo de violência de gênero expressada em estupros, torturas, mutilações genitais, infanticídios, violência sexual nos conflitos armados, exploração e escravidão sexual, incesto e abuso sexual dentro e fora da família.

Denota-se que essa tendência para a criminalização também chegou ao Brasil, e que se tem a lei que penalizada quem agride a mulher em seu ambiente familiar e o projeto de lei que criminaliza o feminicídio considera que há razões de gênero quando o crime envolve a violência doméstica e familiar; em decorrência do menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Para tanto, nota-se a necessidade de relatar o que muda com a lei a perspectiva de duas importantes mudanças, a primeira delas é a necessidade de que sejam tomadas providências mais rigorosas em resposta aos altíssimos índices de violência contra as mulheres no Brasil e em segundo lugar o importante papel de evidenciar a existência de homicídios de mulheres por questões de gênero.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA ATUAL DA MULHER

2.1 OS DIREITOS HUMANOS E DA MULHER NAS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

A resolução nº 34/180 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979 e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984, versa sobre a obrigação dos Estados-

partes presentes naquela convenção deveriam reafirmar o conteúdo da Carta das Nações Unidas sobre os direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos do homem e da mulher.[1]

Considerando-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirma o princípio da não-discriminação e proclama que todos os serres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos em que toda pessoa pode invocar todos os direitos e liberdades proclamados nessa Declaração, sem distinção alguma, inclusive de sexo.[2]

Assim Estados-partes nas Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos têm a obrigação de garantir ao homem e à mulher a igualdade de gozo de todos os direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, observando, ainda, as resoluções, declarações e recomendações aprovadas pelas Nações Unidas e pelas agências especializadas para favorecer a igualdade de direito entre o homem e a mulher. Preocupados, contudo com o fato de que, apesar destes diversos instrumentos, a mulher continue sendo objeto de grandes discriminações.[3]

Relembrando que a discriminação contra a mulher violados princípios da igualdade de diretos e o respeito da dignidade humana dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade. Neste cenário, preocupados com o fato de que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades.[4]

Reconhecesse-se, no entanto, que para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem, como da mulher na sociedade e na família, deve-se aplicar os princípios enunciados na Declaração sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, e, para isto, a adotar as medidas necessárias a fim de suprimir essa discriminação em todas as suas formas e manifestações. Este é a parte introdutória da Resolução n. 34/180, que é composta por trinta artigos distribuídos em seis partes e ratificada pelo Brasil em 1º de fevereiro de 1984.[5]

[1] Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>acessado em 10 de março de 2016.
[2] ISHAY, Micheline R. **Direitos Humanos: Uma Antologia**. São Paulo: Edusp, 2006, p.727.
[3] GERHARD, Nadia. **Patrulha Maria da Penha: o impacto da ação da Polícia Militar no enfrentamento da violência doméstica.** Porto Alegre: EdPUCRS, 2014, p.283.
[4] Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/mulher/lex121.htm>acessado em 17 de março de 2015.
[5]Disponível em <http://www.camara.gov.br/internet/comissão/index/perm/cdh/Tratados e Convenções/Mulher/>acessado em 10 de março de 2016.

2.2 CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DESCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER

As Nações Unidas e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos decidiram adotar Convenções de direitos humanos que explicitassem as especificidades de diferentes sujeitos de direitos, como crianças, os membros de minorias étnicas e as mulheres.[1]Foi neste cenário que foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução n. 34/180, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher em 18 de dezembro de 1979, sendo adotada no âmbito do sistema global.[2]Até 24 de novembro de 2004, essa Convenção contava com 179 Estados-partes. Conquanto esse dado reflita a ampla adesão dos Estados a esta Convenção, esta enfrenta a contradição de ser o instrumento que recebeu o maio número de reservas formuladas pelos Estados, dentre os tratados internacionais de direitos humanos.[3]Isso fortalece a concepção de quanto a implementação dos direitos humanos das mulheres está condicionada à dicotomia entre os espaços público e privado, que, em muitas sociedades, limita a mulher ao espaço restritivamente doméstico do lar.[4]A Convenção trata de uma ampla gama de temas relacionados ao reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres nas esferas política, econômica, social e familiar, além de reconhecer direitos relativos à capacidade civil, à nacionalidade, à seguridade social, à saúde, em especial à saúde reprodutiva, à habitação e às condições de vida adequadas, dentre outros.[5]

Ao ratificar a Convenção, os Estados-partes avocam o compromisso de, gradualmente, eliminar todas as formas de discriminação no que tange ao gênero, assegurando a efetiva igualdade entre eles.[6] O Brasil diante da convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, a Constituição brasileira de 1988, constitui um marco jurídico de institucionalização dos direitos humanos e da trajetória democrática no país, imediatamente consagrando a primazia do respeito aos direitos humanos como modelo defendido para a ordem

[1]Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1521> acessado em: 10 de março de 2016.
[2]Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1521> acessado em 10 de março de 2016.
[3]Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1521> acessado em 10 de março de 2016.
[4]Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=1521 >acessado em 08 de março de 2016.
[5]Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=1521 >acessado em 08 de março de 2016.
[6]Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=1521 >acessado em 08 de março de 2016.

internacional.[1]A Constituição Federal de 1988 institui o fim da vasta Declaração de Direitos por ela prevista e estabelece em seu § 2º, art. 5º, o seguinte:

> Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.[2]

A Carta de 1988 inova ao abranger dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário, concedendo aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, de norma constitucional.[3]

O marco inicial do processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos pelo direito brasileiro foi a ratificação, em 1º de fevereiro de 1984, desta convenção.[4]

2.3 DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER E CIDADÃ 1791

As mães, as filhas, as irmãs, representantes da nação, reivindicam constituir-se em Assembleia Nacional. Considerando que a ignorância, o esquecimento, ou o desprezo da mulher são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governantes, resolverem expor em uma Declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis, e sagrados da mulher, a fim de que esta Declaração, constantemente, apresente todos os membros do corpo social seu chamamento, sem cessar, sobre seus direitos e seus deveres, a fim de que os atos do poder das mulheres e aqueles do poder dos homens, podendo ser a cada instante comparados com a finalidade de toda instituição política, sejam mais respeitados; a fim de que as reclamações das cidadãs, fundadas doravante sobre princípios simples e incontestáveis, estejam voltados à manutenção da Constituição, dos bons costumes e à felicidade de todos.[5]

Em consequência, o sexo superior tanto na beleza quanto na coragem, em meio aos sofrimentos maternais, reconhece e declara, na presença e sob os auspícios do Ser superior, alguns Direitos seguintes da Mulher e da Cidadã:

---

[1]Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=1521 >acessado em 08 de março de 2016.
[2]Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>acessado em 08 de março de 2016.
[3]Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=1521 >acessado em 08 de março de 2016.
[4]Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n link=revista artigos leitura&artigo id=1521 >acessado em 08 de março de 2016.
[5]Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mulheres.htm>acessado em 02 de março de 2016.

ARTIGO PRIMEIRO
A mulher nasce e vive igual ao homem em direitos. As distinções sociais não podem ser fundadas a não ser no bem comum.
III
O princípio de toda soberania reside essencialmente na Nação, que não é nada mais do que a reunião do homem e da mulher: nenhum corpo, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que deles não emane expressamente.
IV
A liberdade e a justiça consistem em devolver tudo o que pertence a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais da mulher não encontra outros limites senão na tirania perpétua que o homem lhe opõe; estes limites devem ser reformados pelas leis da natureza e da razão.
V
As leis da natureza e da razão protegem a sociedade de todas as ações nocivas: tudo o que não for resguardado por essas leis sábias e divinas, não pode ser impedido e, ninguém pode ser constrangido a fazer aquilo a que elas não obriguem.
Não cabe exceção a nenhuma mulher; ela será acusada, presa e detida nos casos determinados pela Lei. As mulheres obedecem tanto quanto os homens a esta lei rigorosa.
VIII
A lei não deve estabelecer senão apenas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido a não ser em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada as mulheres.
IX
Toda mulher, sendo declarada culpada, deve submeter-se ao rigor exercido pela lei.

XVII
As propriedades pertencem a todos os sexos, reunidos ou separados; constituem para cada um, um direito inviolável e sagrado; ninguém disto pode ser privado, pois representa verdadeiro patrimônio da natureza, a não ser nos casos de necessidade pública, legalmente constatada, em que se exige uma justa e prévia indenização.
Mulher, desperta-te; a força da razão se faz escutar em todo o universo; reconhece teus direitos. O poderoso império da natureza não está mais envolto de preconceitos, de fanatismo, de superstição e de mentiras. A bandeira da verdade dissipou todas as nuvens da tolice e da usurpação. O homem escravo multiplicou suas forças e teve necessidade de recorrer às tuas, para romper os seus ferros. Tornando-se livre, tornou-se injusto em relação a sua companheira.[1]

Dois anos após da Revolução, em 1791, a autora Olympe de Gouges ousou propor uma Declaração dos direitos da mulher e da cidadã, com uma dedicatória à Rainha, Maria Antonieta, esposa de Luís XVI. O documento é encaminhado à Assembleia Nacional da França, para que fosse aprovado, como havia ocorrido com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (agosto de 1789). Esta declaração, conhecida de todos, pois praticamente inspira os 30 artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1948.

[1]Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mulheres.htm>acessado em 02 de março de 2016.

2.4 CONVENÇÃO INTERNACIONAL PARA PREVENIR PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER – CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ

Adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) no dia09 de junho de 1994, a Convenção Interamericana par para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará, constitui-se em importante ferramenta de promoção da emancipação das mulheres. Ratificada pelo Brasil em 27 de novembro de 1995, promove um grande avanço para a compreensão e visibilização da temática, ao dispor, entre outros, sobre a definição de violência contra as mulheres.[1]

Quando as mulheres são capazes de reconhecer direitos, violações e tomam conhecimentos da existência de instrumentos capazes de produzir alguma reparação sentem-se fortalecidas para o exercício de sua cidadania. A apropriação pelas mulheres de instrumentos internacionais como a Convenção de Belém do Pará exerce um papel fundamental, uma vez que para a efetiva fruição de direitos é necessário seu reconhecimento. Veremos alguns dos principais artigos desta Convenção:[2]

O artigo 1º Definição de violência contra a mulher:

> Para os efeitos desta Convenção, entender-se-á por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.[3]

O artigo supracitado fala de violência baseada no gênero, que significa violência contra as mulheres, apenas pelo fato de serem mulheres. Essa forma de violência nasce da ideia falsa de que os homens são superiores e as mulheres inferiores. Esse julgamento errado sobre as mulheres e os homens são um preconceito. Quando agimos de acordo com um preconceito, cometemos uma discriminação.[4]

A violência contra as mulheres pode assumir ainda outra forma difícil de ser percebida. É a violência institucional, ou seja, quando as mulheres são maltratadas em seu trabalho, no atendimento em serviços de saúde, nos postos policiais etc. Essa forma de violência também

[1] **Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.07.
[2] **Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.07.
[3] **Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.18.
[4] **Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.19.

nasce do preconceito, sendo constantemente alimentada pela imagem distorcida das mulheres que é passada pela televisão e outros meios de comunicação. [1]

É importante destacar que a Convenção estabelece que a violência ocorrida dentro de casa, a chamada violência doméstica, é uma violação aos direitos humanos das mulheres. Mesmo que ela ocorra dentro da família, interessa à sociedade, ao poder público, uma vez que, como cidadãs, as mulheres não podem sofrer nenhum tipo de violação aos seus direitos humanos, seja onde for. Discutir esse assunto nem sempre é fácil, já que os costumes tradicionais em nossa sociedade determinam que as mulheres sejam penalizadas em dobro nas relações domésticas. Quando se trata de reconhecer e valorizar o trabalho doméstico feito cotidianamente pelas mulheres, esse é sempre invisível e desprestigiado. Porém, quando se fala da violência ocorrida nesse mesmo espaço, imediatamente surgem as vozes em defesa da santidade do lar, alegando que a violência faz parte das relações entre marido e mulher e que ninguém deve se meter. [2]

Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento Essas medidas de proteção, para resguardar os direitos e auxiliar mais intensamente quem mais precisa de ajuda, devem ser estendidas para todas as mulheres quando existe situação de conflito armado ou quando a mulher está presa.[3]

2.5 A LEI MARIA DA PENHA

A popular Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) é reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres.[4]

Resultou de uma luta histórica dos movimentos feministas e de mulheres por uma legislação contra a impunidade no cenário nacional de violência doméstica e familiar contra a mulher. Embora a lei tenha apoio significativo de toda a sociedade, sua implementação trouxe à tona muitas resistências. Resistências que conviviam com a aceitação da violência doméstica

[1]**Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.19.
[2]**Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.19 e 20.
[3]**Agende**, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.**10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília:** Gráfica Relevo, 2004, p.24.
[4]Disponível em <www.semu.ma.gov.br/files/2013/08/lei_maria_da_penha.pdf>acessado em 15 de março de 2016.

como crime de menor poder ofensivo e reforçavam as relações de dominação do sistema patriarcal.[1]

A Lei Maria da Penha surge como resultado de um esforço coletivo dos movimentos de mulheres e poderes públicos no enfrentamento à violência doméstica e familiar e ao alto índice de morte de mulheres no País. Além disso, configura-se como resposta efetiva do Estado brasileiro às recomendações da Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher) e da Convenção da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), das quais o Brasil é signatário.[2]

A lei 12.403/2011, ao alterar a redação do inc. III do art. 313 do CPP, ampliou a possibilidade de concessão das medidas protetivas de urgência, antes aplicáveis apenas à mulher. Por meio desse dispositivo, tais medidas, além da mulher, podem também beneficiar "criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência".[3]

Constitucionalidade – questionou-se a constitucionalidade da lei, vez que, num primeiro momento, parece discriminatória, tratando a mulher como "eterno" sexo frágil, deixando desprotegido o homem, presumidamente imponente. Tal diferenciação, como se sabe, há muito foi espancada pela Constituição Federal que, no seu art. 5º, I, equipara ambos os sexos em direitos e obrigações, garantindo aos dois sexos, no art. 226, § 8º, proteção no caso de violência doméstica.[4]

Para tornar a questão mais clara, citam-se exemplos de absurda injustiça (para com o homem), a saber: numa agressão mutua, o que justifica a mulher ficar amparada pelo presente diploma e o homem não? Sabendo que a violência doméstica não se resume na agressão do marido contra a mulher, qual o motivo para se proteger a filha agredida pelo pai e o filho agredido não? Para uma agressão do filho contra a mãe há lei especifica protegendo a vítima, porem para a sua agressão contra o pai não?[5]

Apesar dos exemplos seduzirem a tese de inconstitucionalidade, deve-se pensar em uma interpretação conforme pode fomentar a sua aplicação, como exigem as estatísticas que

[1]Disponível em <www.semu.ma.gov.br/files/2013/08/lei_maria_da_penha.pdf>acessado em 15 de março de 2016.
[2]Disponível em <www.semu.ma.gov.br/files/2013/08/lei_maria_da_penha.pdf>acessado em 15 de março de 2016.
[3]CUNHA, Rogério Sanches.PINTO, Ronaldo Batista. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA**. São Paulo: 3ª ed., Editora RT, 2011, p.31.
[4]CUNHA**,** Rogério Sanches.PINTO, Ronaldo Batista. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA**. São Paulo: 3ª ed., Editora RT, 2011, p.32.
[5]CUNHA**,** Rogério Sanches. PINTO**,** Ronaldo Batista. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA**. São Paulo: 3ª ed., Editora RT, 2011, p.33.

demonstram a situação de verdadeira calamidade pública que assumiu a agressão contra as mulheres.[1]

De forma correta, Helena Omena Lopes de Farias e Monica de Melo, esclarecem essa peculiaridade, pois o Sistema Geral de proteção tem por endereçado toda e qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade. Por sua vez, o Sistema Especial de proteção realça o processo de especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto de forma concreta e especificada, pois determinados sujeitos de direitos, ou certas violações de direitos exigem uma resposta diferenciada. Importa o respeito a diversidade e a diferença, assegurando-se um tratamento especial.[2]

A partir da Lei Maria da Penha, os crimes cometidos contra as mulheres devem ser julgados nos juizados/varas especializadas de violência doméstica e familiar contra as mulheres, com competência civil e criminal, equipados com equipe multidisciplinar composta por psicólogos e assistentes sociais treinados para um atendimento totalizante, especializado e humanizado.[3]

3 FEMINICÍDIO

3.1 A LEI nº 13.104/2015

Seguindo as determinações contidas na aludida Convenção, em 7 de agosto de 2006 foi publicada a Lei nº 11.340, criando mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, que ficou popularmente conhecida como a Lei Maria da Penha que, além de dispor sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar, nos termos dispostos no art. 1º da mencionada Lei.[4]

[1]CUNHA**,** Rogério Sanches.PINTO**,** Ronaldo Batista. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI MARIA DA PENHA**. São Paulo: 3ª ed., Editora RT, 2011, p.33.
[2]FARIAS**,** Helena Omena Lopes de. Melo**,** Monica de. **DIREITOS HUMANOS: CONSTRUCÃO DA LIBERDADE E DA IGUALDADE. CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DEDISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER E A CONVENÇÃO PARA PREVINIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLENCIA CONTRA A MULHER**. São Paulo: Centro de estudos, 1998, p. 373.
[3]Disponível em <http://www.mulheresedireitos.org.br/publicacoes/LMP web.pdf> acessado em 15 de agosto de 2015.
[4]Disponível em <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>acessado em 15 de abril de 2015.

Em 9 de março de 2015, indo mais além, fruto do Projeto de Lei do Senado nº 8.305/2014, foi publicada a Lei nº 13.104, que criou, como modalidade de homicídio qualificado, o chamado feminicídio, que ocorre quando uma mulher vem a ser vítima de homicídio simplesmente por razões de sua condição de sexo feminino.[1]

Jeferson Botelho Pereira disserta a respeito do tema sobre os tipos possíveis de feminicídio, prelecionando que a doutrina costuma dividir o feminicídio em íntimo, não íntimo e por conexão. A seguir a distinção entre os tipos:

- Por feminicídio íntimo entende aquele cometido por homens com os quais a vítima tem ou teve uma relação íntima, familiar, de convivência ou afins;
- O feminicídio não íntimo é aquele cometido por homens com os quais a vítima não tinha relações íntimas, familiares ou de convivência; e
- O feminicídio por conexão é aquele em que uma mulher é assassinada porque se encontrava na "linha de tiro" de um homem que tentava matar outra mulher, o que pode acontecer na *aberratio ictus*.[2]

Devemos observar, entretanto, que não é pelo fato de uma mulher figurar como sujeito passivo do delito tipificado no art. 121 do Código Penal que já estará caracterizado o delito qualificado, ou seja, o feminicídio. Para que reste configurada a qualificadora, nos termos do § 2-A, do art. 121 do diploma repressivo, o crime deverá ser praticado por razões de condição de sexo feminino, que efetivamente ocorrerá quando envolver:

I – Violência doméstica e familiar;

II – Menosprezo ou discriminação à condição de mulher.[3]

3.2 AS MUDANÇAS TRAZIDAS PELO FEMINICÍDIO

A Lei nº 13.104/15 alterou o art. 121 do Código Penal para nele incluir o "feminicídio", entendido como a morte de mulher em razão da condição do sexo feminino (leia-se, baseada no gênero). A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a

[1] Disponível em <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>acessado em 15 de março de 2016.
[2] **PEREIRA**, Jeferson Botelho. Breves apontamentos sobe a Lei nº 13.104/2015, que cria o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. In http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acessado em 14 de março de 2016.
[3] **PEREIRA**, Jeferson Botelho. Breves apontamentos sobe a Lei nº 13.104/2015, que cria o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro. In http://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-a-lei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-feminicidio-no-ordenamento-juridico-brasileiro. Acessado em 14 de março de 2016.

mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade.[1]

Com a novel Lei, o feminicídio passa a configurar a sexta forma qualificada do crime de homicídio, punido com pena de reclusão de 12 a 30 anos, etiquetado como delito hediondo, sofrendo os consectários da Lei nº 8.072/90.[2]

O § 2o-A foi acrescentado para esclarecer quando a morte da mulher deve ser considerada em razão da condição do sexo feminino: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. O esclarecimento, no entanto, além de inútil, causa confusão.[3]

Feminicídio, comportamento objeto da Lei em comento, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. A previsão deste (infeliz) parágrafo, além de repisar pressuposto inerente ao delito, fomenta a confusão entre feminicídio e femicídio. Matar mulher, na unidade doméstica e familiar (ou em qualquer ambiente ou relação), sem menosprezo ou discriminação à condição de mulher é femicídio. Se a conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, aí sim temos feminicídio.[4]

Dentro das tipologias que levam em conta a relação prévia entre vítima e autor do delito (vítima conhecida ou desconhecida) temos que ressaltar a especial condição das vítimas pertencentes ao mesmo grupo familiar do infrator; tratam-se de hipóteses de vulnerabilidade convivencial ou doméstica. Os maus tratos e as agressões sexuais produzidos nesse âmbito têm, fundamentalmente, como vítimas seus membros mais débeis: as mulheres e as crianças. A impossibilidade de defesa dessas vítimas – que chegam a sofrer, ademais, graves danos psicológicos – aparece ressaltada pela existência a respeito de uma elevada cifra negra.[5]

Contudo, isso não quer dizer que esse grupo de pessoas apontado como vulnerável, ou seja, mulheres e crianças, sejam vítimas somente no interior dos lares. As mulheres,

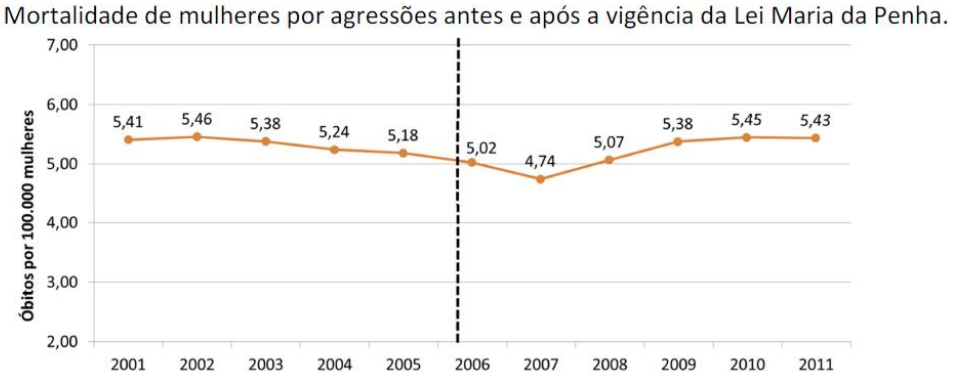
[1]Disponível em <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>acessado em 10 de março de 2015.
[2]Disponível em <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>acessado em 10 de março de 2016.
[3]Disponível em <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>acessado em 10 de março de 2016.
[4]Disponível em <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios>acessado em 10 de março de 2016.
[5]Disponível em <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>acessado em 10 de março de 2016.

principalmente, pela sua simples condição de pertencerem ao sexo feminino, têm sido vítimas dentro e fora dele, o que levou o legislador a despertar para uma maior proteção.[1]

4 DADOS DO IPEA

4.1 AVALIAÇÃO DO IMPACTO DA LEI MARIA DA PENHA

Estudo do Ipea avaliou o impacto da Lei Maria da Penha sobre a mortalidade de mulheres por agressões, por meio de estudo de séries temporais. Constatou-se que não houve impacto, ou seja, não houve redução das taxas anuais de mortalidade, comparando-se os períodos antes e depois da vigência da Lei. As taxas de mortalidade por 100 mil mulheres foram 5,28 no período 2001-2006 (antes) e 5,22 em 2007-2011 (depois). Observou-se sutil decréscimo da taxa no ano 2007, imediatamente após a vigência da Lei, conforme pode-se observar no gráfico abaixo, e, nos últimos anos, o retorno desses valores aos patamares registrados no início do período.[2]



Fonte:http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf

Com a entrada em vigor da lei, notou-se uma redução menor que 0,5 se comparado com o ano anterior e o posterior a sua vigência.

O fator psicológico que mais influenciou a redução. Com o decorrer do tempo, os agressores perceberam que sua aplicabilidade não seria o suficiente para inibir tais condutas, muito menos as sanções da lei seriam tão drásticas como anunciado.

[1]Disponível em <http://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/173950062/feminicidio-comentarios-sobre-a-lei-n-13104-de-9-de-marco-de-2015>acessado em 10 de março de 2016.
[2]Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf> acessado em 25 de março de 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início da civilização, a mulher sempre teve um papel secundário na sociedade, como o ser que cuidaria da prole, do ambiente familiar e do homem, que era o responsável pela segurança e sobrevivência da família.

Por anos e anos, elas lutaram para romper esse paradigma, de simples reprodutora, para alguém que merecia estar ao lado do homem nas decisões da sociedade. Mas essa pretensão levou tempo e custou um alto preço, pago com vidas femininas. Atualmente, a mulher ainda é classificada como um ser humano de segunda classe em muitas sociedades, em especial no leste Asiático e alguns países do continente Africano. Mas a violência existe em todos os países.

No Brasil, a violência contra a mulher é notória, e diante dessa violência descabida, exigiu do governo, uma série de leis editadas para que se tentasse, ou ao menos reduzisse, a violência contra a mulher. O que até o momento não surtiu o efeito esperado.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, findou-se o modelo familiar patriarcal, nascendo os direitos e obrigações familiares compartilhados com ambos os pais. Daí em diante, as mulheres brasileiras foram galgando avanços importantes, porém, no campo da violência, a demora de quase duas décadas para um avanço significativo.

Em 2006 passou a vigorar a lei Maria da Penha, que tinha como foco a violência contra a mulher praticada no seio do lar. Tem que haver vínculo afetivo ou familiar entre a vítima e o agressor. Em 2013, vigou a Lei do Feminicídio, suportando várias críticas de juristas, juízes, políticos e da própria sociedade. Para os críticos, a lei nada mais é que o *"mais do mesmo"*, o que na verdade não é. Ela visa proteger o homicídio praticado pelo motivo gênero, ou seja, o homicídio de mulheres por ser mulher. Ela inclusive estende sua proteção aos transexuais, com o devido reconhecimento judicial.

As pesquisas realizadas pelo IPEA concluíram que as diferenças regionais observadas, podem representar padrões diferentes dos feminicídios, relacionados com a aceitação cultural, da violência contra a mulher e sua ocorrência.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica – Lei Maria da Penha. 3. ed. São Paulo: Editora RT, 2011.

FARIAS, Helena Omena Lopes de. Melo, Monica de. Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. Convenção sobre a mulher e a convenção para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. São Paulo: Centro de Estudos, 1998.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. Vol. III. Niterói: Impetus, 2006.

GERHARD, Nadia. Patrulha Maria da Penha: o impacto da ação da Polícia Militar no enfrentamento da violência doméstica. Porto Alegre: EdPUCRS, 2014.

ISHAY, Micheline R. Direitos Humanos: Uma Antologia. São Paulo: Edusp, 2006.

AGENDE, Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento.10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher: Convenção de Belém do Pará. Revista Convenção Belém do Pará. Brasília: Gráfica Relevo, 2004.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso: 28 de março 2016.

<http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Mulher/convencao_sobre_eliminacao_de_todas_as_formas_de_discriminacao_contra_a_mulher.htm>Acesso: 27 de março de 2016.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1521> Acesso: 28 de março de 2016.

<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mulheres.htm> Acesso: 28 de março de 2016.

DIREITOS SOCIAIS: EFETIVIDADE E APLICABILIDADE

RUPPENTHAL, Ana Paula[1]
ELLWANGER, Carolina[2]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo fazer uma breve análise dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, com ênfase em sua aplicabilidade e efetividade no plano infraconstitucional. Para tanto, estudou-se a conceituação doutrinária de direitos sociais, bem como foram estudados cada um dos direitos previstos no caput do artigo 6º e em outros dispositivos da Constituição, sua efetivação através de lei ou programa governamental ou de outras formas. Por fim, foram analisados os direitos sociais sob a ótica da interpretação constitucional com o exame de suas previsões legais, institucionais e mesmo doutrinárias, para compreender a efetividade e aplicabilidade dos referidos direitos no plano legal.

Palavras-chave: Direitos Sociais, Direitos Fundamentais, Constituição.

SOCIAL RIGHTS: EFFECTIVENESS AND APLICABILITY

ABSTRACT

This article aims to make a brief analysis of the social rights settled by the Brazilian Constitution of 1988, with emphasis on their applicability and effectiveness in the national legal system. Therefore, it's studied the theorical concept of social rights, and it'sexaminated each of the rights settled by the caput of the sixth article and other of the Brazilian Constitution, its effectiveness by law or government program or other forms. Finally, the social rights were analyzed from the perspective of constitutional interpretation with the examen of its legal provisions, institutionals and theorical to comprehend its effectiveness and applicability in the legal plan.

Keywords: Social rights, Fundamental rights, Constitution.

[1] Acadêmica Ana Paula Ruppenthal, do curso de Direito – UDC.
[2] Professora Mestre Carolina Ellwanger – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

Partindo do princípio da dignidade da pessoa humana – princípio este considerado central no ordenamento jurídico brasileiro – os direitos sociais, que por muitos autores são compreendidos como direitos fundamentais a que o legislador constituinte reservou especial atenção, são o objeto de estudo do presente trabalho.

Assim, foram analisados, inicialmente, a compreensão geral do que seria um direito social, dentro do que a doutrina chama de gerações ou dimensões de direitos fundamentais. Analisou-se, também, cada um dos direitos previstos no caput do artigo 6º e outros dispositivos da Constituição Federal de 1988, com o exame de suas previsões legais, institucionais e mesmo doutrinárias, além de se buscar, finalmente, compreender a efetividade e aplicabilidade dos referidos direitos no plano legal – a possibilidade de aplicabilidade imediata, a necessidade de implementação legal, os princípios da vedação ao retrocesso, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e do mínimo existencial, a impossibilidade de supressão de direitos sociais considerados fundamentais por meio de Projeto de Emenda Constitucional e as tutelas jurisdicionais constitucionais dos direitos sociais (Mandado de Injunção e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão).

O objetivo do presente artigo é, portanto, fazer uma revisão crítica dos direitos sociais instituídos pela Constituição Federal – cada um deles considerados e em conjunto – principalmente no que tange à sua efetividade e aplicabilidade.

2 CONCEITO DE DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais se encontram instituídos na Constituição Federal de 1988, em seu Capítulo II – Dos Direitos Sociais. Lá estão previstos os direitos inerentes a toda a sociedade, como bem-dispõe o caput do artigo 6º, “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”, entre outros que podem ser considerados em se levando em conta uma interpretação ampliativa.

Como compreende a maior parte da doutrina, trata-se de previsão constitucional que introduz no ordenamento jurídico os direitos fundamentais ou direitos humanos de segunda dimensão – concernentes à ideia de igualdade. Assim, instituem um dever, por parte do Estado, de prestar, fornecer, disponibilizar as condições mínimas existenciais para uma vida digna – a

dignidade aqui compreendida como além do básico para a subsistência, sendo também o essencial para a vida harmônica em sociedade.

Segundo MASSON (2015, p. 281):

> Convém recordar que referidos direitos, enquanto prerrogativas constituídas na segunda dimensão dos direitos fundamentais, exigem prestações positivas do Estado, que deverá implementar a igualdade jurídica, política e social entre os sujeitos que compõem o desnivelado tecido social. Nesse sentido, e em nítido contraste com os direitos individuais - que exigem um "não fazer", um "não agir", um "não atuar" por parte dos Poderes Públicos, criando esferas individuais de não ingerência estatal - os direitos sociais têm por conteúdo "um fazer", "um ajudar", "um contribuir". São, portanto, direitos dependentes de intervenção estatal, que somente "se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente [...]

Por “dimensões de direitos fundamentais” (que alguns autores chamam também de “gerações de direitos”) compreende-se as etapas dentro de um processo histórico em que se conquistaram determinados direitos considerados essenciais ao ser humano – daí a denominação “fundamentais”. Assim, as gerações ou dimensões de direitos se desenvolvem em momentos históricos distintos, sem exclusão ou superação umas das outras, abarcando-se. Na explicação de RAMOS (2011, p. 26):

> Na primeira geração, têm-se os direitos individuais e políticos, aqueles estão vinculados à proteção das pessoas em face do poder estatal, estes expressam os direitos de votar e ser votado, concretizando o direito político e a nacionalidade. Na segunda geração, alocam-se os direitos sociais, econômicos e culturais, incluindo os direitos trabalhistas, que corresponde a uma prestação positiva do Estado, assegurando educação, saúde, seguridade social e outras. Na terceira geração, encontram-se os direitos coletivos e difusos, abarcando o direito ao meio ambiente utilizando-o de forma equilibrada, além do direito do consumidor. A quarta geração, diz respeito à democracia e ao desenvolvimento.

Na conceituação de NUNES JUNIOR (2009, p. 70), os direitos tidos como sociais, por apresentarem naturezas distintas, seriam de difícil conceituação, uma vez que alguns requerem apenas uma prestação negativa por parte do Estado, uma abstenção (como o direito de greve, previsto no artigo 9º do mesmo Título da Constituição que trata dos direitos sociais; é considerado como desmembramento dos direitos sociais relativos aos trabalhadores), enquanto outros exigem, obrigatoriamente, uma prestação positiva por parte do Estado – como é o caso do direito à saúde e à educação.

Contudo, o referido autor aponta algumas características em comum dos referidos direitos: Todos teriam uma *dimensão subjetiva*, que seriam as prestações estatais que permitiriam que o indivíduo partilhe dos benefícios da vida em sociedade; teriam, também, a função de amenizar as desigualdades resultantes da total inércia estatal, considerando um

cenário de forças econômicas desproporcionais; e, por fim, os direitos sociais teriam *instrumentos assecuratórios* que permitiriam sua efetivação – como, por exemplo, as garantias previstas aos trabalhadores: organização em sindicatos, direito de greve, dissídio coletivo, entre outros.

Conclui o renomado autor:

> Fincados nestes pressupostos, podemos conceituar direitos sociais como o subsistema dos direitos fundamentais que, reconhecendo a existência de um segmento social economicamente vulnerável, busca, quer por meio da atribuição de direitos prestacionais, quer pela normatização e regulação das relações econômicas, ou ainda pela criação de instrumentos assecuratórios de tais direitos, atribuir a todos os benefícios da vida em sociedade.

Os direitos sociais, portanto, teriam a finalidade de garantir à sociedade o seu pleno desenvolvimento através de prestações positivas por parte do Estado. Através de tais prestações, seriam amenizadas as desigualdades sociais, na medida em que o Estado prestaria serviços àqueles que necessitam e de outra forma não conseguiriam – como os serviços de educação e saúde.

3 DOS DIREITOS SOCIAIS EM ESPÉCIE

Na previsão constitucional de direitos sociais, elenca-se um rol não exaustivo de direitos inerentes a todas as pessoas consideradas no convívio social; são direitos básicos que dependem de prestação estatal. A seguir, analisa-se cada um dos direitos sociais elencados no caput do artigo 6º da Constituição Federal.

3. 1 DIREITO À EDUCAÇÃO

Especificado nos artigos 205 a 214 da Magna Carta, a educação “direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Trata-se de direito fundamental social cuja prestação é dever não apenas ao Estado, mas também da família e da sociedade.

No plano infraconstitucional, a educação vem regulada pelo Plano Nacional da Educação – Lei n. 10.172 de 9 de janeiro de 2001, que estipula como dever dos entes federativos e dos municípios concorrentemente a normatização e gestão regional e local das diretrizes ali estabelecidas.

3. 2 DIREITO A SAÚDE

Também previsto no texto constitucional, dispostos nos artigos 196 a 200, tem seus objetivos definidos conforme o caput do artigo 196: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

LENZA (2014, p. 1186) destaca que existe, na doutrina brasileira sobre o tema, uma dupla vertente: a primeira, de aspecto negativo, que determina que o Estado deve se abster de cometer atos nocivo à saúde da coletividade ou dos indivíduos, e a segunda, de aspecto positivo, dispõe que o Estado deve fomentar a proteção a esse direito fundamental social.

No plano infraconstitucional, o direito à saúde é regulamentado pela Lei Orgânica da Saúde – Lei n. 8.080 de 19 de setembro de 1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", bem como pelas Portarias 2.203 de 1996 e 373 de 2002 do Ministério da Saúde.

3. 3 DIREITO À ALIMENTAÇÃO

O direito à alimentação foi incluído pela Proposta de Emenda à Constituição n. 47-B de 2003, objetivando "considerar a alimentação como direito humano fundamental e consolidar a segurança alimentar e nutricional como política de Estado".

A erradicação à fome já foi objetivo de políticas públicas de iniciativa do Governo Federal, instituída inicialmente com o Decreto n 1.366 de12 de janeiro de 1995, e posteriormente implementada por programas governamentais, como os programas Bolsa Família, Programa de Alimentação ao Trabalhador – PAT, entre outros.

Tal direito se encontra regulamentado pela Lei Orgânica da Segurança Alimentar e Nutricional – Lei n. 11.346 de 15 de setembro de 2006, que "cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências".

3. 4 DIREITO AO TRABALHO

Entre todos os direitos sociais fundamentais em análise, sem dúvida o direito ao trabalho é o que mais encontra amparo constitucional, estando previsto ainda no Título II – Dos Direitos Sociais, do artigo 7º ao artigo 11.

Conforme LENZA (2014, p. 1187):

> Trata-se, sem dúvida, de relevante instrumento para implementar e assegurar a todos uma existência digna, como estabelece o art. 170, caput. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, sobressai a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Aparece como fundamento da República (art. 1.0, IV), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa

Em observância à sua disposição constitucional a doutrina costuma diferenciar dois aspectos do direito fundamental social ao trabalho: o aspecto do direito individual ao trabalho – amplamente amparado pelos incisos e parágrafo único do artigo 7º, dispondo, entre outros, sobre a garantia de um salário mínimo e outras garantias salariais, a garantia de emprego, direito a férias, descanso semanal remunerado, jornada de trabalho, licença às gestantes e aos pais, aposentadoria, sem prejuízo do que se dispõe em legislação infraconstitucional - e o aspecto coletivo do direito ao trabalho, disposto nos artigos 8º ao 11º, que concernem à liberdade de associação sindical ou profissional sem a intervenção estatal, ao direito de greve, à participação de trabalhadores e empregadores em colegiados de órgãos públicos quando tiverem seus interesses profissionais ou previdenciários em pauta e sobre sua representatividade dentro das empresas.

Os direitos dos trabalhadores vêm disciplinados infraconstitucionalmente na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, bem como podem ser firmados Acordos ou Convenções Coletivas de Trabalho para estabelecer normas a serem observadas pelos trabalhadores, empregadores e sindicatos, e objetos de Sentenças Normativas (decisões proferidas por tribunais superiores do trabalho quando do julgamento de um dissídio coletivo).

Importante destacar que o direito ao trabalho é o único, dentre os elencados no artigo 6º, que é matéria de Justiça especializada.

3. 5 DIREITO A MORADIA

O direito à moradia, instituído no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, assinada pelo Brasil na mesma data (artigo 17: "Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade"), introduzida pela Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, *caput* (que dispõe sobre o direito à propriedade), e 6º, além de outros dispositivos no mesmo texto constitucional (art. 23, inciso IX, que dispõe sobre a promoção de programas de construção de moradias e de melhoras habitacionais, bem como artigo 182 e seguintes, que dispõe sobre a política urbana).

Trata-se de direito fundamental social concernente não apenas à ideia de propriedade, que é amplamente amparada pelo Direito Civil (artigos 1.228 e seguintes do Código Civil) como também se refere ao direito de moradia em condições dignas de habitação.

Tal direito tem sido objeto de diversos programas governamentais, como o programa "Minha casa, minha vida", cooperação dos Estados e Municípios com a União para reduzir o déficit habitacional entre famílias de baixa renda[1].

No âmbito legal ordinário, o direito à moradia vem regulamentado pelo Estatuto da Cidade – Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001, pelo Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social – Lei n. 11.124 de 16 de junho de 2005, sem prejuízo das regulamentações pelos entes federados (nesse sentido, vide a Lei Complementar nº 119 de 31 de maio de 2007 – Paraná, que implanta o Sistema Estadual de Habitação de Interesse Social).

3. 6 DIREITO AO TRANSPORTE

Incluído recentemente no artigo 6º por intermédio do Projeto de Emenda à Constituição n. 90 de 2015, o direito ao transporte visa facilitar o acesso ao transporte a pessoas

[1] Informações obtidas no site da Caixa Econômica Federal. Disponível em: < http://www.caixa.gov.br/voce/habitacao/minha-casa-minha-vida/Paginas/default.aspx>, acesso em 27 de março de 2016.

que residem longe dos centros urbanos, bem como democratizar as tarifas de transporte público. Ainda não encontra regulamentação legal.

3. 7 DIREITO AO LAZER

Previsto constitucionalmente nos artigos 6º, 7º, inciso IV, 217, §3º e 227, caput, o direito ao lazer pode ser entendido como o direito à recreação em suas várias formas, seja por intermédio da cultura, do esporte, da educação ou de qualquer outra forma de entretenimento. Deriva do princípio da dignidade da pessoa humana, de onde depreende-se que para o seu pleno desenvolvimento é necessária a recreação e expressão.

Não encontra previsão infra legal específica, muito embora existam diversos programas de incentivo à cultura e à cidadania relacionados ao Ministério da Cultura.

3. 8 DIREITO À SEGURANÇA

O direito à segurança está relacionado não apenas à segurança individual de que trata o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, como também no seu aspecto coletivo, de segurança pública, consoante o artigo 6º. Assim, é disciplinada no próprio texto constitucional pelo artigo 144 e seguintes, que tratam da Segurança Pública.

Assim, o direito à segurança é garantido pela observância das prerrogativas essenciais ao ser humano enquanto indivíduo (direito à vida, honra, violação à tortura e tratamento degradante ou cruel), bem como, em âmbito institucional e coletivo, é assegurada pelas entidades de Segurança Pública vinculadas ao Ministério da Justiça em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

3. 9 DIREITO À PREVIDÊNCIA SOCIAL

A previdência social, como bem define a Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, em seu artigo 1º, “tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”.

Consiste a previdência social em um seguro público cuja gestão compete ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS, que tem como finalidade prover os recursos ao trabalhador ou seus dependentes em caso de necessidade superveniente, se cumpridos determinados requisitos previstos em lei.

A Previdência Social é regulamentada no texto constitucional nos artigos 201 e 202, além de ser regulamentada, no plano legal, pela já mencionada Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social.

3. 10 PROTEÇÃO À MATERNIDADE E À INFÂNCIA

Intrinsecamente relacionada com a garantia à previdência social, a proteção à maternidade e à infância encontram respaldo na proteção à família como célula básica da sociedade.

A proteção à infância se encontra instituída no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei n. 8.069 de 13 de julho de 1990, onde se assegura, também, os direitos inerentes à maternidade desde a gravidez (artigo 8º).

3. 11 ASSISTÊNCIA AOS DESAMPARADOS

A assistência aos desamparados consiste na previsão constitucional da assistência social, regulamentada no mesmo texto constitucional nos artigos 203 e 204. Como bem elucida a redação do artigo 203, a "assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social".

É provida com os recursos da Seguridade Social – portanto, de responsabilidade do Instituto Nacional de Seguridade Social, o mesmo que cuida da Previdência.

Se encontra regulamentada pela Lei n. 8.742 de 7 de dezembro de 1993.

4 DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Compreendendo os direitos sociais não apenas como direitos concernentes à coletividade ou ao grupo, mas também à pessoa humana entendida como ser social, depreende-

se que os direitos sociais são também direitos fundamentais, e, portanto, devem receber o tratamento previsto no artigo 5º em seu § 1º, também da Constituição, que dispõe que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

Ocorre que, consoante o que se estudou nos tópicos anteriores, verifica-se que, sem norma que o regulamente ou sem previsão de política pública instituída pelo Poder Executivo, o direito fundamental social por si só não gera efeitos – à exemplo do que ocorre com o recém implantado direito ao transporte. Se não há disposição legal sobre a democratização do acesso ao transporte, e tampouco programa governamental com essa finalidade, pode-se dizer que é um direito social sem efeitos.

Veja-se que justamente ao se conceituar os direitos sociais como "direitos fundamentais de segunda dimensão", usualmente associa-se a ideia de prestação social positiva, ou seja, aqueles direitos que, além de ter uma previsão na Magna Carta prescindem de atuação estatal para sua concretização – seja por intermédio de Lei ou outra forma de atuação positiva por parte do Poder Público.

Assim, não haveria como se falar que os direitos sociais possuem aplicabilidade imediata se necessitam de implementação legal ou de outros meios. Contudo, segundo KELBERT (2011, p. 46):

> [...] A localização desses direitos no texto constitucional já seria suficiente para que lhes fosse atribuído o caráter de diretamente aplicáveis, especialmente porque o dispositivo se utiliza da expressão "direitos e garantias fundamentais". Por isso, Sarlet sustenta que "mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de aplicação da norma a qualquer das categorias específicas de direitos fundamentais consagradas em nossa Constituição". [...] Em que pesem as dificuldades fáticas à plena realização dos direitos sociais, excluí-los da abrangência da norma do § 1º do art. 5º equivaleria a retirar-lhes a fundamentalidade, pois a nota distintiva dos direitos fundamentais é justamente a possibilidade de serem exigidos judicialmente por força das Constituição, que atribuiu a aplicabilidade imediata a todos os direitos fundamentais [...]

Segundo a citada autora, a simples localização dos direitos sociais na Constituição já seria suficiente para atribuir-lhes o caráter de imediatamente aplicáveis, ainda que necessitem de normas para assegurá-los, para que uma interpretação mais restritiva não possa retirar-lhes a fundamentalidade.

Sem prejuízo das técnicas de interpretação constitucional que visam máxima eficácia das normas constitucionais por si mesmas, a doutrina cita, ainda, que devem ser considerados os princípios da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da vedação ao retrocesso.

O princípio da máxima efetividade determina que quando da interpretação constitucional, deve-se sempre buscar aquela que aufira o máximo possível de efetividade aos

direitos considerados fundamentais, uma vez que estes são o cerne da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico. Segundo MASSON (2015, p. 66):

> O princípio da máxima efetividade (ou da eficiência) apresenta-se, pois, como um apelo, para que seja realizada a interpretação dos direitos e garantias fundamentais de modo a alcançar a maior efetividade possível, de maneira a otimizar a norma e dela extrair rodo o seu potencial protetivo.

E o princípio da vedação ao retrocesso determina que, uma vez prevista uma garantia ou direito fundamental e reconhecida, ainda que não devidamente regulamentada, é proibida a sua supressão pelas autoridades, sob pena de se ferir o ordenamento jurídico como um todo. Nesse sentido, a já citada autora:

> Enquanto derivação da doutrina francesa do "effetcliquet", apresenta-se, como importante tópico no estudo dos direitos sociais, a teoria da proibição ou vedação do retrocesso. Não expressa, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional, a teoria foi acolhida pelo constitucionalismo pátrio como princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, sem que haja a criação de algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.

A doutrina fala, ainda, no “mínimo existencial”, que, segundo SARLET (2004, p. 389), seria:

> O conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida digna, saudável, e que este tem sido identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, que estaria blindado contra qualquer intervenção do Estado e da sociedade.

O mínimo existencial seria, portanto, um conjunto de prestações mínimas por parte do Estado, sem as quais não seria possível se atender as necessidades vitais do ser humano enquanto indivíduo e enquanto ser social. É o que preleciona NUNES JUNIOR (2009, p. 70):

> Pensando-se no ser humano como único ser dotado de um valor absoluto, não relativo, a teoria do mínimo vital impõe a preservação material do ser humano, assegurando-lhe condições mínimas para a preservação da vida e para a integração da sociedade, como uma questão prejudicial às políticas públicas a serem desenvolvidas pela governança estatal.

Tais princípios não encontram previsão expressa na Constituição, devendo, assim, levar em conta a interpretação da Constituição como um todo, com especial atenção à fundamentalidade que seu texto dedica aos direitos e garantias fundamentais.

A doutrina questiona, ainda, se os direitos sociais podem ser passíveis de supressão por meio de Projeto de Emenda Constitucional. Segundo MENDES (2009, p. 258):

> [...]argúi-se que os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No Título I da Constituição (Dos Princípios Fundamentais) fala-se na dignidade da pessoa humana como fundamento da República e essa dignidade deve ser

> compreendida no contexto também das outras normas do mesmo Título em que se fala no valor social do trabalho, em sociedade justa e solidária, em erradicação da pobreza e marginalização e em redução de desigualdades sociais. Tudo isso indica que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado acolhida pela Lei Maior. Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4° do art. 60, o constituinte terá dito menos do que queria, terá havido uma "lacuna de formulação", devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. A objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras não impede que se considere que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos.

O renomado autor esclarece, pois, que às normas definidoras dos direitos sociais na Constituição deve-se tratamento de cláusula pétrea, uma vez que, por serem estritamente relacionados com o princípio da dignidade da pessoa humana, são, sim, considerados direitos fundamentais, dignos, portanto, da proteção prevista no artigo 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal, que define que sequer podem ser objeto de deliberação de Projeto de Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais.

Por fim, no combate a omissões por parte do Poder Público quanto à efetivação dos direitos sociais, deve-se destacar a possibilidade de se invocar o Poder Judiciário mediante instrumentos processuais constitucionais – o Mandado de Injunção, que consiste num “processo que pede a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fizeram (...) feito para garantir o direito de alguém prejudicado pela omissão”, previsto no artigo 5º, inciso LXXI e no artigo 102, inciso I, alínea "q", ambos da Constituição, e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, que é “a ação cabível para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo”, prevista na Lei n. 12.036 de 27 de outubro de 2009[1].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em tudo o que fora estudado até então, pode-se concluir que os direitos sociais ainda estão no caminho de sua efetivação. Por mais que haja disposições legais ou mesmo constitucionais assegurando sua aplicabilidade, ainda há que se levar em consideração

[1] Informações retiradas do Glossário Jurídico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/glossario/, acesso em 27 de março de 2016.

eventuais omissões legislativas ou mesmo advindas do Poder Executivo quando da busca de sua efetividade.

Assim, conclui-se que os direitos sociais, aqui compreendidos como direitos fundamentais, são direitos essenciais ao resguardo da pessoa humana compreendida como princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser, portanto, objeto de supressão (vedação ao retrocesso) ou de omissão, uma vez garantidos.

REFERÊNCIAS

MASSON, Natalia. *Manual de Direito Constitucional.* Editora Juspodivm. Bahia, 2015.

RAMOS, Shirlei Aparecida de Carvalho. *Direitos fundamentais: (im)possibilidade do avanço nas cláusulas pétreas.* Trabalho de Conclusão de Curso pelaUNIVEM – Universidade Eurípedes de Marília. São Paulo, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado.* Editora Saraiva, 18 edição, revisada e atualizada. São Paulo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais.* Editora Livraria do Advogado, 4 edição. Porto Alegre, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 4 edição. São Paulo, 2009.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. Editora Verbatim. São Paulo, 2009.

RESCISÃO INDIRETA PELO EMPREGADO: BREVES CONSIDERAÇÕES

URNAU, Patricia de Souza[1]
TEXEIRA, Danielli[2]
BUCHMAN, Carina Jung[3]

RESUMO

O objetivo deste trabalho foi analisar todas as hipóteses existentes na lei que configuram as faltas graves praticadas pelo empregador, faltas essas elencadas no art. 483, alíneas “a” a “g”, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), focando principalmente no bem-estar dos empregados, dando ênfase ao seu direito de cessar o vínculo empregatício caso a relação de emprego venha a se tornar insuportável. Além de analisar as hipóteses de falta grave, o respectivo trabalho abordou o procedimento a ser seguido pelo empregado que queira ingressar com o pleito da rescisão indireta seja em juízo ou diretamente com o empregador.

Palavras-chave: Rescisão indireta do contrato de trabalho, faltas graves praticadas pelo empregador.

INDIRECT TERMINATION BY EMPLOYEE: BRIEF OBSERVATIONS

ABSTRACT

The purpose of this study was to analyze systematically all existing cases in the law that set up the serious faults committed by the employer, faults those listed in Article 483, alíenas "a" to "g" of the Consolidation of Labor Laws (CLT), focusing especially in the welfare of employees, emphasizing its right to terminate the employment if the employment relationship will become unbearable.In addition to analyzing the chances of serious misconduct, their work dealt with the procedure to be followed by the employee who wants to join with the election of indirect termination, either in court or directly with the employer.

Keywords: The indirect rescission of employment, serious faults committed by the employer.

[1] Acadêmica Patricia de Souza Urnau, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Danielli Texeira, do curso de Direito – UDC.
[3] Acadêmica Carina Jung Buchman, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o cabimento da rescisão indireta do contrato de trabalho diante das faltas graves praticadas pelo empregador, faltas essas elencadas no art. 483, alíneas “a” a “g”, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Dando especial atenção ao direito que o empregado possui de cessar o vínculo empregatício quando sentir-se lesado, e o serviço acabar por tornar-se insuportável.

A rescisão indireta do contrato de trabalho é a saída oferecida pela lei para proteger e impedir que o empregado acabe tornando-se vítima do empregador. Poie em muitos casos o empregador tem a intenção de demitir o empregado, e passa a descumprir as obrigações contratuais e a cometer abusos de forma deliberada com o intuito que o empregado se demita, eximindo-se assim do pagamento das eventuais verbas rescisórias.

Além disso, protege o empregado de faltas graves que ocorrem durante o dia a dia no âmbito empresarial, nestes casos o empregador não deseja a demissão do empregado, apenas extrapola seu poder de direção causando assim danos ao empregado que acabam por torna o vínculo empregatício insuportável.

Para o desenvolvimento do tema será abordado de forma sucinta as condutas faltosas praticadas pelo empregador, sem adentrar nos atos propriamente ditos, que acarretam na rescisão indireta.

Ao final será estudado o devido procedimento a ser adotado pelo empregado que queira pleitear a rescisão indireta, bem como a necessidade de pronunciamento judicial ou não, ainda tratará sobre a permanência do empegado no trabalho durante o pleito da rescisão indireta, o ônus da prova e as verbas rescisórias que o empregado tem direito a receber.

Não foram encontrados obstáculos para o desenvolvimento do tema, pois tanto a lei como a doutrina aborda o assunto de forma ampla. A dificuldade surgiu apenas quando se adentrou na esfera intima do empregado vítima de falta grave, pois este assunto foge dos contornos jurídicos.

Referente à metodologia adotada, o trabalho baseou-se na legislação brasileira, bem como em análises doutrinárias para respaldar os temas e raciocínio abordados.

2 CONCEITO DE RESCISÃO INDIRETA

O empregador poderá cessar o contato de trabalho e receber as verbas rescisórias quando o empregador cometer uma falta grave, conforme consta no artigo 483 da CLT.[1]

Essa modalidade de cessação do contrato de trabalho é denominada dispensa indireta, despedida indireta ou rescisão indireta do contrato de trabalho. Todas essas denominações estão corretas, ocorre que cada autor emprega a que melhor prover seu entendimento.

Nesta linha Gustavo Felipe Barbosa Garcia ensina: "[...] A dispensa indireta pode ser conceituada como a modalidade de terminação do contrato de trabalho, por deliberação do empregado, mas decorrente de justa causa praticada apelo empregador".[2]

O empregador pode cometer uma falta grave de forma deliberada com a intenção que o empregado se demita. O empregado muitas vezes sem o devido conhecimento legal acaba por se demitir e perdendo assim as verbas rescisórias.

Américo Plá Rodriguez traz os ensinamentos de Hector Hugo Barbagelata, fazendo distinção entre dispensa dissimulada e dispensa tácita: "[...] Dispensa dissimulada: aquela em que o empregador tem a intenção de desligar-se do trabalhador e busca um modo de que este abandone o trabalho ou renuncie a ele. Dispensa tácita: aquela que se verifica a margem das intenções do empregador".[3]

Essa forma de cessar o contrato de trabalho é a única oferecida por lei para empregados que sofrem violação em seu contato de trabalho, sejam essa violação intencional ou não.

3 HIPÓTESES DE JUSTA CAUSA DO EMPREGADOR

3.1 EXIGÊNCIA DE SERVIÇOS SUPERIORES ÀS FOÇAS DO EMPREGADO

Esta hipótese ocorre quando o empregador impõe ao funcionário realizar tarefas que estão acima de suas forças e energia físicas, intelectuais e psíquicas. De modo a causarem prejuízo à saúde e bem-estar.

[1] TRABALHO, Consolidação das leis do artigo 483.
[2] GARCIA. Gustavo Felipe Barbosa, **Curso de Direito do Trabalho**, 4. ed., Rio de Janeiro: Florense, 2010. p. 641.
[3] PLÁ RODRIGUES, Américo, **Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho.** Tradução de Joao da Silva Passos. São Paulo: LTR, 1982. p. 225.

O limite máximo de força física exigida para os homens encontra respaldo e limites em alguns dispositivos na CLT. Como é o caso do artigo 198, com a seguinte previsão:

> Artigo 198. É de 60 kg o peso máximo que um empregado pode remover individualmente, ressalvadas as disposições especiais relativas ao trabalho do menor e da mulher.
> Parágrafo único - Não está compreendida na proibição deste artigo a remoção de material feita por impulsão ou tração de vagonetes sobre trilhos, carros de mão ou quaisquer outros aparelhos mecânicos, podendo o Ministério do Trabalho, em tais casos, fixar limites diversos, que evitem sejam exigidos do empregado serviços superiores às suas forças.[1]

Em relação ao limite intelectual não se deve exigir do empregado tarefas e atividades que estão além de suas aptidões mentais. Ocorre que é muito difícil quantificar e fazer essa avaliação. O empregador deve observar e conhecer seus empregados delimitando suas tarefas. Outro fator relevante e considerado serviços superiores às forças intelectuais, é aquele no qual o empregado fica obrigado a realizar, por longos períodos, atividades que demande dedicação e desenvolvimento intelectual.

Segundo ensina Alice Monteiro de Barros: "[...] O objetivo do legislador foi limitar o poder de comando empresarial e coibir abusos capazes de acarretar danos ao empregado, como, por exemplo, exigências desproporcionais a condição humana".[2]

3.2 EXIGÊNCIA DE SERVIÇOS DEFESOS POR LEI

Serviços defesos por lei são aqueles vedados, ou seja, proibidos por lei, que estão em desacordo com as normas trabalhistas, mas o objeto é licito, ou seja, o trabalho é licito, mas na circunstância especifica é vedado por lei. Não pode o empregador impor ao empregado executar esse tipo de serviço.

Também não se pode exigir que o empregado desempenhe atividades que causem injusta lesão a terceiro. "[...] Neste sentido Saad entende constituir justa causa do empregador exigir que o empregado ludibrie o cliente fornecendo-lhe material de qualidade inferior àquela efetivamente adquirida e paga".[3]

[1] TRABALHO, Consolidação das leis do, artigo 198.
[2] BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**, 2. ed. São Paulo: LTr. 2006, p. 871.
[3] SAAD, Eduardo Gabriel, **Consolidação das Leis do Trabalho**,30 ed. São Paulo: LTr, 2000, p.360.

3.3 EXIGÊNCIA DE SERVIÇOS CONTRÁRIOS AOS BONS COSTUMES

Está falta ocorre quando o empregador exige que o empregado faça serviços contrários a moral e os bons costumes de acordo com as regras sociais. "[...] A esse respeito Barros dá o exemplo: exigir que a empregada se prostitua".[1]

Algumas vezes é difícil precisar quais os limites e regras, pois as pessoas vêm de famílias diferentes culturas e educação diversificada. "[...] Mesmo assim deve-se adotar o padrão médio de comportamento, respeitado pela sociedade e visto como aceito pela comunidade, ainda que em sua maioria".[2]

3.4 EXIGÊNCIA DE SERVIÇOS ALHEIOS AO CONTRATO

Um parâmetro que o empregador deve seguir para não ultrapassar os deveres e obrigações de seu funcionário é o próprio contrato de trabalho. Nele consta a função contratada, que deve ser respeitada. Não podendo o empregador exigir serviços alheios ao contrato ou altera-lo ilicitamente. Para essa falta ser reconhecida deve estar configurada a má fé do empregador, que apenas mudou o contrato com o intuito de perseguir e humilhar o empregado.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia explica:

> Trata-se do caso em que o empregado recebe ordens de desempenhar atividades para as quais não foi contratado, ou seja, divorciadas da das funções a serem desempenhadas (o que deve ser interpretado com razoabilidade), como exigir da secretária que realize serviço de limpeza, ou ordenar ao professor que exerça função de porteiro.[3]

Quando isto ocorrer o empregado pode se opor, e rescindir o contrato, recebendo os seus direitos. Caso seja trabalho degradante poderá ser ajuizada ação por danos morais.

Nem todas as alterações contratuais são ilícitas. Nos casos em que ambas as partes concordam o contrato pode ser mudado, ou seja, ele não é imutável. Caso a empresa necessite que o funcionário exerça outra função pode acordar com o mesmo, desde que sem prejuízos ao

[1] BARROS, Alice Monteiro, Op. Cit. p. 872.
[2] GARCIA. Gustavo Felipe Barbosa, Op. Cit. p. 644.
[3] GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa, Op. Cit. p. 644.

empregado. Em certas situações a alteração de funções é inevitável, exemplo: plano de cargo ou salário.

3.5 RIGOR EXCESSIVO

O polo ativo deste tipo legal pode ser o empregador ou superior hierárquico, que deixa de aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade em suas ações de comando. "[...] Enquadra-se no presente tipo jurídico o comportamento diretivo, fiscalizatório ou disciplinar do empregador que traduza exercício irregular de tais prerrogativas, exacerbando as manifestações de poder sobre certo empregado".[1]

O empregador passa de forma reiterada a aplicar punições desproporcionais e a tratar o empregado de forma diferenciada dos demais, se tornando intolerante e discriminatório. Segundo ensina Andrade: "[...] Não é qualquer excesso de tratamento dispensado que caracteriza a justa causa. É preciso que se trate de velada predisposição, que o empregado seja tratado de forma descriminada, com severidade, com rigidez".[2]

3.6 PERIGO MANIFESTO DE MAL CONSIDERÁVEL

A expressão mencionada no tipo legal se aplica ao empregado que é exposto a situações de perigo evidentes e que pode sofre um mal relevante, não previsto no contrato de trabalho, ou seja, o empregador deve zelar pela integridade e saúde de seus empregados tanto física como psicológica.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia cita os seguintes exemplos:

> O empregador que determina a execução de trabalho insalubre, mas não entrega os necessários equipamentos de proteção individual; o serviço a ser executado envolve perigo à integridade do trabalhador e mesmo a vida, por ser trabalho em alturas ou obras em construção, mas não se disponibilizam ao empregado os instrumentos de proteção adequados (como cinto de segurança ou o capacete).[3]

O perigo deve ser manifesto, ou seja, deve estar acontecendo, ser evidente ou estar prestes a acontecer. Não pode ser algo presumível ou hipotético.

[1] DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 6ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 1219.
[2] ANDRADE, Evaldo Gaspar Lopes de, **Curso de direito do trabalho**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.271.
[3] GARCIA. Gustavo Felipe Barbosa. Op. Cit., p. 645.

3.7 NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATO

O contrato de trabalho, ou seja, vínculo empregatício existente entre empregado e empregador, poderá ser o acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado. Quando não existir contrato ou acordo, presume-se sua existência em conformidade com os preceitos jurídicos. Conforme disposições nos artigos 442 e seguintes da CLT[1].

Nos contratos individuais é licita alterações de cláusulas, desde que as partes estejam de acordo, e que essas mudanças não causem prejuízos ao empregado, ainda que indiretamente, sob pena de nulidade.

O descumprimento contratual deve ser algo grave e relevante, não pode ser qualquer alteração, apenas aquelas que tornem o vínculo empregatício insuportável para o empregado, o respectivo dispositivo não tem o objetivo atingir toda e qualquer falta do empregador. Até porque em dados momentos a alteração contratual se faz necessária para que a empresa consiga atingir suas metas de crescimento.

3.8 PRÁTICA DE ATOS LESIVOS CONTRA A HONRA E BOA FAMA DO EMPREGADO E SEUS FAMILIARES

A honra e a boa fama da qual tratam este dispositivo está ligado a calúnia, injúria e difamação praticados pelo empregador ou superior hierárquico contra o empregado e seus familiares.

A calúnia é um tipo penal elencado no art. 138 do Código Penal se configura quando ocorre a imputação a alguém de fato definido como crime. A injúria é um tipo penal elencado no art. 140 do Código Penal, se configura quando ocorre ofensa contra a dignidade e o decoro. A difamação é o tipo penal encontrado no art. 139 do Código Penal, e se configura quando é a imputado a alguém fato ofensivo à sua reputação.[2]

Apesar das hipóteses estarem elencadas no Código Penal, não se faz necessário ajuizar uma ação no âmbito penal para a configuração da falta grave no âmbito trabalhista. Ficando a critério do empregado ajuizar ação penal, se assim desejar.

[1] TRABALHO, Consolidação das leis do, artigo 442 e seguintes.
[2] BRASILEIRO, Código Penal, artigos 138, 139 e 140.

Os atos lesivos em relação a honra e boa fama estão ligados ao direto de personalidade: moral e a imagem. Não devendo o empregador usar do seu poder de direção para agredir seus funcionários com palavras que atinjam sua reputação, dignidade e decoro ou ainda atos lesivos que atinjam o empregado diante da sociedade.

Este dispositivo engloba ainda, atos lesivos que atinjam a personalidade de algum familiar do empregado, pois o empregador pode tentar lesar o empregado através de alguém próximo, ou seja, indiretamente. Por este motivo o legislador se preocupou em agregar atos lesivos contra honra e boa fama dos familiares.

Assim ensina Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

> Cabe destacar que ato lesivo (da honra e boa fama) pode ser não só contra o empregado, mas também contra pessoas de sua família. Esta última expressão possui amplitude um pouco indeterminada. De todo modo, certamente que fazem parte da família do empregado o cônjuge, os pais, os filhos e eventuais irmãos; outros familiares, mais distantes, podem ser objeto de incidência da disposição legal, conforme o caso e suas circunstâncias, demonstrando-se que a lesão é apta a atingir, de modo reflexo, o próprio empegado, tendo em vista a proximidade e intimidade com o referido familiar.[1]

Não existe nesta hipótese de falta grave o direito de retratação, como ensina Wilson de Souza Campos Batalha: "[...] a retratação pode inocentar os crimes contra a honra e os crimes de imprensa, mas é irrelevante no que diz respeito às relações entre empregado e empregador".[2]

3.9 AGRESSÃO FÍSICA POR PARTE DO EMPREGADOR OU SEUS PREPOSTOS

Assim como na hipótese anterior a falta grave se configura por agressões físicas praticadas pelo empregador ou superior hierárquico contra o empregado. A lesão deve atingir a integridade física do empregado e apenas deste, os familiares não estão incluídos.

A ofensa física pode ocorrer tanto dentro como fora do ambiente de trabalho. Nesse mesmo sentido, Aluysio Sampaio ensina: "[...] O empregado que for agredido por empregador ou superior hierárquico pode considerar-se despedido indiretamente e pleitear as indenizações legais. Não importa, para tanto, o lugar da agressão, se ocorrido em serviço ou fora dele".[3]

[1] GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa, Op. Cit. p. 647.
[2] BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha de. **Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual e coletiva: a rescisão em face da CF/88**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 139.
[3] SAMPAIO, Aluysio; LIMA, Paulo Jorge de. **Dicionário jurídico trabalhista: direito material e direito processual do trabalho**. Prefácio de Antônio Lamarca. São Paulo: Fulgor, 1962. p. 257.

3.10 REDUÇÃO DE TRABALHO POR PEÇA OU TAREFA DE FORMA A AFETAR O SALARIO

Nesta hipótese ocorrerá a falta grave quando o empregador reduzir o trabalho de seu empregado, por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente o salário recebido regularmente.

Serão atingidos por esta falta apenas os empregados que trabalham e recebem seus salários por peça ou tarefa realizada. Neste sentido Gustavo Felipe Barbosa Garcia define trabalho por peça e trabalho por tarefa:

> O trabalho por peça é aquele em que o salário é pago por unidade de obra, recebendo o empregado de acordo com a quantidade produzida.
> O trabalho por tarefa refere-se àquele em que o salário é estabelecido de forma mista, ou seja, o empregado recebe conforme serviço estipulado, a ser realizado em certo período de tempo.[1]

A falta grave será configurada quando o empregador deixar de fornecer ao empregado materiais necessários para a realização das tarefas ou reduzir as encomendas, afetando intencionalmente o salário de seu empregado, ou seja, reduzindo-o, pois, o salário varia conforme a produção.

4 DEVIDO PROCEDIMENTO NA RESCISÃO INDIRETA

4.1 NECESSIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL

A cessação do contrato trabalhista detém algumas peculiaridades que diferem dos demais contratos bilaterais. Em caso de faltas cometidas pelo empregado o empregador possui poder de fiscalização e disciplina, assim consegue que o empregado cumpra o contrato e em caso de infração receba a pena compatível e proporcional.

Ao requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho o empregado deve dar ciência ao empregador e fundamentar que o contrato está sendo cessado pelo cometimento de uma falta grave. Não restando dúvidas de que o contrato está sendo extinto por um ato culposo do empregador, diferente do pedido de demissão.

Ocorre que na prática essa ciência não tem eficácia pois dificilmente o empregador admite que cometeu uma falta de natureza grave, ensejando assim no pagamento das verbas

[1] GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa, Op. Cit. p. 648.

rescisórias, pois essa conduta não é viável financeiramente. Desta forma não resta alternativa ao empregado, se não, a de ingressar com o pleito da rescisão indireta judicialmente.

Como ensina Mauricio Godinho Delgado:

> Por todos esses fatores, a rescisão indireta do contrato de trabalho tende a passar, quase que necessariamente, por um rito formal específico, o processo judicial trabalhista. No contexto desse processo, por meio de sentença prolatada, é que irá firmar-se a data da resolução culposa do contrato, com o consequente pagamento das verbas rescisórias que lhes são próprias.[1]

Existe uma discussão doutrinaria acerca da obrigatoriedade de reconhecimento em juízo da rescisão indireta do contrato de trabalho. Alguns doutrinadores entendem que a propositura é um simples instrumento característico, não sendo obrigatória a propositura da devida ação, basta que o empregador reconheça a falta grave e pague as verbas rescisórias.

Outros doutrinadores entendem que a propositura da ação é um requisito essencial, sendo assim, quando o empregado sofrer uma falta de natureza grave, deve propor a ação trabalhista, fundamentar e por fim cessar o contrato de trabalho.

O empregado não deve demorar em propor a ação ao sofrer a falta grave, tampouco ao se afastar do emprego. Pois corre o risco de perder a ação por falta do cumprimento do requisito da imetiatidade.

O fato é que não existe uma regra geral, os doutrinadores ensinam que a rescisão indireta “normalmente” deve ser objeto de reconhecimento jurídico, mais nenhuma fala de obrigatoriedade. Tampouco o artigo 483 a CLT impõe o ajuizamento de ação para o pleito da rescisão indireta.

4.1.1 Permanência do empregado no trabalho durante o pleito de rescisão indireta

Como já mencionado no tópico anterior, o empregado ao sofrer uma falta de natureza grave e optar pela rescisão indireta do contrato de trabalho, deve informar ao empregado e fundamentar com uma das hipóteses do artigo 483 da CLT.

Caso o empregador não admita a falta grave e se negue a pagar as verbas rescisórias, cabe ao empregado procurar o Poder Judiciaria para ver seu direito atendido.

Neste momento surge o questionamento doutrinário e jurisprudencial acerca da possibilidade de permanência do empregado no serviço até a decisão final do processo. Ora, se

[1] DELGADO, Mauricio Godinho. Op. Cit. p. 1224.

para a falta grave ser configurada como causa de rescisão indireta do contrato de trabalho é necessário que o vínculo se torne insuportável e não exista possibilidade de continuar com a prestação de serviço, exigir que o empregado continue no emprego até o pronunciamento judicial parece algo contraditório.

Esse é o entendimento da doutrina majoritária, como ensina Gustavo Filipe Barbosa Garcia:

> O entendimento francamente majoritário é no sentido de que a regra deve ser a extinção imediata do contrato de trabalho, ou seja, a cessação da prestação de serviços, não se podendo aguardar a decisão judicial a respeito, justamente por se tratar de justa causa patronal. Esta, como se sabe, deve ser grave, inviabilizando a continuidade do vínculo de emprego.[1]

É inadmissível que o empregado pleiteie a cessação do contrato de trabalho com base nas faltas graves elencadas no artigo 483 da CLT, e ainda assim continue no serviço, pois ao dar continuidade no vínculo empregatício, estaria admitindo que a falta não foi de natureza grave. Desta forma estaria desconfigurada a falta grave e não seria possível pleitear a rescisão indireta do contrato de trabalho.

Existem duas hipóteses elencadas no artigo 483, § 3º, que são consideradas "menos" graves que as demais: alínea d) descumprimento das obrigações contratuais; e alínea g) redução do trabalho por peça ou tarefa, afetando sensivelmente o salário. Essas hipóteses são consideradas menos graves do que as demais por não causarem ofensa física nem psicológica no empregado, e a princípio não ofenderem a honra e a intimidade.

Por serem consideradas menos graves acabou por se tornarem exceção à regra de não permanência no serviço. Nessas hipóteses fica facultado ao empregado permanecer no emprego ou não até a decisão final do processo.

Sendo assim nas demais hipóteses do artigo 483, cabe ao empregado após requerer a rescisão indireta do contrato de trabalho, cessar a prestação de serviço durante o procedimento judicial para que seja reconhecida a impossibilidade de continuar com a relação de emprego após o cometimento de uma falta de natureza grave.

[1] GARCIA, Filipe Barbosa. Op. Cit. p. 650.

4.1.2 Ônus da Prova

O empregado deve se atentar ao fato, de que não basta ingressar com a ação judicial para pleitear a rescisão indireta, se faz necessário provar as alegações, seja por testemunha, documentos ou qualquer outra prova que possuir.

Caso a falta grave não seja comprovada, seu pedido será indeferido, e o judiciário analisara qual a melhor solução a ser empregada de acordo com o caso concreto, pois como visto no tópico anterior nem sempre o fim vínculo empregatício e equiparado ao pedido de demissão.

Dessa forma o ônus da prova cabe ao autor da ação, ou seja, o empregado nos termo do artigo 818 da CLT[1]: A prova das alegações incumbe à parte que as fizer e do artigo 333, inciso I do Código de Processo civil[2]: O ônus da prova incumbe: ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

4.1.3 Verbas Rescisórias

Nos casos em que o judiciário acolhe a pretensão da rescisão indireta do contrato de trabalho, reconhecendo assim, que o empregado sofreu uma falta de natureza grave, esse faz jus a receber todas as verbas rescisórias: aviso prévio, 13º salário, férias, saque do FGTS, etc.

4.1.4 Consequências dos atos faltosos para o empregado

São inúmeros os atos e situações que o empregador pode praticar durante o vínculo empregatício, que acaba ensejando em uma das hipóteses do artigo 483 da CLT. Diante disso fica difícil mensurar o sentimento íntimo de cada trabalhador diante de uma falta grave cometida contra o mesmo.

Usando o “homem médio” como parâmetro podemos evidenciar, que esses atos lesivos, independentemente de situação especifica, acaba causando nos empregados: desajuste familiar, estresse, depressão, angústia, inúmeros outros danos psíquicos, além de insatisfação no trabalho, sentimento de falta de dignidade, respeito e confiança.

[1]TRABALHO, Consolidação das leis do artigo 818.
[2]BRASILEIRO, Código de Processo civil, artigo 333.

Pode-se verificar que os empregadores usam e abusam do seu poder de direção e acabam por esquecer que seus empregados são seres humanos e devem ser tratados como tal, inclusive o ordenamento jurídico brasileiro funda-se na dignidade da pessoa humana.

Para demonstrar a situação que muitos trabalhadores vivenciam em seu ambiente de trabalho vale transcrever o depoimento de Ronaldo Nunes Carvalho, 37 anos, ex-vendedor de uma cervejaria em Porto Alegre, reportagem dada à Revista Veja, em 13 de julho de 2005:

> Durante um ano e quatro meses vivi num inferno, como vendedor em uma companhia de bebidas. A ordem da gerência era ridicularizar quem não cumpria as metas. Nas reuniões que precediam as nossas saídas para a rua, cada vendedor relatava os resultados do dia anterior. Quando eu era um dos que não tinham alcançado a meta, me via obrigado a pagar prendas, como subir na mesa e fazer flexões. Ao mesmo tempo, meus colegas eram instigados pelos gerentes a passar as mãos em minhas nádegas. Às vezes, era obrigado a desfilar de saias ou passar por um corredor polonês formado pelos colegas, ouvindo palavrões e ofensas, como 'burro' e 'imprestável'. Em seguida, eu ia para o banheiro e chorava escondido. Um dia de trabalho, depois disso, era o maior sacrifício. Em casa, vivia estressado, brigava com minha mulher. Estava a ponto de explodir.[1]

De acordo com a autora Marie-France Hirigoyen o empregado que é vítima de abusos no trabalho, volta para casa, exausto, deprimido, humilhado. A pesquisadora ainda afirma que esse processo faz com que o empregado seja marcado por seus colegas de trabalho, que acabam atribuindo a sua personalidade, algo que é apenas um conflito com o empregador ou superior hierárquico. Assim o empregado perde seu potencial, acaba cometendo erros, se torna menos eficiente, tornando-se alvo de inúmeras críticas.[2]

Sobre o estado físico do empregado a autora afirma que o empregado acaba por somatizar essas situações, dando origem a inúmeras doenças, como: depressão, ansiedade, insônia, estresse. Esse estado do empregado acaba contribuindo para o aumento de acidentes no ambiente de trabalho.[3]

O trabalho deveria ser algo dignificante, e motivo de imensa felicidade para as pessoas, pois é a partir dele que o trabalhador consegue adquirir seus bens, sustentar sua família, realizar seus sonhos. Mas o contexto que vivemos atualmente é bem diferente, o emprego passou a ser um fardo, motivo de frustração e como visto acima, causador de doenças.

Medidas simples, como negociar as mudanças contratuais de forma que ambas as partes fiquem satisfeitas ou ao chamar a atenção de um empregado medir as palavras, fazem toda a diferença para um ambiente de trabalho agradável, suportável e justo.

---

[1] EDWARD, José. **Assédio moral: o lado sombrio do trabalho**. Veja, São Paulo, ed. 1913, n. 28, 13 jul. 2005. Entrevista concedida a Maria Cláudia Santos.
[2] HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kühner. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
[3] HIRIGOYEN, Marie-France. Op. Cit.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, analisou-se a situação do empregado que tem seu contrato de trabalho violado por um ato faltoso do empregador capaz de ensejar em uma das hipóteses elencadas no art. 483 da CLT, dando ênfase ao direito que o empregado possui de cessar o vínculo empregatício caso sinta-se lesado e a permanência no trabalho torne-se intolerável.

A rescisão indireta do contrato de trabalho é a única saída oferecida pela lei para empregados vítimas de faltas graves praticadas pelo empregador, não existindo uma solução intermediária para amparar os empregados que mesmo ao sofrer uma falta grave tenha interesse ou necessidade de permanecer no emprego.

Uma forma de evitar o cometimento de faltas graves e consequentemente cessação do contrato é o cuidado que as partes devem ter em relação ao poder diretivo do empregador versus a subordinação do empregado. Pois quando as partes se tratam com respeito, existe dialogo sobre eventuais mudanças necessárias o ambiente de trabalho torna-se um lugar agradável, ficando livre de conflitos que acarretam em faltas graves.

O tema é amplo e não foi possível exauri-lo, nem essa era a pretensão, mas sim de demonstrar a importância desse dispositivo legal na vida de um empregado que é vítima de falta grave. E levantar questionamentos sobre a falta de conhecimento por parte da classe trabalhadora, que desconhece essa opção de rescisão do contrato e muitas vezes aceitam essas faltas por medo de perder seus direitos ou em outros casos já exaustos fisicamente ou psicologicamente acabam rescindindo o contrato sem a exigência de seus direitos, apenas visando ficar livre dos maus-tratos do empregador ou superior hierárquico.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Evaldo Gaspar Lopes de. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**, 2 ed. São Paulo: LTr. 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos; RODRIGUES NETTO, Silvia Marina L. Batalha de. **Rescisão contratual trabalhista: despedida arbitrária individual e coletiva: a rescisão em face da CF/88**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1998. p. 139.

BRASILEIRO, Código Penal. **VadeMecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti**. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASILEIRO, Código de Processo civil. **VadeMecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti**. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 6 ed. São Paulo: LTr, 2007.

EDWARD, José. **Assédio moral: o lado sombrio do trabalho**. Veja, São Paulo, ed. 1913, n. 28, 13 jul. 2005. Entrevista concedida a Maria Cláudia Santos.

GARCIA. Gustavo Filipe Barbosa, **Curso de Direito do Trabalho**, 4. ed. , Rio de Janeiro: Florense, 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa do cotidiano**. Tradução de Maria Helena Kühner. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

PLÁ RODRIGUES, Américo, **Curso de direito do trabalho: contratos de trabalho. Tradução de Joao da Silva Passos**. São Paulo: LTR, 1982.

SAMPAIO, Aluysio; LIMA, Paulo Jorge de. **Dicionário jurídico trabalhista: direito material e direito processual do trabalho. Prefácio de Antônio Lamarca**. São Paulo: Fulgor, 1962.

TRABALHO, Consolidação das leis do. **VadeMecum/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a Colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti**. 13 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA UTILIZAÇÃO DENTRO DO PROCESSO PENAL

LIMA, Dineusa Maria do Amaral[1]
RORATO, Sissi Mara Terezinha[2]
SILVA, Kelly Cardoso da[3]

RESUMO

O presente artigo objetiva arguir sobre a utilização da interceptação telefônica no processo penal, uma vez que o cidadão brasileiro tem como um de seus direitos assegurados na Constituição de 88 o direito a sigilo de correspondência e comunicações constante no artigo 5º, que faz parte das Cláusulas Pétreas, garantindo assim aos cidadãos segurança em relação a sua intimidade e vida privada. Para que fique claro esta situação, transitar-se-á entre o conceito de interpretação telefônica, classificação e diferenciação de gravação telefônicas, escuta telefônica e como está prevista em lei sua utilização, uma vez que devem ser usadas como prova dentro do processo criminal. Outra questão tratada será quando esta prova será lícita ou ilícita diante do ordenamento jurídico, sendo assim serão abordadas as características da referida medida, seus prazos e entendimentos relativos a eles, de quem é a responsabilidade de seu deferimento ou indeferimento.

Palavras-chave: Lei, Sigilo, Autorização Judicial.

INTERCEPTION PHONE AND USE IN THE CRIMINAL PROCESS

ABSTRACT

This article aims to argue on the use of telephone interception in criminal proceedings, since the Brazilian citizen has as one of its rights guaranteed in the Constitution of 88 the right to secrecy of correspondence and constant communications in Article 5, which is part of the Clauses entrenchment, thus ensuring the safety citizens regarding their intimacy and privacy. To make it clear this situation up will move between the concept of telephone interpretation, classification and differentiation of telephone recording, wiretapping and as is provided by law use, since they must be used as evidence in the criminal case. Another issue will be treated when this evidence is lawful or unlawful on the legal system, so the characteristics of the measure will be addressed, their terms and understandings with respect to them, who is responsible for its approval or rejection.

Keywords: Law, Secrety, Judicial Authorization.

[1] Acadêmica Dineusa Maria do Amaral Lima, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Sissi Mara Terezinha Rorato, do curso de Direito – UDC.
[3] Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil encontra-se diante de um assunto que tem tomado grande repercussão não só meio jurídico, como também dentro de sua sociedade civil. Isto vem acontecendo devido ao fato de algumas operações deflagradas no país ligado a líder do poder executivo nacional atual e seu antecessor com as decisões jurídicas aplicadas por magistrados.

Este artigo tem como objetivo esclarecer a aplicabilidade da interceptação telefônica dentro do ordenamento jurídico, elencando doutrinas e entendimentos jurisprudenciais, inclusive junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A interceptação telefônica tem como base a Lei nº 9.296, de 1996, que a regulamenta, uma vez que segundo o entendimento do STF seria necessária uma lei que versasse sobre este ponto, para que não fosse usado o Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT). Desta feita, explicita-se neste trabalho as formas de como poderia ser usada esta medida como prova dentro de um processo, sem que ferisse nenhum dos princípios garantidos na Lei Maior (Constituição Federal/88), pois o processo penal tem como um de seus objetivos o reconhecimento da prova jurídica, ou seja, a existência de uma verdade jurídica, baseada em provas em consonância com a Constituição Federal.

2 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA UTILIZAÇÃO DENTRO DO PROCESSO PENAL

Os estudos serão iniciados pela Constituição Federal de 1988, que traz em seu preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Além do disposto acima, tem-se diversos direitos fundamentais dispostos no artigo 5º da Constituição Federal, dentre eles, pode-se citar:

> 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:(...)

> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Entende-se que todos são iguais perante a lei, assegurando seus direitos sociais e individuais, com fundamentos na harmonia social, com soluções pacificas de controvérsias, bem como pode-se extrair no artigo citado o direito a segurança, bem como a questão de inviolabilidade do sigilo de comunicações telefônicas. Todavia, no mesmo inciso tem-se a exceção que este último sigilo pode ser mitigado por ordem judicial, podendo a lei assim permitir tal medida para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O ordenamento jurídico pátrio conta ainda com a Lei nº 9.296, de 1996, que justamente regulamenta este inciso citado acima, onde traz em seu corpo, diretrizes claras, sobre o que será permitido ou não. Lembrando que da promulgação da Lei Maior de 88 até a promulgação desta lei (acima citada), não era possível a interceptação telefônica, pois era regido pela Carta Magna e pelo Código Brasileiro de telecomunicações (CBT). Esta lei foi proposta uma vez que o STF entendeu que o CTB (código Brasileiro de Telecomunicações) não regulamentava as interceptações, havendo a necessidade de lei que versasse sobre o assunto.

Imperioso observar as disposições desta lei, uma vez que ela que irá nos balizar dentro do que é lícito ou ilícito diante a questão apresentada, ou seja, a compreensão deste ato normativo dará o entendimento de como poderá ocorrer a interceptação telefônica.

Vale ressaltar que o indivíduo precisa ter segurança sobre que sua vida não está sendo vigiada sem uma ordem judicial, e que o direito a intimidade e vida privada estão sendo preservados.

2.1 CONCEITO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Mister aqui entender o que seria a interceptação telefônica. Segundo Norberto Avena[1], a interceptação telefônica lato sensu, deve ser entendida como um gênero e que possui subdivisões. Subdivisões estas de três espécies distintas: interceptação telefônica estrito sensu, escuta telefônica e gravação telefônica.

Interceptação telefônica, onde um terceiro viola a comunicação (conversa telefônica) entre duas ou mais pessoas, obtendo registro ou não destes diálogos acontecidos, sem que

[1] AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. 7.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 488 a 524.

nenhumas das partes tenha conhecimento do ocorrido, ou seja, que os interlocutores não tenham conhecimento do agente violador.

Escuta telefônica, entende-se que, um terceiro (agente violador), viole a conversa telefônica de duas ou mais pessoas, mas neste caso com a ciência de um ou mais dos participantes e que as conversas estão sendo captadas por este agente violador.

Gravação telefônica, neste caso, a gravação acontece por uma das pessoas que estão presentes na ligação telefônica, grava a conversa que tem com a outra pessoa. Desta forma entende-se que não há uma violação da conversa telefônica propriamente dita, devido ao fato de ter sido realizada por uma das partes envolvidas no ato.

Entende-se que para haja uma violação do sigilo da conversa de no mínimo duas pessoas, há necessidade, via de regra, de ordem judicial. E quando há o respeito do disposto na lei e na Constituição Federal tal medida constitui meio lícito de prova.

2.2 REQUISITOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

As interceptações telefônicas seguindo a Lei 9.296/96, que incide sobre qualquer forma de comunicação, e dos entendimentos dos tribunais superiores, precisa respeitar determinados requisitos para sua autorização.

Primeiramente, conforme já exaustivamente explanado, o pedido de interceptação telefônica deve ser deferido pelo juiz, conforme artigo 1º da Lei de Interceptação:

> Art. 1º A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Cabe ao juiz responsável pela condução do processo, mesmo que este processo em seu decurso venha a passar para a responsabilidade de outro juiz não importando sua hierarquia diante ao quadro jurídico. Importante salientar aqui que apenas o juiz ou tribunal podem determinar a interceptação telefônica, mais ninguém, nem mesmo o Ministério Público.

Ainda existem outros requisitos que precisam ser analisados para a aprovação da interceptação telefônica.

> Art. 2o Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:
> I – Não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
> II – A prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

> III – O fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.
> Parágrafo único. Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Entende-se que será permitido tudo ao contrário do artigo, ou seja,

A) Só podem ter fins criminais;
B) Só poderá ser autorizada, quando não houver outro meio de produzir a prova;
C) Necessidade de indícios de autoria ou participação em infração penal;
D) Necessidade de indicação em crime da pessoa que sofrerá interceptação telefônica;
E) Crime em questão ter punição de reclusão;
F) Ordem do juiz competente para a ação (no momento do pedido).

2.3 PRAZOS DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

Os prazos de interceptação telefônica estão previstos em lei:

> Art. 5° A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência, que não poderá exceder o prazo de quinze dias, renovável por igual tempo, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Este artigo é claro, o prazo é de 15(quinze) dias e pode ser prorrogado por tempo igual, ou seja, por mais 15 (quinze) dias. Alguns doutrinadores acreditam que se há possibilidade de 60 dias, mas a clássica jurisprudência do STF e do STJ é no sentido da indefinição temporal (permissão de sucessivas renovações), desde que este tempo não seja muito longo fugindo assim da questão de interceptação e passando a ser prospecção.

O juiz responsável pelo caso tem um prazo para apreciação do pedido de 24 horas do recebimento deste. O requerimento deverá ser feito pelo Ministério Público ou pela autoridade policial na investigação criminal. Devem ser indicados pelo juiz, quais são os indícios e a razão de que a medida é imprescindível antes de deferir, ou seja, a motivação de se ter tal medida. Se a interceptação for feita durante o inquérito, seu resultado ficará em poder da autoridade policial, sob segredo de justiça, até sua conclusão. Se feita durante o processo, deve ser remetida ao juiz, que será o responsável por manterem sigilo.

Faz-se necessário aqui ressaltar que a interceptação telefônica poderá ser acompanhada de gravação ou não. Esta transcrição a que se refere ao § 2º será usada como prova no inquérito penal, e deverá realmente transcrever o que foi ouvido durante a

interceptação, ou seja, na integra, constando se possível, horário da ligação (início e fim da chamada), tempo desta, número do registro.

> Art. 6° Deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização.
> § 1° No caso de a diligência possibilitar a gravação da comunicação interceptada, será determinada a sua transcrição.
> § 2° Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará o resultado da interceptação ao juiz, acompanhado de auto circunstanciado, que deverá conter o resumo das operações realizadas.

Ainda pode-se encontrar esta questão da transcrição esclarecida no texto de Grego Filho citado no artigo de Marcelo Rayes[1], que se encontra aqui transcrito:

> *A transcrição integral das gravações é essencial à consideração das peças como provas, não somente porque transcrições parciais podem dar a entender situações e fatos diferentes, mas também porque não representam a realidade do aparentemente revelado. Ademais, a transcrição integral é o corpo do delito deve ser objeto de perícia oficial e não pode ser parcial, 'censurado' ou 'escolhido', sob pena de violação da exigência legal do exame de corpo do delito com a consequência de nulidade do processo.*

Desta forma cabe o entendimento de que necessita ser precisa e fidedigna as transcrições, uma vez que não se deve anexar a elas as interpretações ou “achismos” do agente que a transcreve, sobre pena de não ser imparcial e de viciar a prova.

Outro ponto a ser questionado é sobre o período entre o pedido do juiz sobre a cessação da interceptação e o verdadeiro término junto as operadoras de telefonia que segundo consta no artigo de Jeferson Botelho Pereira², que até este pedido realmente ser efetuado pode demorar um certo tempo de mais ou menos 23 horas, causando perda de alguns diálogos, e cita também que é natural a existência de um tempo razoável para que se finalize a interceptação.

2.4 TEMAS CONTROVERTIDOS

Outro fato que tem repercussão diante do tema é justamente o caso envolvendo o Ex-Presidente da República (Luiz Inácio da Silva) com autoridades do 1º escalão do governo

[1] RAYES, Marcelo. A interceptação telefônica e os equívocos mais comuns cometidos pelos agentes públicos nas investigações policiais – fatos reais. Disponível em<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195436,71043A+interceptacao+telefonica+e+os+equivocos+mais+comuns+cometidos+pelos>. Acesso em 24/03/2016.

(incluindo a presidente Dilma Rousseff), durante a investigação criminal de desvio de dinheiro da Petrobrás, que tem o nome de Operação Lava-Jato deflagrada pela Polícia Federal.

Alguns pontos precisam ser elencados sobre este fato, o senhor Luiz Inácio da Silva, pessoa comum sem foro privilegiado, ao qual foi expedida a medida em questão; medida está que feita de forma lícita, desta forma todas as ligações realizadas, sejam de origem deste número ou recebidas por este número serão objeto de investigação em caso de interesse no processo criminal. Desta forma o alvo da interceptação telefônica, evidentemente, é o senhor Luiz Inácio da Silva e não a Presidente da República Dilma Roussef. Seu nome e seus diálogos estão presentes na interceptação devido ao fato de terem sido realizadas para o número telefônico da pessoa alvo das investigações.

Segundo Jeferson Botelho Pereira[1]em seu artigo ministra que:

> Se alguém liga para um aparelho telefônico legalmente interceptado, inevitavelmente será descoberta qualquer ilicitude tramada, o que pode caminhar para o caso fortuito ou descoberta inevitável (***inevitable discover limitation)***, ou ainda por meio de fonte independente (***independent source limitation)*** em perfeita sintonia com o sistema probatório, recentemente introduzido no Brasil por força da modificação da legislação processual penal, artigo 157, § 2º, do CPP, com nova redação determinada pela Lei nº 11.6900/2008.

Parece que este seja realmente o caso em questão, uma vez que a lei é igual a todos, a medida seria ilícita se fosse feita como alvo a senhora Presidente que possui foro privilegiado.

O artigo lei acima citado será transcrito abaixo para melhor entendimento:

> Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
> § 1o São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> § 2o Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> § 3o Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
> § 4o (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

[1] PEREIRA, Jeferson Botelho. Interceptação telefônica da Presidente da República e a decisão do Juiz Sérgio Moro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4645, 20 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47493>. Acesso em: 25 mar. 2016.

CPP - Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941

Necessita-se aqui relatar que durante a interceptação outras conversas foram ouvidas, sendo que as não ligadas ao processo, como ferem a intimidade da pessoa, como atividades do dia-a-dia, acerca de relacionamento, de trabalho etc. são descartadas, não sendo anexadas no processo. Desta forma o que sobra, são provas para serem anexadas ao processo, que podem ou não estarem em sigilo.

Sobre esta discussão alguns juristas se posicionam sobre o tema, como Saulo A Mansur[1]

> [...] A divulgação da conversa foi de suma importância que o ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, enxergou a nomeação de Lula para o cargo de ministro da casa civil, um engodo destinado a afastar o juiz Moro do caso. Na noite de sexta-feira concedeu liminar reconhecendo a fraude, desconsiderou o ato de nomeação a manteve Sérgio Moro como competente para julgar Lula[...] .

Este mesmo texto também foi citado pelo Jeferson B Pereira[2] que completou com o seguinte texto, que diante de toda a repercussão causada tenta coloca sua interpretação jurídica.

> [...] No conjunto das conversas abobalhadas relevadas nas interceptações telefônicas, percebe-se, claramente, o alvo interceptado zombando do povo brasileiro, dirigindo severas críticas às demais instituições brasileiras, taxando a Suprema Corte Brasileira de covarde, a imprensa de tendenciosa, utilizando-se de expressões aviltantes, injuriosas, além de insinuar a prática de tráfico de influência.
> Na verdade, a população brasileira, já iludida nas últimas eleições, enganada e ludibriada em face das falsas promessas de campanha, num verdadeiro e insofismável estelionato eleitoral, agora sofre com um tremendo tapa na cara, caracterizando grave injúria real, *capitis diminutio*, agressões ultrajantes praticadas por uma pessoa em nome de uma ideologia corporativista, essencialmente fisiologista, fruto de uma agremiação violenta e corrupta que assola a sociedade brasileira.
> Por fim, a população ordeira do Brasil se sente bem e legitimamente representada pela coragem, competência técnica e respeito às leis do juiz de direito Sérgio Moro, que gravou de forma positiva sua trajetória nos anais históricos da sociedade brasileira[...].

Outro ponto a se relatar é justamente a decisão do TSJ, em setembro de 2010, que 2ª Turma confirma a legitimidade de uso de prova obtida fortuitamente em interceptação telefônica, confirmando a decisão do então Ministro Joaquim Barbosa.

Há que se elencar alguns aspectos deste caso, um é sobre a prova obtida de forma fortuita durante a interceptação. Outra se diz sobre a quebra se sigilo da prova que para Mansur

[1] MANSUR, Saulo Antonio. Moro agiu conforme a lei. Disponível em <http://conexao33.com.br/moro-agiu-conforme-a-lei>. Acesso em 25/03/2016.
[2] PEREIRA, Jeferson Botelho. Interceptação telefônica da Presidente da República e a decisão do Juiz Sérgio Moro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4645, 20 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47493>. Acesso em: 25 mar. 2016.

o Juiz responsável pelo processo não feriu nenhuma lei, pois segundo ele, a pessoa que estava sendo interceptada estava para assumir um cargo com foro privilegiado, e desta forma não se poderia existir mais a interceptação telefônica, e segundo ele a limpeza de diálogos que seriam de cunho pessoal e que não teriam relação com o caso investigado, sendo feita resultaria nas provas que podem ser ou não sigilosas, alega que como o prazo é de quinze dias ele ainda estava dento do prazo e seu pedido aconteceu pelo falto de que ele se tornaria uma pessoa de foro privilegiado.

Segundo Mansur, está medida tomada pelo Juiz responsável pelo processo, revogou o sigilo processual, ocasião que os meios de comunicação tiveram acesso e propagaram a informação das provas processuais envolvendo o ex-Presidente e a atual Presidente da República. Segundo ele ainda, estão se fixando somente na situação do fato se foi certo ou não a medida do juiz e esquecendo-se do conteúdo ao qual foi revelado pela quebra de sigilo. Situação esta que culminou com a decisão de suspensão da nomeação do então ex-presidente ao cargo de ministro da casa civil, decisão está tomada pelo Ministro do Tribunal Federal Gilmar Mendes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos fatos foram elencados, é sabido que se tem diversas correntes, sobre o assunto que tem alavancado diversos setores da opinião pública. Tem-se também vários entendimentos dentre os doutrinadores. A cada momento mais informações são recebidas sobre as posições tomadas por qualquer um dos lados, seja do Juiz, do ex-presidente, seja dos advogados do processo, seja dos membros AGU ou da própria presidente.

Um dos pontos que alavancou todo este movimento de indignação, frustração e por algumas tentativas de golpe, teve como um dos pontos que cruciais, justamente o tema deste trabalho, a interceptação telefônica, que gerou provas para o processo, e sua divulgação. Diante dos fatos aqui abordados, pode-se perceber que nunca houve tanta informação e de uma forma tão rápida, como se está acontecendo agora, e que a história do Brasil está sendo escrita com base jurídica diante do entendimento do STF, que é composto por 11 ministros com notório saber jurídico e conduta ilibada.

As posições já reiteradas pelo STF, exposto sobre o tema proposto interceptação telefônica, o que se tem de medidas oficiais, que regem todo o sistema jurídico, o que ainda nunca houve foi um caso de interceptação telefônica, que até então não haveria problemas

diante da lei, uma vez que se tratava de uma forma de se obter provas de ligações de pessoas com a pessoa que está sendo alvo do inquérito criminal, e não se era esperado que diante dos fatos, ou provas ocorresse a gravação da Presidente da República, mesmo esta e toda a população sabendo que a pessoa do senhor Luiz Inácio da Silva, estava sendo investigado, na operação lava a jato, e que o juiz responsável pelo processo poderia ter pedido a interceptação e que ainda mais diante este conteúdo provido da interceptação, que gerou provas anexadas ao processo, teria o seu sigilo quebrado e amplamente divulgado pela mídia; como aqui foi visto uma vez prova do processo e julgando que não atrapalharia as investigações é possível sua divulgação, cabendo ao juiz do processo este julgamento.

Salienta-se novamente que a problemática está em uma das pessoas ser que mantiveram contato com a pessoa que possuía o telefone ser uma pessoa com foro privilegiado, e o conteúdo das conversas conseguir impedir que o interceptado não consiga assumir o cargo de Ministro da Casa Civil, que lhe daria foro privilegiado, e o processo tomaria outros rumos. Desta forma o povo brasileiro aguarda a posição do STF sobre a referida questão.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Processo penal: esquematizado. Páginas 488 à 524. 7.ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BANDEIRA, Regina. CNJ altera resolução sobre interceptações judiciais. *Agência CNJ de Notícias. Disponível em* http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81544-cnj-altera-resolucao-sobre-interceptacoes-judiciais. Acesso em 26/03/2016.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm 23/03/06>, acesso em 23/03/2016.

BRASIL. Lei Nº 9.296, De 24 De Julho De 1996. Presidência da República, Casa Civil: Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm > Acesso em 23/03/2016.

BRASIL. Prazo de escutas telefônicas é matéria com repercussão geral reconhecida. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242810>, acesso em 24/03/2016.

COSTA, Ahid Costa. Pensando em: dicas sobre a lei de interceptação telefônica. Disponível em <http://costa-advocacia.jusbrasil.com.br/artigos/113703102/pensando-em-dicas-sobre-a-lei-de-interceptacao-telefonica>. Acesso em 26/03/2016.

FRANÇA, Dalton Ribeiro. Interceptação telefônica e quebra de sigilo de dados. Disponível em http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2346/Interceptacao-telefonica-e-quebra-de-sigilo-de-dados. Acesso em: 25/03/ 2016.

GOMES, Luiz Flavio. Interceptação telefônica: prazo de duração, renovação e excesso. Disponível em <http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1057850/interceptacao-telefonica-prazo-de-duracao-renovacao-e-excesso>, acesso em acesso em 24/03/2016.

MANSUR, Saulo Antonio. Moro agiu conforme a lei. Disponível em <http://conexao33.com.br/moro-agiu-conforme-a-lei>. Acesso em 25/03/2016.

MARQUES, Ivan Luiz. Revisão sobre a lei de interceptação telefônica – twitter. Disponível em<http://ivanluismarques2.jusbrasil.com.br/artigos/121815614/revisao-sobre-a-lei-de-interceptacao-telefonica-twitter>.Acesso em: 25/03/ 2016.

MARTINS, Cinthia Brodt. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/cynthia_martins.pdf> Acesso em 26/03/2016.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Interceptação telefônica da Presidente da República e a decisão do Juiz Sérgio Moro. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 21, n. 4645, 20 mar. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47493>. Acesso em: 25/03/ 2016.

RAYES, Marcelo. A interceptação telefônica e os equívocos mais comuns cometidos pelos agentes públicos nas investigações policiais – fatos reais. Disponível em<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195436,71043-A+interceptacao+telefonica+e+os+equivocos+mais+comuns+cometidos+pelos>. Acesso em 24/03/2016.

SANTOS, Allan Diego Andrade. *Interceptação telefônica - garantia constitucional - problemática procedimental sob a égide da Lei 9296/96*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 07 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.47272&seo=1>. Acesso em: 25 /03/ 2016.

SILVA, Giltonraion Albano da. A interceptação telefônica na Lei n. 9.296/96 e Inciso XII do Art. 5 da CF/88. Disponível em <http://giltonraimon.jusbrasil.com.br/artigos/255190795/a-interceptacao-telefonica-na-lei-n-9296-96-e-inciso-xii-do-art-5-da-cf-88>. Acesso em 26/03/2016.

SILVA, Régis Schneider da. Indagações sobre a possibilidade de utilizar uma prova ilícita/ilegítima em um processo penal. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/47534/indagacoes-sobre-a-possibilidade-de-utilizar-uma-prova-ilicita-ilegitima-em-um-processo-penal>. Acesso em 26/03/2016.

TASSARA JUNIOR. Waldemar A. Interceptação telefônica a luz do ordenamento jurídico brasileiro após o advento da Lei 9296/96. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7129. Acesso em 26/03/2016.

TEIXEIRA. Guilherme G. Alves. Informativos do STF e STJ - Separados e Comentados. Disponível em http://jurisprudenciaedireito.blogspot.com.br/2013/03/a-interceptacao-telefonica-e.html. Acesso em 26/03/2016.

O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO (RDD)

BUCHMAN, Carina Athe Jung[1]
OLIVEIRA, Paloma Gonçalves de[2]
SOUZA, Patricia Urnau de[3]

RESUMO

A Lei n° 10.792 de 1° de dezembro de 2003, por Ordenamento Jurídico Brasileiro introduz o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), modificando diversos processos da Lei de Execução Penal (LEP), cujo intuito é aplicar uma medida severa e cruel àqueles delinquentes que praticam a criminalidade dentro do sistema penitenciário brasileiro. A definição do termo constitucionalidade X constitucionalidade do RDD é determinada do confronto desses direitos, entretanto, existe o direito da sociedade a segurança pública, bem como o princípio da igualdade material. Com direito social à segurança da coletividade e dos próprios presos que querem apenas cumprir suas penas, que garante um direito essencial para a harmonia da sociedade do Estado Democrático de Direito, devendo preponderar o coletivo em detrimento do individual, sendo assim, nos casos em que configura risco a segurança da coletividade os direitos fundamentais individuais podem ser delimitados.

Palavras-Chave: Regime Disciplinar Diferenciado, Sistema Prisional, Lei.

THE BALANCE OF INTERESTS AND THE DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME (DDR)

ABSTRACT

The law n° 10.792 from December first 2003, for Brazilian Legal System introduces Differentiated Disciplinary Regime (DDR), modifying several procedures from the Law of Penal Execution (LPE), whose purpose is to apply a severe and cruel measure to those offenders that practice crimes within the Brazilian penitentiary system. The determination of the term constitutionality X constitutionality of DDR is determined from confront of this rights, however, there is the society´s right to public security, as well as the principle of material equality. With the social right to collective security and from the prisoners who want just to serve their sentences, which guarantees an essential right to the harmony of the society from the Democratic State of Law, must overrule the collective over the individual, therefore, in cases where the individual fundamental rights are held on risk it can be restricted.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime, Prison System, Law.

[1] Acadêmica Carina Athe Jung Buchman, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Paloma Gonçalves de Oliveira, do curso de Direito – UDC.
[3] Acadêmica Patricia Urnau de Souza, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O regime disciplinar não se combate ao crime organizado, seja dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum, não pode ser unido da mesma forma de um prisioneiro de alta periculosidade, porém, o RDD está longe de ser uma pena cruel, pode ser um regime severo, mas desumano não.

No artigo 37, caput, da Constituição Federal, todo cidadão tem o direito constitucional a uma administração eficiente, os interesses devem ser protegidos de maneira eficaz, como princípio da proteção do bem jurídico, sendo dever único e exclusivo do Estado em proteger a sociedade, visando que até dentro dos presídios os presos arquitetam ações delituosas e muitas vezes terroristas, diante disso, para membros de organizações criminosas e de alta periculosidade não existe inconstitucionalidade em programar o RDD.

A ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito tem por obrigação de garantir a ordem através de medidas no âmbito legislativo e estrutural, tendo em vista que a sociedade encontra se cada vez mais acuada diante do crescimento organizado, vigorasamente infiltrado no sistema carcerário brasileiro, na qual maioria dos crimes ocorre contra a vida, provocando uma situação inconstância institucional, violando o direito à liberdade, igualdade e segurança.[1]

Considerando o RDD a partir de um contexto social mais amplo de mudança dos paradigmas do papel da penitenciária, impõe ao poder público enormes desafios em termos da sua capacidade de comando e controle das ações e dos grupos atuantes no interior das prisões. O regime disciplinar diferenciado, de acordo com os artigos 52 e 53 da Lei de Execução Penal, definem-se assim como o nome diz em uma sanção disciplinar diferenciada, podendo ser aplicada em caráter cautelar e extremamente rígida.

2 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Lei de Execução Penal, a qual teve seu art. 52 alterado pela lei 10.792/03, que estabeleceu e regulamentou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Tem como finalidade estabelecer esse regime, especificamente para os líderes e membros de facções criminosas.

[1] MORAES, 2010.

Uma opção do poder público para solucionar os problemas que envolvem os presos com conduta de alta periculosidade nos presídios.

Este regime já vendo sendo usado pelas Secretarias de Administração Penitenciária dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, devido a rebeliões nesses Estados. O artigo 52 da LEP delineadas no caput e nos § § 1º e 2º das hipóteses de cabimento, analisando que, *Caput* – engloba a hipótese de prática de fato que acarrete subversão da ordem ou disciplina interna prevista como crime doloso que constitua falta grave.

Os direitos e garantias individuais do preso são violados, havendo o rompimento da lógica do sistema progressivo do núcleo da constituição, sob aparência de recrudescimento da disciplina carcerária, no que se define o isolamento celular de até 360 dias, considerada uma nova modalidade de cumprimento da pena, com ênfase na inabilitação e na exclusão, na qual redefine o significado do controle disciplinar no interior da execução penal.

Vale ressaltar que é a própria lei que determina quais os presos e em que situação deverá ser inserida no regime por decisão fundamentada do juiz, mediante prévia oitiva do Ministério Público e da defesa. Não se trata, portanto, de ato discricionário ou arbitrário da unidade prisional ou do Magistrado, mas de decisão judicial devidamente fundamentada. Entretanto, o RDD sozinho não é meio eficaz para acabar com a criminalidade do país, pois a sua origem está na desigualdade social e na falta de investimentos na educação. Porém, o Estado não pode ficar de braços cruzados para a situação de insegurança que vive a sociedade enquanto vários inocentes diariamente são vítimas do terror implantado pelo crime organizado.

No consenso do Superior Tribunal de Justiça, o artigo estabelece que, os cárceres na qual respondem por crime culposo, ou preterdoloso, não estão sujeitos ao RDD. Salienta – se o fato de que não basta somente à prática de crime doloso, deve se estar associado a um tumulto carcerário[1].

> A desintegração e desumanização dos presos acabam sendo consequência sob o RDD, embora o art. 1º da LEP tenha como objetivo da execução penal proporcionar condições para a integração social do condenado e do internado.
> § 1º - No caso da prisão e execução da pena, esta hipótese revela como destaque para o estrangeiro, na qual possui iguais direitos e deveres que o nacional, exceto ainda, o fato de que este dispositivo não é valido para aquele que cumpre pena em medida de segurança. Tal dispositiva dispõe que o RDD abriga presos nacionais ou estrangeiros na qual oferecem alto risco para a ordem e a segurança da sociedade ou do estabelecimento penal, seja o preso provisório ou condenado.
> § 2° - O preso provisório ou o condenado na qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em quadrilhas, organizações e facções criminosas ou até mesmo bando, estará igualmente sujeito ao RDD revelada à última hipótese[2].

[1] SILVA, 2009.
[2] SILVA, 2009.

Baseiam-se, portanto, em suposições e suspeitas, afastando-se, dessa forma, do Direito Penal do fato e aproximando-se do Direito Penal do autor, ou seja, o agente recebe uma sanção pelo que supostamente é e não pelo que fez.

O agente recebe uma sanção pelo que supostamente é, e não pelo que fez baseado, portanto, em suspeitas e suposições, espaçando desta forma, do Direito Penal do fato e aproximando se do Direito Penal do Autor. Embora essas condições forem amplamente aceitas pelo legislador, para o princípio da dignidade da pessoa humana revelam uma violação ao princípio da presunção de inocência[1].

Denota-se que o RDD - Regime Disciplinar Diferenciado abarca as seguintes características: duração máxima de permanência na cela é de 360 dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, o cárcere fica recolhimento em cela individual; até o limite de um sexto da pena aplicada; permitida somente visitas semanais com duração máxima de duas horas, de duas pessoas, sem contar as crianças, com direito à saída da cela por duas horas diárias para banho de sol[2].

> Cumpre, agora, explanar os principais, que discute acerca de cada característica: Inciso I – falta grave da mesma espécie: consta no artigo que a medida será aplicada até o limite de 1/6 da pena aplicada, portanto, não se trata de 1/6 da pena cumprida ou a cumprir. Se houver uma terceira falta, há duas correntes. Para cada repetição da falta, deve-se contar um novo 1/6 da pena, ou seja, na primeira falta, o limite é 360 e nas demais somadas não pode ultrapassar o limite de 1/6 da pena. Prevalece a primeira corrente.
> Inciso II - De acordo com o artigo 45 da LEP, é vedada, por sua vez, o preso ser recolhido em cela escura e em condições insalubre, embora o recolhimento do preso em cela individual, ainda que solitária, caso contrário, estar-se-ia a ferir o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.
> Inciso III - Visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas: Por óbvio, as crianças também devem ser computadas nas visitas, devido, o fato da ONU estabelecer no Tratado de Direitos Humanos, no item 79 que, "a visita é um direito, desde que conveniente para ambas às partes", até porque não é conveniente à criança num ente familiar que cumpre o RDD[3].Inciso IV – O direito a banho de sol por duas horas diárias é uma maneira do legislador de permitir a saída do preso da cela durante o dia se o mesmo quiser, entretanto, não há um horário pré-determinado para tanto, deve se evitar a rotina, diante disto, o horário de saída da cela é definido pelo delegado ou diretor do estabelecimento, jamais é o preso quem decide[4].

Em referência à constitucionalidade, para as condutas determinadas como falta grave, foram consagradas pelo legislador medidas mais rigorosas, na tentativa de mitigar esses conflitos.

[1] D´URSO, 2011.
[2] GOMES, 2004.
[3] CARVALHO, 2001.
[4] SILVA, 2009.

Segundo Marcão (2005)[1], deve ser considerado para a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado a hipótese de que quando o crime doloso for praticado pelo preso provisório ou definitivo e vir a aquietar a facção ou organização, bem como a normalidade do estabelecimento prisional, havendo desobediência por parte dos presos aos superiores. Podendo ainda o preso sofrer outras penalidades, caso venha a ser considerada como crime, mesmo sofrendo uma sanção severa, não excluindo a tipicidade da conduta do faltoso.

3 A CONSTITUCIONALIDADE DO RDD RECONHECIDA NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Em favor da preservação da ordem pública e da incolumidade do patrimônio e da população, exercida nos termos do artigo 144, caput, o direito da segurança é um dever de todos, sendo Estado, órgão com direito e responsabilidade de todos. Previsto no artigo 6º o direito a segurança tem diferente princípio daquela do artigo 5º, na qual previa a ideia de garantia individual de segurança, no artigo 6º aproxima se do conceito de segurança pública, a fim de minimizar o terror imposto pelos apenados dentro dos presídios Lenza (2011)[2], aponta a relação do princípio constitucional com o RDD, no sentido de que quando há o isolamento dos presos a população tem mais segurança, devido ao fato de ficar menos suscetível a comunicação entre os presos com os comparsas que estão de fora dos presídios. O fato de manter em isolamento os presos ao RDD prevalece o direito social a segurança da coletividade, tendo em vista que não será possível a comunicação entre eles, bem como não poderão continuar liderando suas quadrilhas e facções de dentro do cárcere, como geralmente ocorre. Ressalva ainda que o RDD componha uma visão positiva direcionada ao preso, uma vez que garante a segurança dos presos que buscam se ressocializar, impedindo que fiquem expostos aos abusos físicos e morais impostos pelos presos de alta periculosidade[3].

Segundo Barroso (2010)[4], as penitenciárias brasileiras que contenham o RDD inserido no seu sistema carcerário são de condições extremamente boas, higiênicas, limpas e seguras, além de não existir superlotação. O objetivo do RDD é fazer com que ocorra uma limitação de direitos ao preso decorrente a um comportamento do mesmo, sendo em nenhuma hipótese cruel, muito menos usado métodos de torturas, ficando livres de tratamento desumano e

[1] MARCÃO, 2005.
[2] LENZA, 2011.
[3] NUCCI, 2009.
[4] BARROSO,2010.

degradante. Sabendo que a privação é inerente à própria ideia de pena ou sanção, é admissível em medidas com caráter cautelar o regime disciplinar diferenciado, com devida vênia, não há crueldade, tortura, muito menos entendida como sofrimento desarrazoado e imotivado, não diferindo muito o grau de pena ou da forma de seu cumprimento, embora tenha a privação de alguns direitos assegurados aos apenados em geral, não há nenhum atentado físico ou mental direto sobre o preso, o simples fato de ficarem isolados não ocasiona violação a integridade física ou moral da pessoa humana[1].

Segundo Baltazar Junior (2006)[2], o RDD preserva os presos ao impor casos determinados, atendidos as hipóteses legalmente previstas, quanto à individualização da pena, não violam os princípios da proporcionalidade, da igualdade e da individualização da pena, é um regime mais rigoroso, sancionando a falta de disciplina, além de evitar a reintegração da prática criminosa, garantindo, ainda a segurança dos demais presos, tendo aqueles presos que só estão ali querendo cumprir sua pena e ser liberado, já o detento perigoso, que trazem terror, que subverte a ordem na prisão e fora dela não pode receber a mesma pena imposta, pois eles são desiguais, devendo ser apenados mais gravemente. A aplicação do RDD impede e preveni a quebra da disciplina e da ordem nas unidades prisionais, revelando-se uma medida constitucional para desarticular as organizações criminosas por meio do isolamento dos seus líderes. A inclusão do RDD na legislação incidiu não apenas pela prática criminosa entre os presos, mais também na possibilidade de impor uma diferenciação entre eles, sobretudo, pelo juízo acerca de sua conduta pessoal no cárcere ou fora dele, a fim da ressignificação da disciplina carcerária.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se posicionou de forma conclusiva a respeito da constitucionalidade do RDD, do qual está em andamento no tribunal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.162, proposta oferecida pela Ordem dos Advogados do Brasil, na qual pleiteia a declaração de nulidade dos artigos que tratam do RDD, no entanto este julgamento ainda não ocorreu[3].

4 CORRENTES DOUTRINÁRIAS A FAVOR DOS PRINCÍPIOS INCONSTITUCIONAIS RELACIONADOS AO RDD

Não há como mencionar a respeito da Lei Federal 10.792/03 sem admiti-la como inconstitucional, devido ao fato de ser desumana e acabar ofendendo a integridade física do

[1] BALTAZAR JUNIOR, 2006.
[2] BALTAZAR JUNIOR, 2006.
[3] JUSBRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** HC n. 40.300/RJ. 5ª T.

condenado, principalmente o seu estado psicológico, abalado em virtudes das repressões que sofrem em razão desse regime drástico, uma vez que a Constituição Brasileira e o Sistema Internacional de Direitos Humanos não admitem penas cruéis, fugindo, assim, da função essencial da pena que é a ressocialização[1].

Diante a extrema afronta aos ditames constitucionais, a lei nº 10.792/03 é dada como inconstitucional, devido ao desrespeito aos tratados internacionais de direitos humanos, quais os princípios e garantias fundamentais são simplesmente ignorados e os que têm valor de emendas constitucionais nem mesmos são lembrados. A lei ordinária nº 10.792/03 que instituiu o RDD fere de morte e a Constituição e joga no lixo toda harmonia do ordenamento jurídico. Sabendo que a privação é inerente á própria ideia de pena ou sanção, em medidas com caráter cautelar o regime disciplinar diferenciado, com devida vênia, não há crueldade, tortura, muito menos entendida como sofrimento desarrazoado e imotivado, não diferindo muito o grau de pena ou da forma de seu cumprimento, embora tenha a privação de alguns direitos assegurados aos apenados em geral, não há nenhum atentado físico ou mental direto sobre o preso, o simples fato de ficarem isolados não acarreta violação a integridade física ou moral da pessoa humana.

A inconstitucionalidade do RDD bem como suas regras mínimas, devem ser analisados de acordo com os dispositivos Constitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos, regime este severo, embora a ressocialização do preso ser um dos objetivos da LEP, na pratica não é bem isso que acontece, violando também o princípio da jurisdição, de acordo com a lei nº 10.792/03 frente a LEP e a princípios constitucionais, provando a inconstitucionalidade da lei e ferindo os princípios da legalidade, imparcialidade quando o fato de que ela "administraria" a execução da pena dando poderes ao administrador que só era conferido o juiz natural, pois o administrador dificilmente seria imparcial e ter certeza disso seria quase impossível[2].

O Professor Nestor Távora ao disciplinar sobre o ponto de ressocialização do preso, inserido no art.1º da LEP, o indivíduo tem por direito à alimentação, moradia, educação, lazer, segurança, trabalho, porém, este regime impõe ao preso uma sanção estática, onde tudo é proibido, leitura, esportes, trabalho, jogos, entre outros direitos que não podem ser esquecidos. Todos têm direitos e devem ser respeitados, tratados de forma digna e igualitária, sem distinções, não pode ser admitido que alguém seja submetido à tortura, a tratamento desigual,

[1] MAIA, 2012.
[2] LAURIA, 1993.

desrespeitoso, castigo cruel ou desumano, a integridade física, moral e psicológica deve ser preservada, com a inserção do RDD o tempo é paralisado como forma de matizar o criminoso[1]

5 A PONDERAÇÃO E OS INTERESSES DO RDD

Segundo Nucci[2], as vantagens da constitucionalidade imperam sobre suas desvantagens, sendo uma medida adequada e proporcional à agressão sofrida à população, diretamente ligada à falta de segurança. A implantação do RDD usa o princípio da proporcionalidade diretamente na ponderação de interesses, devendo haver harmonia, já que não existem garantias constitucionais absolutas. O direito a segurança da coletividade e dos demais presos deve prevalecer em detrimento aos direitos dos presos de alta periculosidade que cometem crimes hediondos e ocasionam a subversão tanto da ordem interna dos presídios e externa, diante disso, é utilizada a técnica da ponderação de bens da constitucionalidade do RDD.

A lei n.10.792/03 não inovou no sistema jurídico, apenas intensificou uma restrição que já existia pela própria LEP, artigo 88, caput, na qual determinava que o preso devesse ser alojado em cela individual contendo dormitório, vaso sanitário e lavatório, devendo o preso ficar grande parte do tempo sem a comunicação com outros presidiários. Assim a Lei, apenas aumentou uma restrição que já existia, aumentando esse tempo sem a constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal.

Em relação com a natureza do delito somado com as características do delinquente é que se determina qual as penas deveriam ser impostas aos detentos, ressaltando que devem ser personalizadas e particulares a cada apenado. A CRFB/88, artigo 5º, XLVI determina que este princípio regulará a individualização das penas sendo consagrado o princípio da individualização das penas.

Há três aspectos a considerar quanto à individualização da pena: a) individualização legislativa: A espécie da pena seja detenção ou reclusão e a faixa na qual o juiz deve mover (ex.: 1 a 4 anos; 2 a 8 anos; 12 a 30 anos) é determinado ao criar um tipo penal incriminador inédito, sendo o primeiro responsável pela individualização da pena é o legislador. b) individualização judicial: previsto pelo legislador, o valor concreto da pena deve ser um valor cabível, entre o mínimo e máximo na sentença judicial fixado pelo magistrado (...); c) individualização

[1] TÁVORA E ALENCAR, 2011.
[2] NUCCI, 2010.

executória: é desenvolvida no estágio da execução penal, mutável na órbita penal, é sentença condenatória não é estática, mas dinâmica. Um título executivo judicial, sendo a terceira etapa da individualização da pena.[1]

A individualização executória entra na terceira etapa da individualização da pena, sendo esse princípio totalmente respeitado pelo RDD, uma vez que só vai para o regime quem se enquadrar nas hipóteses do artigo 52, da LEP, terá que o indivíduo fazer parte de organização e facção criminosa, quem oferecer alto risco para a sociedade ou para o estabelecimento penal, ou ao praticar algum fato que seja previsto como crime doloso, na qual ocorra subversão da ordem, não havendo qualquer tipo de padronização, sendo respeitado a todo instante o princípio da individualização das penas, sofrendo uma sanção mais grave aquele que preencher os requisitos da lei, sendo a sua pena justa e proporcional a infração praticada. Segundo a LEP, artigo 41, XII, aplicando a isonomia material tudo que foi exposto acima, está de acordo, exceto quanto às exigências da individualização da pena, entende-se que o RDD é constitucional, tendo vista um tratamento mais rígido, rigoroso para o preso de alta periculosidade, tratando desigualmente aqueles que são desiguais

Na ponderação dos bens em conflito (segurança pública x dignidade da pessoa humana) apenas o caso delimitará o princípio preponderante. Não é possível atribuir, no plano abstrato, valores aos princípios constitucionais em conflito, o qual, é equivocada a pretensão abordada na ADI 4.162 (STF), na qual se pretende a declaração de inconstitucionalidade do RDD, em sede de controle concentrado. A constitucionalidade do RDD será citada em todas as hipóteses em que a situação for posto em causa, tornando a racionalidade uma peça do ideário do Estado de Direito.

Ninguém mencionará que a vida e a segurança da sociedade são menos importantes do que a integridade pessoal dos cidadãos. O dilema é nefasto, porém, pode ser resolvido no controle difuso, onde a capacidade argumentativa do juiz outorgará legitimidade/ou não ao RDD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude da transgressão aos princípios da dignidade, foi entendida como institucional pela autora deste trabalho, em virtude da violência aos princípios da dignidade, da

[1] BALTAZAR JUNIOR, 2006.

proibição de pena cruel, desumana e infame, da proibição do bis in idem, da presunção de inocência, da individualização da pena, do devido processo legal e da proporcionalidade, violando flagrantemente o Pacto de São José da Costa Rica a Convenção contra a tortura e a Declaração dos Direitos do Homem.

Ao dizer do Ministro Gilmar Mendes (2007), vale ressaltar em especial sobre o ponto da proporcionalidade, defendendo ao consignar que a doutrina constitucional moderna, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se a compatibilidade das restrições estabelecida pelo princípio a fim de indagar sobre a admissibilidade constitucional da restrição fixada.

Ao término deste, pode se concluir que, o RDD não disciplina de forma alguma, pelo contrário, nota se nos presos inseridos nesse uma revolta ainda maior. Para não dizer inexistente, em uma hipótese mais remota, ao questionarmos qual foi a real intenção do legislador quanto à criação do RDD, se foi a compeli-lo a não praticar mais delitos quando sair do cárcere ou a hipótese mais cabível de apenas satisfazer a opinião pública? Ressaltando que o Direito anda lado a lado com a justiça e com a realidade social. Se algumas atitudes não forem refletidas e repensadas, pode haver risco de desvirtuação do real objetivo, qual seja fomentar uma caminhada destinada à justiça, havendo necessidade constante de aperfeiçoamento e modificações das leis.

REFERÊNCIAS

MARCÃO, Renato. **Progressão de regime prisional estando o preso sob regime disciplinar diferenciado (RDD)**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 590, 18fev.2005.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias:** Uma leitura de Luigi Ferrajoli no Brasil. Lumen Juris, 2001.

D´URSO, Luis Flávio. **Administração Privada de Presídios.** Disponível em: http://www.seguranca-la.com.br.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais.** 7 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Danni Sales. **Regime disciplinar diferenciado: dissecando a constitucionalidade da execução de pena do inimigo.**

JUSBRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** HC n. 40.300/RJ. 5ª T. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 07.06.2005, publicado no DJ de 22.08.2005, p. 312.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **A constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado na execução penal**. In: Revista jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Legislação e Crítica Judiciária, Porto Alegre, v. LIV, p. 101-116, 2006.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 6º Ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador (BA): Editora Juspodivm, 2011.

LAURIA, Rogério Tucci. **Direito e Garantias individuais no processo penal brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAIA, Rafaela Brandão. **Inconstitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado** *(RDD)*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 31 maio 2012.

O ACESSO AO ENSINO SUPERIOR E AS RESTRIÇÕES EXISTENTES NA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO – LDB

MORAES, Adonias Calebe de[1]
PIASETZKI, Giselle Carolina[2]
REDÍGOLO, Natália Carolina Narciso[3]

RESUMO

A educação é um direito fundamental na organização social existente, sendo um elemento indispensável ao cidadão. Tanto no plano teórico como no prático, é necessário que esse direito seja o mais abrangente possível, tendo em vista seu caráter indispensável. No presente artigo, será desenvolvida uma análise da evolução histórica do direito à educação, um estudo da construção legislativa do Lei de Diretrizes e Bases da Educação e de sua aplicabilidade no contexto histórico em que esta submergida e uma visão do panorama do ensino superior no Brasil. Além disso, será exposto a divergência legislativa que culmina em diversas ações judiciais com a finalidade de decidir sobre a possibilidade de ingresso ao nível superior de ensino dos alunos que foram aprovados em processos seletivos, mas que não possuem o ensino médio completo.

Palavras-chave: Direito à educação, Ensino superior, Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

ACCESS TO HIGHER EDUCATION AND THE EXISTING RESTRICTIONS IN THE LAW OF GUIDELINES AND BASES OF EDUCATION

ABSTRACT

Education is a fundamental right in the existing social organization, being an essential element to the citizen. Both in theory and in practice, it is necessary that this right is as broad as possible, given its indispensability. In this article, an analysis of the historical evolution of the right to education will be developed, a study of legislative construction of the Law of Directives and Bases of Education and its applicability in the historical context in which this submerged, and the higher education scenario in Brazil. In addition, there is a legislative divergence, which will be studied, culminating in several lawsuits in order to decide on the possibility of entering the education of a higher level of students who passed in selection processes, but have not completed high school.

Keywords: Right to education, Higher education, Law of Directives and Bases of Education.

[1] Acadêmico Adonias Calebe de Moraes, do curso de Direito – UNIOESTE.
[2] Acadêmica Giselle Carolina Piasetzki, do curso de Direito – UNIOESTE.
[3] Professora Mestre Natália Carolina Narciso Redígolo – Orientadora – UNIOESTE.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, a educação é elemento basilar para as relações interpessoais e para o desenvolvimento e estruturação socioeconômica. Tal elemento mostra-se ainda mais significativo no sistema capitalista que está fortemente alicerçado nas sociedades, dentre elas a brasileira.

Desta forma, a legislação brasileira dispõe sobre a estrutura e a forma de acesso à educação. A Constituição Federal garante de forma genérica o acesso a esse direito fundamental, de forma plena e irrestrita, conforme doravante demonstrar-se-á, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação tem a finalidade de criar normas e regras para o correto andamento do preceituado na Carta Constitucional, nunca a contrariando

O objeto do presente artigo é a dissonância existente entre a norma constitucional e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, lei infraconstitucional, que normatiza e inviabiliza o acesso pleno e integral ao ensino. Tal elemento é mais visível quando se trata da transição do ensino médio para o ensino superior, e são esses casos o enfoque do presente trabalho.

As análises partem do estudo de obras da seara jurídica, principalmente do Direito Constitucional. Com o auxílio de doutrinas e jurisprudências, será desenvolvido as diferenças existentes ao que tangencia a educação na Carta Constitucional e a LDB.

Além da revisão bibliográfica, através de julgados será realizado estudo de caso no que se refere a aprovação de estudantes no ensino superior, e que devido a lacunas legislativas e divergências jurisprudenciais, alguns indivíduos conseguem ingressar no nível superior sem o regular cumprimento do ensino médio, elemento indispensável para tanto conforme termos da LDB.

Todavia, a CF/88 afirma que o único elemento que deve ser utilizado como parâmetro para acesso aos diversos níveis de ensino, cultura e pesquisa deve ser a capacidade individual. Contudo, a lei em voga tolhe tal possibilidade, impondo diversos elementos preliminares.

À vista disso, o presente estudo buscará compreender o desenvolvimento histórico do acesso e do direito à educação, a elaboração e aplicação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação em seus respectivos contextos históricos de vigência e, por último, fazer uma análise dos dispositivos legais que são responsáveis pelo acesso ao ensino na atual legislação pátria.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Na evolução histórica é passível de observação a forma como as diversas declarações ressaltam a importância da educação. Por exemplo, a Declaração Universal do Direitos Humanos, enunciada pela Organização das Nações Unidas (ONU) afirma no art. XXVI, inciso I e II, a garantia do acesso a instrução. Veja-se.

> **Artigo XXVI**
> **1.Todo ser humano tem direito à instrução.** A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, **bem como a instrução superior, está baseada no mérito.**
> **2.** A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. **(Destacado)**

Deve-se atentar ao fato da Declaração aconselhar o uso estrito do mérito como forma de acesso a instrução superior.

Corroborando ao exposto anteriormente, o direito em tela vem mostrando-se cada vez mais importante, tanto para os indivíduos, como para a construção da sociedade. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992, p.75) faz referência a este processo de inserção do direito à educação.

> Não existe atualmente nenhuma carta de direitos que não reconheça o direito à instrução — crescente, de resto, de sociedade para sociedade — primeiro, elementar, depois secundária, e pouco a pouco, até mesmo, universitária. Não me consta que, nas mais conhecidas descrições do estado de natureza, esse direito fosse mencionado. A verdade é que esse direito não fora posto no estado de natureza porque não emergira na sociedade da época em que nasceram as doutrinas jusnaturalistas, quando as exigências fundamentais que partiam daquelas sociedades para chegarem aos poderosos da Terra eram principalmente exigências de liberdade em face das Igrejas e dos Estados, e não ainda de outros bens, como o da instrução, que somente uma sociedade mais evoluída econômica e socialmente poderia expressar.

Em uma visão mais filosófica, o direito em voga advém das dimensões estruturais coexistentes no íntimo de cada ser humano. Assim, a racionalidade, expressão da ação consciente do homem sobre as coisas, implica também o desenvolvimento da capacidade cognoscitiva do ser humano como meio de penetração no mundo objetivo das coisas (CURY, 2002).

Na esfera nacional, o direito à educação ainda está trilhando um árduo caminho. Segundo Cury (2002) isso decorre do histórico de colonização, uma vez que culminou em um atraso nos avanços nos âmbitos sociais. Conforme abaixo colacionado, o autor em sua análise

vislumbra a desigualdade social como outro fator determinante de impedimento para a mais ampla e irrestrita abrangência desse direito na sociedade. Nisso consiste a crítica do professor Carlos Roberto Cury;

> A conquista do direito à educação, nestes países, além de mais lenta, conviveu e convive ainda com imensas desigualdades sociais. Neles, à desigualdade se soma a herança de preconceitos e de discriminações étnicas e de gênero incompatíveis com os direitos civis. Em muitos destes países, a formalização de conquistas sociais em lei e em direito não chega a se efetivar por causa desses constrangimentos herdados do passado e ainda presentes nas sociedades. (CURY, 2002, p. 256-257).

Vale ressaltar que os países estudados no fragmento ora apresentado são, em sua maioria, latino-americanos, haja vista a colonização europeia que ocorreu objetivando a exploração da população e dos recursos.

Mesmo que intempestivo, desde a *Constituição Política do Império do Brazil*, que passou a vigorar em 1824, já era prevista o acesso à educação. Ocorre que, o disposto no diploma legal não era efetivo para garantia do direito, pois a aplicação estava à cargo das Províncias e por questões econômicas o ensino primário que – teoricamente –seria gratuito, foi pouco difundido. (PILETTI, 2000)

De maneira oposta, a Constituição Republicana de 1981 retrocede quanto a gratuidade no ensino, não deixando de forma clara a responsabilidade do Estado para com o ensino gratuito.

Já na Constituição de 1934, é dado uma maior visibilidade ao direito à educação, sempre buscando a efetivação desse direito e atribuindo à União a responsabilidade de fiscalizar e elaborar um plano nacional de educação. O artigo 149 expressa toda a ideologia que buscavam transmitir.

> Art. 149 - A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Como é sabido, três anos após houve a instauração do Estado Novo e com ele a outorga da Constituição de 1937. Desta base, deram um destaque para o ensino profissional com finalidade de alavancar a economia nacional e a aplicação de “períodos de trabalho anual nos campos e oficinas, assim como promover-lhe a disciplina moral e o adestramento físico, de maneira a prepará-la ao cumprimento, dos seus deveres para com a economia e a defesa da Nação. ” (Art. 132)

A CF de 1946 regrediu no aspecto de retirar da responsabilidade da União a função de legislar sobre os rumos e diretrizes adotadas na educação brasileira e só liberou o ensino gratuito aos que provem a hipossuficiência financeira. Tal quadro reverteu-se com a criação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação em 1961 que ampliou a garantia da educação pela Constituição.

Na esfera das normas constitucionais, o período da ditadura militar, a qual compreende entre os anos de 1964 e 1985, não apresentou grandes modificações no corpo do texto. As modificações práticas foram sustentadas pela Lei 5.692/71, a LDB da época.

Após esse período conturbado da história brasileira, a Carta promulgada em 1988 trouxe uma amplitude em vários direitos, colocando a educação no rol de direitos e garantias fundamentais.

A CF/88 é caracterizada pela inserção dos direitos de segunda geração, que é uma geração de direitos que não mais correspondem a abstenção do Estado, mas que obrigam uma prestação positiva. Dentre os direitos característicos dessa fase, temos os que dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer e por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos (MENDES, 2012). Isso é posto no art. 6º.

> 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.

Além disso, a Carta dispõe no artigo 205 que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Ela não regulamenta de forma direta as formas de como isso deve ocorrer, e nem impõe restrições para tanto, pois visa o pleno desenvolvimento pessoal.

Assim, nem que seja majoritariamente no plano teórico, o Brasil apresenta uma vasta cobertura ao que tange o direito à educação. Sendo positivado em primeiro plano na Constituição Federal e ulteriormente por normas como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação – a qual será melhor explanada; Plano Nacional de Educação; Estatuto da Criança e do Adolescente, entre outros.

3 A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO E O ENSINO SUPERIOR

A LDB é um mecanismo jurídico que baliza toda a dinâmica organizacional da educação brasileira, buscando sempre direcionar o ensino nos moldes propostos pelo legislador. A respeito disso, o professor Dermeval Seviani explique que,

> Considerando-se a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional como a Lei maior da educação no país, por isso mesmo denominada, quando se quer acentuar a sua importância, de "carta magna da educação", ela se situa imediatamente abaixo da constituição, definindo as linhas mestras do ordenamento geral da educação brasileira. Dado este caráter de uma lei geral, diversos de seus dispositivos necessitam ser regulamentados através de legislação específica de caráter complementar. E é precisamente nesse contexto que vai se processando, através de iniciativas governamentais, o delineamento da política educacional que se busca implementar. (SAVIANI, 1998, p.2).

Assim, a primeira LDB foi publicada pelo presidente João Goulart, na data de 20 de dezembro de 1961 e foram necessários 13 anos de tramitação para a efetiva promulgação. Nesse período de tramitação, duas correntes opostas (os *estatistas* formado por partidos de esquerda e os *liberalistas* formado por partidos de direita) objetivavam definir o escopo da lei. No final do transcorrer, as ideias disseminadas pelos liberalistas integraram maior parte da lei, que pregava uma visão de um Estado reduzido, com pouca intervenção e sem muitos direitos garantidos.

Posteriormente, para a criação da LDB de 1971, tendo em vista o momento conturbado vivenciado – ditadura militar – o projeto decorreu dos estudos elaborados por um grupo de trabalho instaurado pelo presidente general Garrastazu Médice, através do decreto nº 66.600, de 20 de maio de 1970. Essa Lei passou a fazer parte do novo rol de normas que regulam o ensino, entre as quais, as que a antecede, como a LDB/61 e as reformas universitárias de 1968. (RODRIGUES, 2012)

A educação passa a retomar um caráter profissionalizante, corroborando ao eixo ideológico predominante na época. Além disso, o Decreto-lei nº 477, de 26 de fevereiro de 1969 e outros decretos, findaram com os movimentos sociais e suprimiu qualquer tipo de movimentação por parte do corpo discente e docente. Além disso,

> A institucionalização das triagens ideológicas, a cassação de professores e alunos, a censura ao ensino, a subordinação direta dos reitores ao Presidente da República, as intervenções militares em instituições universitárias, o Decreto-lei 477/69 como extensão do AI- 5 ao âmbito específico da educação e a criação de uma verdadeira polícia-política no interior das universidades, corporificada nas denominadas Assessorias de Segurança e Informações (ASI), atestam o avassalador controle exercido pelo Estado Militar sobre o Ensino. (GERMANO, 1994)

Em 20 de dezembro de 1996, foi instituída a lei 9.394 que estabeleceu as novas diretrizes e bases da educação nacional. Em sua formação, ao contrário dos antecedentes ditatoriais, houve uma ampla consulta popular projetando os novos rumos da educação no país.

Referente ao ensino superior, a nova LDB e as ações do governo – na época de Fernando Collor de Melo – buscou ampliar e facilitar o acesso a esse nível de ensino. Assim, houve um grande salto no número de vagas e o processo para criação de faculdades foi facilitado, assim, os centros de ensinos privados passaram por um processo de popularização, trazendo um maior número de alunos.

Segundo o Censo de Ensino Superior realizado pelo INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), no ano de 2013 existiam 2.391 instituições de ensino superior espalhados pelo Brasil, conforme disposto na Tabela 1.

Tabela 1. Evolução no número de instituições de educação superior no Brasil. 2010 - 2013

Ano	Total	Categoria Administrativa			
		Federal	Estadual	Municipal	Privada
2010	2.378	99	108	71	2.100
2011	2.365	103	110	71	2.081
2012	2.416	103	116	85	2.112
2013	2.391	106	119	76	2.090

Fonte: Censo da Educação Superior. Inep/Deed.

Como é possível observar, as instituições privadas são as que mais contribuem para uma universalização do acesso ao nível superior, uma vez que se contabilizam, aproximadamente, 20 vezes mais instituições privadas que federais.

Ocorre que, esse grande número de universidades privadas decorre da nova normatização que a LDB/96 implantou, pois ela ampliou as formas institucionais que podem oferecer cursos superiores, colocando os Centros Universitários e as Faculdades Integradas como novas modalidades jurídicas capacitadas para tanto.

De acordo com o último resumo técnico produzido em 2013 com o Censo da Educação superior disponibilizado pelo Inep, os cursos de graduação atingiram o total de 7.305.977 (sete milhões trezentos e cinco mil e novecentos e setenta e sete) matrículas.

No ano de 2013, desse montante, apenas 1.932.527 (um milhão novecentos e trinta e dois mil e quinhentos e vinte e sete) têm vínculo com uma instituição pública de ensino. Ou seja, uma pequena parcela não precisa arcar com os custos das altas mensalidades. Mesmo assim, é possível analisar uma progressiva evolução.

4 LEI DE DIRETRIZES E BASES COMO NORMA RESTRINGETE DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Como exaustivamente exposto, a LDB é a norma que regulamenta o ensino no país. Todavia, no ordenamento vigente, a Constituição detém um lugar privilegiado e como analisa Ferreira Filho (2001, p. 20) "A Constituição rígida é a lei suprema. Ela é a base da ordem jurídica e a fonte de sua validade. Por isso, todas as leis a ela se subordinam e nenhuma pode contra ela dispor".

Nesse esteio, a CF/88 sendo o ápice do organismo estatal, resta claro que não é possível norma infraconstitucional pregar o contrário do disposto. Assim, adentrando ao tema proposto, vale analisar a seguinte disposição da Magna Carta:

> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;
> II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;
> III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
> IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;
> V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;
> VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;
> VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde

Como é possível observar, o artigo retro diz respeito as condições e garantias que o Estado deve prestar para com a educação. Sucede-se que, a Carta Constitucional expõe de maneira clara no inciso V a possibilidade dos indivíduos que sejam capazes para tanto alcançarem o mais amplo e irrestrito acesso aos níveis mais altos do ensino, pesquisa e da criação artística.

Isto é, o elemento rudimentar é a capacidade do indivíduo. Nesse esteio, o estudante que, independente do ano curricular que está cursando, é aprovado em um teste seletivo para ingressar no ensino médio, deveria, *vide* constituição, ter a possibilidade de fazer a matricula na instituição.

Entretanto, aplicando na mesma situação, conforme o art. 44, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, é necessário ter o ensino médio ou equivalente completo e aprovação no vestibular. Aí é possível observar a primeira restrição ao acesso ao nível superior.

À luz da legislação, por equivalente ao ensino médio completo entende-se como supletivo, disposto nos artigos 37 e 38 da LDB.

> Art. 37. A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.
> § 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderam efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas, consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.
> § 2º O Poder Público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.
> § 3º A educação de jovens e adultos deverá articular-se, preferencialmente, com a educação profissional, na forma do regulamento.
> Art. 38. Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.
> § 1º Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:
> I - no nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de quinze anos;
> II - no nível de conclusão do ensino médio, para os maiores de dezoito anos.

Assim, o inciso II do art. 38 possibilita somente para maiores de dezoito anos a possibilidade de realização da prova que tem caráter equivalente a conclusão do ensino médio regular. Desta forma, o estudante que alcançou aprovação em uma universidade, mas não tem 18 anos não é apto, teoricamente, a ingressar no ensino superior.

Na prática, ainda não existe uma corrente jurisprudencial e doutrinária uniforme no que tange o tema em questão. Por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 01ª Região entendeu que a conclusão nos termos da lei é elemento indispensável para o ingresso no nível superior e não vê como um total descumprimento do Art. 208, inciso V. Assim decidiu a turma:

> ADMINISTRATIVO. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO ANTES DO INÍCIO DO PERÍODO LETIVO. 1. A regra inscrita no inciso V do artigo 208 da Carta Constitucional de fato assegura o acesso aos níveis mais elevados de ensino segundo a capacidade de cada um, mas tal acesso apenas se faz possível após vencidas as etapas de ascensão educacional, tanto assim que na regulamentação infraconstitucional da matéria é expresso o inciso II do artigo 44 da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em somente permitir o ingresso, no ensino superior, àqueles estudantes que concluíram o ensino médio ou equivalente e foram aprovados em processo seletivo no qual é aferida essa capacidade intelectual individual. 2. Conclusão do ensino médio que, na linha da orientação jurisprudencial assente nesta Corte, há de ser cumprida e comprovada até a data prevista para início do período letivo do curso superior, hipótese não verificada no caso em exame. 3. Remessa oficial provida, para julgar improcedente o pleito deduzido na lide, ressalvados tão só os créditos efetivamente cursados com aproveitamento por força da medida liminar deferida e da sentença sob reexame, bem como os atos acadêmicos decorrentes.
>
> (TRF-1 - REO: 4693 MA 2006.37.00.004693-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 13/07/2012,SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.268 de 31/07/2012)

De outra sorte, tem-se caso em que o parecer do Judiciário é favorável ao estudante. Como abaixo colacionado, o Tribunal de Justiça do Maranhão entendeu que os termos da LDB não podem tolher os direitos garantidos na Constituição.

> DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATRÍCULA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. CONCLUSÃO DO ENSINO MÉDIO. AUSÊNCIA. DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO SUPERIOR. CAPACIDADE DO ALUNO. DEMONSTRAÇÃO. I - Embora a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece percentual mínimo de carga horária para a conclusão do ensino médio, não deve ser obstado o acesso do candidato que já tenha demonstrado aptidão para cursar o ensino superior. II - O amplo acesso à educação deve ser reconhecido nos termos preconizados pela Constituição Federal, pautado na capacidade intelectual do candidato, mormente em se tratando de graduação em curso de nível superior. Precedentes deste Tribunal de Justiça. III - Recurso desprovido, contra o parecer ministerial.
>
> (TJ-MA - AI: 0046072014 MA 0000910-86.2014.8.10.0000, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 24/06/2014, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/07/2014)

Como mencionado, ainda não existe um entendimento parelho, conferindo uma maior segurança jurídica e uma uniformização em casos análogos. Ou seja, o rumo do processo depende do entendimento dos julgadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação apresenta um caráter fundamental nas estruturas do ser e dos organismos de poder. O principal objetivo é disseminá-la de forma universal, e conforme foi apresentado, o seu desenvolvimento histórico só apresenta expansões.

A principal analise foi a dissonância entre o texto constitucional que garante um profuso acesso a vertentes como o ensino, a pesquisa e da criação artística, através do mérito e do desenvolvimento pessoal, e a norma infraconstitucional que é a Lei de Diretrizes e Bases da Educação que expõe várias condições obstaculiza o pleno gozo do preconizado na constituição, em especial no caso dos jovens que conseguem aprovação em uma instituição de ensino superior, no entanto não conseguem efetivar a matricula sem adentrar na esfera judicial.

Objetivando sanar as divergências existentes nos julgados, desde o ano de 2015 dois projetos de lei tramitam na Câmara para positivar normas que acabem com as dúvidas existentes. O PL 690/15 busca alterar a LDB, passando admitir a matrícula em curso de graduação de estudante que, ainda cursando o ensino médio, tenha sido aprovado em processo seletivo e obtido pontuação no Exame Nacional de Ensino Médio que o habilite ao certificado de conclusão desse nível de ensino.

Já o PL 1.298/15 pretende conceder certificado de conclusão de ensino médio para aqueles que, independentemente da idade, tenham cursa 50% (cinquenta por cento) da carga horária correspondente ao terceiro ano do ensino médio, além da aprovação em vestibular.

Desta maneira, é visível a evolução desse direito e, além disso, ainda que em tramitação, existem perspectivas de uniformização do tema em comento. Para que isso ocorra, faz-se necessário uma ação ativa do Legislativo para que finalize as incertezas sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Censo da educação superior 2013: Resumo Técnico**. – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2015. Disponível em <http://download.inep.gov.br/download/superior/censo/2013/resumo_tecnico_censo_educacao_superior_2013.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro.

_____.Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.**Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em 20 de janeiro de 2016.

_____.Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.

_____.Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível** em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 25 de janeiro de 2016.

_____.Tribunal Regional Federal da 01ª Região. **REO: 4693 MA 2006.37.00.004693-6**, Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Data de Julgamento: 13/07/2012, Sexta Turma, Data de Publicação: e-DJF1 p.268 de 31/07/2012. Disponível em: <http://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21967062/remessa-ex-officio-reo-4693-ma-20063700004693-6-trf1>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016.

_____.Tribunal de Justiça do Maranhão. **AI: 0046072014 MA 0000910-86.2014.8.10.0000**, Relator: Marcelo Carvalho Silva, Data de Julgamento: 24/06/2014, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 10/07/2014. Disponível em: <http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/160016866/agravo-de-instrumento-ai-46072014-ma-0000910-8620148100000>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2016.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença.** Cadernos de Pesquisa**,** São Paulo, n. 116, p. 245-262, Julho 2002.Disponívelem:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010015742002000200010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em15 de janeiro de 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de Direito Constitucional**. – 27. ed. atual. SP: Saraiva, 2001.

GERMANO, Jose Wellington. **Estado militar e educação no Brasil: 1964 – 1985**. – 2. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**/ Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem.** Aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, pela resolução 217 A (III) de 10 de dezembro de 1948.

PILETTI, Nelson. **História da educação no Brasil.** 7. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RODRIGUES, Samuel de Oliveira**. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1971: O Ensino Médio no Contexto Autoritário da Ditadura Militar (1964-1985).** Lenpes-pibid de Ciências Sociais - Uel., Londrina, v. 1, n. 2, p.1-20, dez. 2012. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/lenpes-pibid/pages/arquivos/2%20Edicao/SAMUEL%20%20ORIENT.%20ANGELA%20E%20ILEIZI.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2016.

SAVIANI, Dermeval. **Da nova LDB ao novo plano nacional de educação: por uma outra política educacional.** – Campinas, SP: Autores Associados, 1998.

IDENTIDADE DE GÊNERO E A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL CONTIDA NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

MORAES, Adonias Calebe de[1]
PIASETZKI, Giselle Carolina[2]
REDÍGOLO, Natália Carolina Narciso[3]

RESUMO

O objetivo deste trabalho é conscientizar os leitores a respeito de uma realidade que não é muito discutida, a realidade das crianças transgênero, que, por muitas vezes não encontram o apoio necessário da família e, como será visto, nem mesmo dos profissionais da área infanto-juvenil, que se mostram despreparados para lidar com tal veracidade e mostrar um possível desrespeito ao Estatuto em questão. Com base nesses pressupostos será analisado a respeito do termo "gênero" e sua formação histórica, assim como será levantado os caminhos da Doutrina da Situação Irregular, anterior ao ECA, até a Doutrina da Proteção Integral, sendo essa a garantidora de que as crianças e adolescentes tenham prioridade absoluta na efetivação de direitos. A pesquisa foi materializada por meio de dados bibliográficos e mostra que, apesar do compromisso do Estado com o universo infanto-juvenil apenas uma criança brasileira conseguiu firmar sua identidade de gênero.

Palavras-chave: Doutrina da Proteção Integral, Identidade de gênero, Direito sexual.

GENDER IDENTITY AND DOCTRINE OF THE INTEGRAL PROTECTION INCLUDED IN THE BRAZIL'S STATUTE OF THE CHILD AND THE ADOLESCENT

ABSTRACT

The objective of this work is to educate readers about a reality that is not much discussed, the reality of children transgender, which, often do not find the necessary support from family and, as will be seen, not even the professionals juvenile who are unprepared to deal with such veracity and show a possible disregard the Statute in question. Based on these assumptions will be analyzed regarding the term "gender" and its historical formation, as will up the paths for the Doctrine of Irregular Situation prior to the ECA, to the Doctrine of Integral Protection, which is the guarantor of children and teenagers have absolute priority in enforcing rights. The research was materialized through bibliographic data and shows that, despite the State's commitment to the children's universe only a Brazilian child managed to sign their gender identity.

Keywords: Doctrine of Integral Protection, Gender Identity, Sexual Law.

[1] Acadêmico Adonias Calebe de Moraes, do curso de Direito – UNIOESTE.
[2] Acadêmica Giselle Carolina Piasetzki, do curso de Direito – UNIOESTE.
[3] Professora Mestre Natália Carolina Narciso Redígolo – Orientadora – UNIOESTE.

1 INTRODUÇÃO

A criança está sob a égide da Doutrina da Proteção Integral, a qual parte da concepção de que a mesma deve ser tratada com prioridade absoluta tendo em vista que são pessoas em processo de desenvolvimento, necessitando de atendimentos especiais e equivalentes com sua faixa etária – convém lembrar que o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) define em seu art. 2º: " Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

O presente trabalho pretende apontar para um possível desrespeito a esse Estatuto, bem como a Doutrina já mencionada, que, visto como modelo no que tange a questão da criança, ainda carece de efetivação, melhoras, e atualização do contexto social. Tal carência se deve a identidade de gênero.

Será exposta a percepção atual do que é gênero, como o termo surgiu, o motivo de ter surgido, bem como as mutações que sofreu durante o tempo, de forma que será abordada uma retrospectiva histórica, essencial para o entendimento do tema abordado.

Michel Foucault e sua teoria sobre o poder em forma de redes será de grande valia no entendimento da forma como o discurso da sexualidade é inserido na vida das crianças, ou melhor, o discurso do que é certo e errado no que tange essa questão.

Serão levantadas possíveis consequências na vida de uma criança que vive no "corpo" de um gênero oposto ao qual se identifica, sem poder se afirmar como gostaria, pois, logo ao nascer a criança é inserida a um ambiente segregado entre meninos de um lado e meninas de outro, desde um quarto rosa a outro azul, até na escolha dos brinquedos- em consonância com o dito no parágrafo anterior. Tudo pré-determinado, o que é aceitável ou não. E as crianças que não se acostumam com tal tratamento, sob o manto da Proteção Integral devem ter atendidas as suas necessidades.

O mesmo entendimento histórico será levantado em relação ao ECA, já que é o grande mecanismo de proteção infanto-juvenil, sendo lembrado um momento anterior ao da Proteção Integral, a Doutrina da Situação Irregular, sendo defeituosa e sem previsão para todas as crianças.

Avançando no grande tema, será conceituado o que é Transtorno de Identidade de Gênero (TIG), e a análise do artigo de Vanessa Leite sobre o direito sexual da criança e do adolescente, e se realmente tais pessoas saíram da situação de "menores" para a situação de portadores de direitos.

Alguns casos de crianças que, muito cedo, por volta de 2 ou 3 anos de idade já se identificavam com o gênero atribuído com o sexto oposto ao seu, com ênfase no caso de Luíza, que nasceu um menino chamado Leonardo e se tornou a primeira criança brasileira a poder mudar seus documentos em compatibilidade ao gênero ao qual se identificava, o feminino.

Por fim, busca-se intensificar o debate a respeito da diversidade, de como a respeitar as diversas manifestações sejam gênero ou não.

2 DEFINIÇÃO DE GÊNERO

Gênero é um termo importantíssimo para movimentos como o feminismo, porém uma definição é demasiadamente difícil. Começou a ser utilizado por volta de 1980 pelas feministas para exemplificar as desigualdades entre o masculino e o feminino, bem como para denunciar a condição social da mulher tanto na vida pública como na privada.

Surge também ao passo que o termo "sexo" não conseguia explanar sobre os "papéis" atribuídos ao homem e a mulher durante a construção social. A Professora Ela WieckoVolkmer de Castilho (2008, Dicionário dos Direitos Humanos) diz que,

> [...] o gênero veio como uma categoria de análise das ciências sociais para questionar a suposta essencialidade da diferença dos sexos, a ideia de que mulheres são passivas, emocionais e frágeis; homens são ativos, racionais e fortes. (...) Gênero é uma categoria relacional do feminino e do masculino. Considera as diferenças biológicas entre os sexos, reconhece a desigualdade, mas não admite como justificativa para a violência, para a exclusão e para a desigualdade de oportunidades no trabalho, na educação e na política.

A expressão do gênero vem, aos poucos, adentrando a esfera normativa, como na notável introdução no Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma (Decreto n. 4.388, de 25/09/2002), apesar de reduzido, conceitua de acordo com o art. 7º, item 3, "entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado".

Para a professora Maria Jesus Izquierdo (1990, *apud* CARLOTO, 2011 revista eletrônica),

> [...] poderíamos nos referir aos gêneros como obras culturais, modelos de comportamento mutuamente excludentes cuja aplicação supõe o hiperdesenvolvimento de um número de potencialidades comuns aos humanos em detrimento de outras. Modelos que se impõem ditatorialmente às pessoas em função do seu sexo. Mas esta só seria uma aproximação superestrutural do fenômeno dos gêneros.

A autora tenta propor uma definição do que seria gênero, mas acaba por entender que sua visão é geral, não sendo capaz de abarcar todas as implicações referentes a questão que segue em construção.

Há ainda uma corrente que diz que a dicotomia feminina X masculino já não atende a realidade social, a tal identidade deve abranger-se para homossexuais, lésbicas, transexuais, travestis e afins, que não se identificam como homens ou mulheres, bem como com possíveis atribuições a cada um. O doutor em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Leandro Colling, diz para a Revista Observatório da Diversidade Cultural: “O aspecto perverso do binarismo de gênero tem sido denunciado e analisado há anos pelos estudos das sexualidades e dos gêneros e também por inúmeras pessoas do ativismo”.

Para o trabalho em questão tomaremos o entendimento de que gênero é um conceito que veio para romper com o determinismo imbricado nos ditos "papéis sociais", estes sendo frutos da construção sociocultural que, ao moldar tais papéis, acabou os criando. Ou seja, gênero, refere-se ao dado cultura, diferente de sexo que se refere ao físico-biológico, presença do órgão sexual característico. Gênero questiona o que é ser "mulher" e concomitantemente questiona o que é ser "homem”. Gênero questiona se quem nasceu como homem, necessariamente se identifica com o gênero masculino.

3 HISTÓRIA DO GÊNERO

Etimologicamente, gênero tem origem no latim *genus* que significa "nascimento", "família". Foi apropriado, inicialmente, por psicólogos norte-americanos como Money, Ehrhardt e Stoller para entender pessoas que apresentavam características dos dois sexos, feminino e masculino, no mesmo corpo, conforme exemplifica o pesquisador Adriano Senkevics.

As guerras mundiais aqui têm um grande papel, à medida que a população masculina entrava em declínio, as mulheres que anteriormente eram excluídas da possibilidade de trabalho, exceto a domiciliar, agora precisavam suprir as lacunas da guerra. A partir de então surgem movimentos feministas em busca da conquista de direitos iguais entre homens e mulheres, como o voto, acesso à educação, equidade salarial, etc, em concordância com Andrea Gonçalves Praun (2011).

Para muitos que estão acostumados com conceitos fechados, já acabados, falar na questão do gênero se torna um exercício um tanto quanto complexo. É relativamente novo o estudo do gênero, com as mulheres adentrando o meio acadêmico na Europa apenas no pós-

guerra, segundo Júlian Marías (1981) com elas vieram os problemas de seu universo, um novo olhar então.

Entre as feministas podemos citar a Simone Beavoir como grande contribuinte no que concerne a tentativa de se conceituar gênero. No seu livro *O segundo Sexo,* ela afirma que "Não se nasce mulher, torna-se mulher". Ao trazer essa frase, questiona-se o que é ser mulher, ora, como assim não se nasce mulher? "O que é ser mulher? Um dos primeiros questionamentos do livro em questão, é que será que ser mulher é apenas possuir um útero. Segundo Dona Haraway (2004, p.211):

> [...] apesar de importantes diferenças, todos os significados modernos de gênero se enraízam na observação de Simone de Beauvoir de que "não se nasce mulher" e nas condições sociais do pós-guerra que possibilitaram a construção das mulheres como um coletivo histórico, sujeito-em-processo. Gênero é um conceito desenvolvido para contestar a naturalização da diferença sexual em múltiplas arenas de luta.

Vale salientar que, dentro de uma sociedade, alguns conceitos são voláteis, isto é, são passíveis de redefinições, não sendo estáticos. Assim, cita-se como exemplo a temática em voga, o conceito de gênero, que outrora era sinônimo de sexo, atualmente é reconhecido a sua distinção conceitual e prática.

4 RELAÇÕES DE PODER

Foucault, como de costume, vai de encontro à ideia dominante, em "Vigiar e Punir: nascimento da prisão" foi contrário à ideia de um poder centralizado na figura do Estado, sendo então exercido em redes, em todos os lugares. Em "História da Sexualidade" não foi diferente, acredita o autor que o discurso do sexo não é repressivo, controlado, e está muito mais ligado a incitação, “Não se fala menos do sexo, pelo contrário. Fala-se dele de outra maneira; são outras pessoas que falam, a partir de outros pontos de vista para obter outros efeitos” (FOUCAULT, 2001 P. 17). “Nesse modo, o que se sabe sobre a sexualidade, desde crianças, passa pela análise da escola, da família, como e para quem será falado, são inseridas regras e normas para se tratar do assunto, de modo a encerrá-lo, moldá-lo” (GUIMARÃES, 2012 p. 21).

Somos instigados a afirmar o que motiva nosso gozo (GUIMARÃES, 2012 p. 21), de modo que as “instituições de poder e saber"- para Foucault as relações de poder acontecem em todos os lugares e situações, mas são mais fortes quantos institucionalizadas, a exemplo da escola, prisão - aqui pense na religiosa, possa analisar nossos gostos, e condenar o que é tido como ilícito ou imoral.

Desse modo desde a infância estamos cercados por pessoas que implantam a nós o conteúdo sexual (GUIMARÃES, 2012 p.21). Esses discursos sobre o sexo buscam um direcionamento comportamental, e acabam por conseguir.

Partindo dessa construção feita por Foucault, pode-se pensar no exposto na introdução deste trabalho, desde a infância existe um universo rosa e um azul, os brinquedos deste e aquele sexo, sendo o feminino ligado à maternidade e ao domicílio, enquanto o masculino a carros, velocidade, liberdade,

> Essas brincadeiras visam disciplinar os corpos e construir uma determinada identidade do homem e da mulher com uniformidade moral, sendo adequadas ao padrão tido "ideal" para viver em sociedade, ou seja, o corpo determinará a vida que o sujeito deverá ter, (CRUZ, SILVA, SOUZA, 2012, p 1).

5 A IMPORTÂNCIA DO ENSINO

A questão de gênero, hora ou outra, é percebida por todas as pessoas, e ensinar sobre a diferença previne a incidência de "pré-conceitos" que estão consolidados em nossa sociedade.

Apesar de a homossexualidade ter deixado de ser considerada uma doença desde 1974 pela Associação Norte Americana de Psicologia e desde 1990 pela Organização Mundial da Saúde (OLIVEIRA, 2011 p. 4), ainda é possível ver inúmeros discursos de ódio ao diferente, seja por membros religiosos, políticos e partes da sociedade, caracterizada por um forte conservadorismo e fundamentalismo.

Oliveira cita em seu artigo "A importância do ensino sobre questões de gênero na educação" o caso em que o deputado brasileiro Jair Bolsonaro em uma entrevista ao programa televisivo "CQC", diz que seus filhos nunca seriam homossexuais, pois, ele dá uma boa educação a eles, evidenciando sua opinião de que ahomossexualidade é uma falta de educação que se traduz nessa – suposta – escolha da sexualidade.

A questão do gênero, que não está ligada diretamente a orientação sexual – haja visto que é possível alguém que não se sinta pertencente ao gênero masculino mudar de sexo e ainda se sentir atraído por outra mulher – é ainda vista com mais estranheza. À vista disso, faz-se necessário uma abordagem cada vez mais consistente, para que a questão de gênero seja entendida e trabalhada com o máximo de naturalidade.

6 O ECA–ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O estatuto da criança e do adolescente está em vigor desde 1990, e sofreu e sofre diversas críticas daqueles que discordam da ideia de que a criança e ao adolescente são seres em formação, vulneráveis, e por isso necessitam de proteções especiais. Sua construção se deu a partir da doutrina da "Proteção Integral". Tal doutrina tem base nas resoluções das Nações Unidas, bem como está amparada na Constituição Federal de 1988.

A proteção à criança outrora era feita a partir de relações hierárquicas, onde quem detinha o poder familiar poderia, arbitrariamente, agir de modo a zelar pelo "interesse do menor", muitas vezes tiranicamente, com violências físicas (AMARAL, 1999 p. 1). A intervenção estatal se dava apenas para aqueles em "situação irregular", termo genérico que possibilitava um poder ilimitado da autoridade judiciária para com essa população - o Código de menores de 1979, por exemplo, tinha um segmento repressivo para com o universo infanto-juvenil.

Com a redemocratização (fim da Ditadura Militar 1964-1985) a promulgação de uma nova constituição contou com um grupo encarregado de lidar com a questão da criança e do adolescente, tendo em vista que a lei acompanha desenvolvimento da sociedade, estudos foram feitos sobre aqueles que estavam sob a "Doutrina da situação irregular". O resultado foi o artigo 277 da Constituição Federal de 1988*, caput*:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A base do Estatuto assim foi consolidada, em 13 de julho de 1990 o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente- Lei 8.069/90) é promulgado, apresentando uma série de direitos e deveres para essa população, afastando o arbítrio do Estado. Desde então, o problema maior do ECA tem sido sua efetivação, conforme conclui Moacyr Pereira Mendes (2006 p.11),

> Se para muitos o ECA parece uma utopia, mas outros é encarada como uma batalha a ser enfrentada no sentido de se aprender a nova visão apresentada pelo Estatuto, objetivando a aplicação das normas e preceitos nele contidos.

7 A DOUTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

No que diz respeito a proteção da população infanto-juvenil no quadro brasileiro, pode-se citar dois momentos, o primeiro que foi anteriormente citado é o momento da

"Doutrina da situação irregular", ou seja, a criança (leia-se também o adolescente) só era atendida em casos irregulares, como estando sem família ou quando praticavam atos delituosos.

O segundo momento, é o importante para este trabalho, a "Doutrina da Proteção Integral" que foi abraçada na última constituição brasileira. Conforme traz Renata Malta Vilas-bôas para o portal eletrônico Âmbito Jurídico (2011):

> A Declaração dos Direitos das Crianças foi publicada em 20 de novembro de 1959 pela ONU. E no cenário internacional, essa Declaração acabou originando a doutrina da Proteção Integral, que somente entrou em nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988.

A lei traz uma série de obrigatoriedades para efetivar a proteção desses seres em formação, coloca-os como absoluta prioridade em todos os aspectos, conforme observado no parágrafo único, art. 4º:

> Art. 4º [...] Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude

Dessarte, não cabe apenas ao Estado dar prioridade a criança e ao adolescente, mas a família e toda a sociedade concomitantemente, como as três grandes esferas formadoras e garantidoras dos direitos abordados no Estatuto.

Assim, a criança e o adolescente são vistas, pelo menos na lei, como sujeitos de direitos, e não mais objetos passíveis de intervenção familiar e estatal arbitrárias. São portadores de todos os direitos aos quais os considerados adultos possuem e também aqueles especiais que atendem a sua condição de sujeitos em situação peculiar de desenvolvimento. Tal valoração pode ser pensada como um respeito as gerações futuras.

A doutrina representou um grande avanço, o ECA é visto internacionalmente como um modelo no que diz respeito aos direitos humanos. O que cabe dúvida é se tudo que está previsto na lei seja defendido na realidade.

8 TRANSTORNO DE IDENTIDADE DE GÊNERO (TIG)

Também chamado de transgênero, ocorre quando sua identidade de gênero não é compatível com sua identidade sexual. Aqui cabe frisar que identidade de gênero é a convicção que cada um tem de si sendo masculino ou feminino, independente do seu órgão sexual.

Nesse transtorno há uma grande identificação com o gênero comumente atribuído ao sexo oposto, há uma aspiração de ser do sexo contrário ao seu, tal situação causa desconforto na pessoa em que é acometida por tal situação. Há sensação de descolamento, e a segurança de que nasceu com o sexo "errado".

9 A SEXUALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Vanessa Leite em seu artigo "A sexualidade adolescente a partir de percepções de formuladores de políticas públicas: refletindo o ideário dos adolescentes sujeitos de direitos" nos induz a questionar a respeito do direito sexual das crianças e dos adolescentes, tendo em vista que, como dito anteriormente, tal população tem os mesmos direitos que os adultos – com acréscimo dos especiais– por que ainda não podem se afirmar como gostariam?

> A construção do ideário dos direitos sexuais no espaço político dos direitos humanos e do paradigma das crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, trazido pela mudança no marco legal brasileiro com a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, serviu de base para um debate acerca da possibilidade de os adolescentes serem titulares de direitos sexuais (LEITE, 2012 p. 91)

Um novo olhar sobre os Direitos Humanos foi essencial para a consolidação das garantias da criança e do adolescente, não mais vistos como *menores*, mas como sujeitos de direitos. Leite em sua pesquisa entrevista conselheiros infanto-juvenis para entender melhor essa mudança de perspectiva e sua ocorrência no dia a dia, e acaba por descobrir que,

> No discurso dos entrevistados encontrei o entendimento de que, de alguma forma, a sociedade não rompeu com uma visão das crianças e adolescentes como objetos dos interesses e desmandos dos adultos. Persiste certo "ranço menorista", baseado na lógica da criança coitada, ou da criança perigosa, vítima ou algoz, não sujeito de direitos (LEITE, 2012 p. 93)

Entende-se que, apesar de toda a previsão legal, do avanço jurídico exposto, na realidade, pela visão daqueles que deveriam aplicar essas políticas, os jovens ainda são vistos como *menores*. Assim ainda está distante a total afirmação destes como sujeitos de direitos. É razoável que uma realidade não se muda repentinamente, no momento da promulgação de uma lei, é preciso que se adequem a uma série de medidas. Trata-se de um processo complexo e por vezes delongado.

Posto isso, no que diz respeito aos direitos sexuais, em luta nos movimentos feministas e LGBT, citando outra vez Leite "Todos os interlocutores afirmaram que a grande maioria das instituições não trata formalmente o tema da sexualidade com os adolescentes, de certa

maneira negando essa dimensão da vida deles" (LEITE, 2012 p. 96). Ainda em sua pesquisa, Leite traz que, tanto o assunto é tratado, se limita a prevenção de gravidez, para as meninas, já que é tido como um "problema de menina", e prevenção de DST'S,

> O posicionamento de outros deixou claro que o maior "problema" são os travestis e transexuais, pois estes incomodam, porque rompem com uma certa regra do silêncio. Rompem com a lógica de que "você pode até fazer, mas não pode expressar". A "visibilidade" traz à tona o incômodo que, não assumido pela instituição, volta-se contra o adolescente que ousa revelá-lo. Um dos entrevistados, ao relatar a experiência de sua instituição, diz que, se não houver um acordo (ou seja, adesão às roupas e comportamento esperado do gênero a ele atribuído), o adolescente não poderá ser "protegido da violência dos outros", ele que "será o prejudicado" (LEITE, 2012 p. 97).

9.1 CASOS

Há diversos casos de crianças que, muito novas, a partir dos 2, 3 anos sentem que estão “presas” em um corpo que não deveria ser seu. Muitas vezes o processo de descoberta e entendimento da situação é longo, tento em vista que os pais, geralmente, acreditam que seja uma fase da criança, e antes do surgimento da internet a situação era ainda mais agravante, pois os familiares acreditavam serem os únicos com tais “problemas”.

Dyson Kilodaviscorre, pula, sobe em árvores, seria facilmente identificado como pertencente ao gênero masculino (como se esperava) se não fosse o fato de gostar de usar vestidos desde seus dois anos de idade. Tal fato resultou no livro, de autoria de sua mãe Cheryl Kilodavis, “Myprincess boy” (Meu menino princesa).

"Se eu tivesse que viver como um menino, ficaria muito triste. Muito triste mesmo. Mas agora, vivo como uma menina e me sinto muito melhor", frase de Lily, uma garotinha que nasceu como menino, enfrentou dificuldades em casa, escola, mas agora pode finalmente viver como quiser.

Poderiam ser mostrados diversos relatos, mas para o trabalho em questão convém o caso de Luíza, uma criança que aos 9 anos de idade consegue mudar seu gênero por meio de decisão judicial, segundo a Veja sp 26/01/2016, sendo a mais jovem brasileira a auferir esse objetivo. O juiz Arderson Candiotto, que concedeu a mudança, diz que: “a personalidade da criança, seu comportamento e aparência remetem, imprescindivelmente, ao gênero oposto de que biologicamente possui, conforme se pode observar em todas as avaliações psicológicas e laudos proferidos pelo Ambulatório Transdisciplinar de Identidade de Gênero e Orientação Sexual, do Instituto de Psiquiatria, do Hospital das Clínicas de São Paulo, evidenciando a preocupação dos pais em buscar as melhores condições de vida para a criança” (VEJA, 2016).

Luiza foi barrada de uma escola particular (proprietários possivelmente com medo de perder clientes) e se matriculou em uma pública.

9.2 CRIANÇAS PODEM ESCOLHER SEU GÊNERO?

O caso de Luíza foi uma surpresa, mesmo os defensores da causa se espantaram com tal resolução, tendo em vista o caráter ainda conservador da sociedade brasileira. Ao debater o caso em questão, a advogada Camila Marques dos Santos em entrevista à Revista AZmina, diz que "As pessoas questionam: 'como a criança vai ter autonomia para escolher o que quer ser? ". Porém, o que ocorre é que a criança não escolhe ser ou não ser menino ou menina, ela simplesmente se identifica com o sexo oposto ao sexo biológico com que nasceu".

Quem acaba por escolher, na maior parte das vezes são os próprios pais, com seus modelos pré-definidos de como deve ser e se portar uma criança. O embasamento legal que foi utilizado pelo juiz é de uma nova interpretação da lei, chamada de "neoconstitucionalismo", surgida na década de 1990, onde os princípios do Direito são mais utilizados (BARROSO, 2005), deixando de ver a lei apenas em seu aspecto formal, assim pode ser citado o princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Até essa decisão, a idade para a mudança de nome por incompatibilidade ao gênero era apenas para maiores de 18 anos. Há, contudo, um projeto de lei do deputado Jean Wyllys (PSOL) intitulada de "Lei João w Nery– Lei De Identidade De Gênero" que no artigo 5º sobre a mudança dos registros documentais,

> Art. 5 º [...] deverá ser efetuada através de seus representantes legais e com a expressa conformidade de vontade da criança ou adolescente, levando em consideração os princípios de capacidade progressiva e interesse superior da criança, de acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A advogada Santos ressalta que a decisão de Luíza foi um caso isolado, e não garante a todas as crianças transgêneros a mudança em seus documentos, se fosse outro juiz seu caso poderia ter acabado de outra forma.

9.3 IDENTIDADE DE GÊNERO EM RESPEITO A "PROTEÇÃO INTEGRAL"

Segundo o art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990),

> Art. 3º 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. **(Destacado)**

O trecho acima mencionado já seria o suficiente para uma interpretação afirmativa a respeito da identidade de gênero das crianças e adolescentes, que, como dito anteriormente, a recusa causa angustia por não terem o gozo de se afirmar como gostariam, além de causar vários problemas que podem se estender por toda a vida adulta. Cabe frisar que a busca da afirmação da identidade de gênero não é apenas no que diz respeito à intervenção cirúrgica (caso ainda mais complexo), mas sim no que cerne a liberdade de ser quem "se realmente é". Nos princípios de Yogyakarta sobre a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos,

> [...] a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo. O exercício do direito à identidade de gênero pode envolver a modificação da aparência ou da função corporal através de meios farmacológicos, cirúrgicos ou de outra índole, desde que isso seja livremente escolhido. Também inclui outras expressões de gênero, como a vestimenta, os modos e a fala. (BRASÍLIA, 2013 *apud* Princípios de Yogyakarta, 2007 p. 6).

Se a criança deve ter atendida todas suas necessidades "a fim de facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social", se são sujeitos de Direito, assim como os adultos, e ainda com os direitos especiais devido a situação peculiar de desenvolvimento, por qual motivo é tão difíceis casos como o de Luíza? Por que mesmo os defensores dessa liberdade se espantaram diante do fato?

Deve a criança esperar a maioridade para que seja chamada na escola como gostaria? Deve a criança passar por tais constrangimentos indo ao encontro com o Princípio da Dignidade Humana, bem como, a proteção a ela está sendo efetivada integralmente? Nem todas encontram juízes como Candiotto. Infelizmente muitos ainda fazem uso de argumentos religiosos. Jeronymo Villas Boas, juiz de Goiás, segundo o Portal Uol Online, mandou anular a união estável de um casal gay, ignora resolução do STF, sob o argumento de que eles não eram uma família, ou seja, ainda está à mercê da sorte aqueles que fogem do considerado "normal".

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É correto que o Estatuto da Criança e do Adolescente é um grande avanço na democracia brasileira, porém, a própria sociedade se mostra muitas vezes como um empecilho

ao pleno desenvolvimento das políticas ali contidas. O tema abordado mexe muitos com tais questões, ainda é um *tabu* falar que uma "fêmea" não é necessariamente uma mulher, é complexo para uma sociedade majoritariamente religiosa como a brasileira.

Ao adentrar a questão da identidade de gênero, delimitando às crianças, foram necessárias algumas revisões históricas sobre a luta por afirmações de direitos sexuais, como o feminisno e conceituações, haja vista que a primeira impressão é termos óbvios, mas se deve tomar cuidado, como a diferença entre identidade sexual (heterossexual, homossexual e bissexual) da identidade de gênero (pertencimento feminino ou masculino), e o sexo (condição anatômica) e o gênero.

Buscou-se ficar clara a importância do ensino nessa questão, ao se mencionar o trabalho de Leite, vemos a dificuldade dos aplicadores de políticas públicas para lidar com a situação sexual das crianças e adolescentes. Tal fato seria diferente se houvesse uma preparação adequada desses profissionais, uma capacitação que visasse atender as necessidades dessa população, muitas vezes o preconceito é apenas o não conhecer, e tais especialistas seriam as pessoas indicadas para dar um guia inicial aos pais e familiares.

Por fim, em respeito à Proteção Integral à criança, que já está consolidada como um compromisso no ordenamento jurídico brasileiro, necessita ser debatido o direito sexual das crianças e adolescentes, pois, como sujeitos de direitos e protegidos integralmente, devem poder ter seu desenvolvimento pleno (em concordância com o art. 3º do ECA) de modo a se afirmar, quando e onde quiserem, da forma como quiserem. O caso de Luíza, apesar de ser único deve ser olhado com entusiasmo, abre novos caminhos no ordenamento jurídico, servindo como exemplo e até mesmo podendo se tornar uma onda jurisprudencial.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista JusNavigandi**,.Teresina, 2010, 1 nov.2005..Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 10 fev. 2016

BEAVOUIR, Simone. **O segundo sexo: fatos e mitos**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970. Tradução de: Sérgio Millet.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil:** 1988. 51. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em: 20 ago. 2015.

_____. **Ministério da Educação - Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade**: Parecer Técnico nº 141/2009 – CGDH/DEIDHUC/SECAD/MEC. Disponível em: <http://www.abglt.org.br/docs/MEC%20SECAD%20Parecer%20141%202009.pdf>. Acesso em 03 fev. 2016.

BRASÍLIA, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 5002/2013 - dispõe sobre o direito à identidade de gênero alterando o artigo 58 da Lei 6.015 de 1973**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1059446.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2016.

CARLOTO, Cássia Maria. **O conceito de gênero e sua importância para a análise das relações sociais.** Londrina: Departamento de Serviço Social- Uel, 2011. 3 v. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm>. Acesso em: 28 nov. 2015.

_____. **O conceito de gênero e sua importância para a análise das relações sociais.** Londrina: Departamento de Serviço Social- Uel, 2011. 3 v. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm> Acesso em: 23 jan. 2016.

CASTILHO, Ela WieckoVolkmer de. **O que é gênero**. Ministério Público Federal- Dicionário de Direitos Humanos, 2008. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/informacao-e-comunicacao/eventos/mulher/dia-da-mulher/verbet> Acesso em: 17 dez. 2015.

CONSTANTINO, Giuseppe Luigi Pantoja. O Estatuto de Roma e a criação do Tribunal Penal Internacional. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 18 dez. 2014. Disponível.em:<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51507&seo=1"seo=1>. Acesso em: 17 jan. 2015.

CRUZ, Lilian Moreira; SILVA, Zenilton Gondim; SOUZA, Marcos Lopes de. **O brinquedo e a produção do gênero: Uma análise pós-estruturalista**. Vitória da Conquista: II Seminário Nacional de Educação, Diversidade Sexual e Direitos Humanos, 2012. Disponível para download em: <http://periodicos.ufes.br/gepss/article/view/3819/3034>. Acesso em: 25 jan. 2016.

FARIAS, Adriana. **Criança de 9 anos é a primeira no Brasil a ser autorizada pela Justiça a mudar de nome e gênero**. Revista VEJA, São Paulo, 39 jan. 2016. Justiça. Disponível em: <http://vejasp.abril.com.br/materia/crianca-transexual-primeira-justica-nome-genero-mudanca>. Acesso em: 02 fev. 2016.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: A vontade de saber. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999. Tradução de: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J.A Guilhon Albuquerque.

_____. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. 20. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999. Tradução de: Rachel Ramalheti.

GUIMARÃES, Diego Moraes. **A vontade de saber em Foucault: Uma análise sobre a construção do discurso da sexualidade**. Salvador: Universidade Federal da Bahia- Departamento de Filosofia, 2012. Disponível em: <https://petsofiaufba.files.wordpress.com/2012/12/moraes-diego-a-vontade-de-saber-em-foucault.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2016.

HARAWAY, Donna. **"Gênero" para um dicionário marxista: a política sexual de uma palavra**. Santa Cruz: Universidade da Califórnia. Tradução: Mariza Corrêa; Revisão: Iara Beleli. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n22/n22a09.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2016.

LEITE, Vanessa. **A sexualidade adolescente a partir de percepções de formuladores de políticas públicas: refletindo o ideário dos adolescentes sujeitos de direitos**. Rio de Janeiro: Instituto de Medicina Social/CLAM-IMS/LIDIS, UERJ. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/pc/v24n1/07.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016.

MARÍAS, Júlian. **A mulher no século XX**. Tradução de Diva de Ribeiro de Toledo Piza, São Paulo: Convívio, 1981.

MENDES, Moacyr Pereira. **A Doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente Frente à Lei 8.069/90**. Mestrado em Direito, São Paulo: PUC/SP. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009234.pdf> Acesso em: 20 jan. 2016.

MOURA, Márcia Bonapaz de. **Código de Menores à Criação do ECA - Estatuto da Crianças e do Adolescente**. FEMA- Fundação Educacional Machado de Assis. Disponível em: <http://www.fema.com.br/wp-content/uploads/2014/04/pdf_1jornada3.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2016.

OLIVEIRA, Polyanna Claudia. **A importância do ensino sobre questões de gênero na educação**. Projeto Lenpes - UEL, Londrina, dez. 2011. Disponível em: <http://www.uel.br/projetos/lenpes/pages/arquivos/aOLIVEIRA Polyanna Claudia.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2016.

PRAUN, Andrea Gonçalves. **Sexualidade, gênero e suas relações de poder**. Maranhão: Revista Húmus- Universidade Federal do Maranhão, 2011. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1641>. Acesso em: 24 jan. 2016.

PROMENINO, Fundação telefônica. **Uma Breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil**. 2008. Disponível em: <http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil> Acesso em: 22 jan. 2016.

QUEIROZ, Nana. **Crianças podem mudar de gênero porque não se trata de escolha.** Revista AZ mina, 2 fev. 2016. Disponível em: <http://azmina.com.br/2016/02/criancas-podem-mudar-de-genero-porque-nao-se-trata-de-escolha/>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ROSO, Larissa. **Escolas não sabem como se adequar à resolução que beneficia alunos travestis e transexuais**. Jornal Zero Hora, Porto Alegre- RS, 12 mar. 2015. Notícias. Disponível em: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/03/escolas-nao-sabem-como-se-adequar-a-resolucao-que-beneficia-alunos-travestis-e-transexuais-4717057.html>. Acesso em: 10 fev. 2016.

SCARPELLI, Larissa. **Muito além do feminino e do masculino**. Revista observatório da diversidade cultural, 2015. Disponível em:

<http://observatoriodadiversidade.org.br/site/muito-alem-do-feminino-e-masculino/> Acesso em: 17 dez. 2015.

SENKEVICS, Adriano. **De onde surgiu o gênero?**. Blog Ensaios de gênero, 2011. Disponível em: <https://ensaiosdegenero.wordpress.com/2011/10/11/de-onde-surgiu-genero/> Acesso em: 20 jan. 2016.

SILVA, A.f. Amaral e. **Estatuto da criança e do adolescente: avaliação histórica**. Curitiba: Educar em Revista, 1999. Disponível para download em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/educar/article/view/2049/1701>. Acesso em: 24 jan. 2016.

SOUZA, Lourdes. **Juiz de Goiás ignora STF e anula segundo casamento entre gays no Estado**. Notícias UOL. Goiânia, 02 jul. 2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2011/07/02/juiz-de-goias-ignora-stf-e-anula-segundo-casamento-entre-gays-no-estado.htm>. Acesso em: 12 fev. 2016.

SPIZZIRRI, Giancarlo; PEREIRA, Carla Maria de Abreu; ABDO, Carmita Helena Najjar. **O termo gênero e suas contextualizações**. São Paulo: Programa de Estudos em Sexualidade (prosex) do Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/1413-9979/2014/v19n1/a3969.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2016.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. **A doutrina da proteção integral e os Princípios Norteadores do Direito da Infância e Juventude.** Âmbito Jurídico, Rio grande, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigosite/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10588&revista_caderno=12%22revista_caderno=12>. Acesso em: 21 jan. 2016.

QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO X DIREITOS FUNDAMENTAIS

CHAMME, Renata Scopel[1]
RICE, Wilsinéia[2]
SANTOS, Fabrizio Candia dos[3]

RESUMO

Este artigo tem como objetivo tratar do assunto da quebra de sigilo bancário pelas autoridades fiscais administrativas, sua constitucionalidade e legalidade, também expor as diferentes opiniões sobre o tema, seja elas por parte dos legisladores, doutrinadores e entidades a respeito da discussão da legalidade da Lei Complementar 105 de 2001. Bem como demonstrar se a quebra do sigilo bancário, sem necessidade de autorização judicial, fere os princípios da privacidade e intimidade, elencados no artigo 5º, X e XII da Constituição Federal/88, ou se o sigilo bancário não se enquadra nestes direitos, ocasião em que sua quebra seria perfeitamente constitucional, ou seja, uma ação lícita em benefício da arrecadação do Estado usada com responsabilidade e quando realmente necessário.

Palavras-chave: Sigilo Bancário, Privacidade e intimidade, Lei complementar nº 105/2001.

VIOLATION OF BANK PRIVACY X FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This scientific article have the objective to talk about the issue of the breach of banking secrecy by the administrative lax authoriteis, their constitutionality and legality also expos the different opinions of this subject, being by legislators, scholars and organizations about the legality discussion of the complementary law 105 ok 2001. Demonstrate how if this breach of banking secrecy, without judicial authorization, violates the principles of privacy and intimacy, listed em article 5, X and XII of the Constitution/88 or if the banck secrecy doun't fits these in this rights, at which this breakage would be perfectly constitutional, that is, one action bids for the benefit of inflow stole used with responsibility and when its really necessary.

Keywords: Bank Secrecy, Privacy and intimacy, Law No. 105/2001 complementary.

[1] Acadêmica Renata Scopel Chamme, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Wilsinéia Rice, do curso de Direito – UDC.
[3] Professor Fabrizio Candia dos Santos – Orientador – UDC.

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes discussões do momento no panorama jurídico brasileiro é acerca da constitucionalidade ou não da Lei complementar nº 105/2001, que legitima a quebra do sigilo bancário por parte da Administração Pública sem prévia autorização judicial.

A questão em debate gira em torno da premissa, se o sigilo bancário seria um direito previsto na Constituição Federal no tange ao direito à privacidade. Vejamos o que diz o art. 5º., incisos X e XII CF/88:

> 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:
> (...)
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> (...)
> XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

Ferir este direito constituído como fundamental e inviolável na Magna Carta, segundo alguns juristas, seria ainda mais grave por ser considerado uma cláusula pétrea, ou seja, impossível ser revogado ou modificado por leis infraconstitucionais. Analisemos o Artigo 60, parágrafo 4º. CF/88, que garante a inviolabilidade do direito à privacidade.

> Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.
>
> § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes**; IV - os direitos e garantias individuais**.

Esses direitos e garantias não são somente um instrumento que assegure os direitos individuais, mas principalmente uma forma de impedir, de "frear" os abusos do Estado. A importância da proteção à privacidade e à intimidade é indiscutível, e muitos afirmam que o sigilo bancário seria uma espécie desses gêneros, de extrema importância para o contexto social. Para discutir esse tema polêmico vejamos alguns conceitos de intimidade e/ou privacidade e como relacioná-los ao direito do sigilo bancário.

Santa Maria (1994, p. 161), destaca que "um dos direitos de magna significação e importância no Direito Moderno, ao lado do direito à imagem e do direito ao corpo, é

inquestionavelmente, o que ora enfocamos, o direito do cidadão de viver dentro de sua intimidade, ou seja o direito à reserva de vida privada".

A necessidade de um conceito mais amplo com um alcance delimitado e mais objetivo do que seria intimidade/privacidade é o grande desafio enfrentado pelos legisladores na atualidade e o que permeia a nossa discussão. "Os juristas têm uma espinhosa tarefa de definir um direito ainda não suficientemente delimitado". (SANTA MARIA 1994, p. 162). Embora, muitos afirmem ser quase impossível delimitar exatamente esta fronteira.

Outra posição importante é que a curiosidade e a malícia são insuficientes para um conceito satisfatório do que seria privacidade e intimidade. Ainda há uma corrente que converge quanto a distinção da intimidade, e da privacidade em relação ao segredo.

Muitos conceitos em relação à privacidade são extremamente subjetivos e esse excesso de subjetividade dificulta o procedimento legal, assim como sua aplicabilidade. Como bem pondera Milton Fernandes citado no livro de Santa Maria (1994, p. 164), "afirmar que a vida privada é uma liberdade ou com ela a liberdade se confunde, é misturar ideias distintas.

Junior (2016) aborda o tema sob uma ótica diferente: a sensibilidade e a proteção da inveja dos outros. A questão de não ficar expondo situações pessoais a quem não deseja, que envolvam a intimidade como aquisições de propriedades, valor do salário, movimentos em conta bancária. A lei, neste caso, funcionaria como uma espécie de proteção contra a inveja do outro.

A questão de proteção iria além da sensibilidade, mas, um problema de ordem social, como exemplo os inúmeros sigilos que existem em nossas vidas: defesa da propriedade, da capacidade intelectual, segredos industriais, capacidade empresarial, cláusulas contratuais etc.

Todavia como o sigilo bancário não é citado, nem tem garantias expressa na Constituição Federal de 88 é preciso fazer uma interpretação, *lincar*, por exemplo com a questão da inviolabilidade do "sigilo de dados", conforme Art. 5º., XII CF/88.

Outra abordagem sobre o tema é em relação ao que significa esses "dados". O que a Constituição protegeria seria a liberdade humana de se comunicar e não necessariamente o conteúdo desta comunicação? Seria uma proteção contra a intromissão clandestina? Desta forma, não seria os dados do sigilo que estariam protegidos, mas sim a divulgação, a propagação destes dados?

Portanto, privacidade teria a ver com as relações humanas e a liberdade, o que os americanos chamam de s*eclusion*. A lei neste caso seria uma blindagem para a curiosidade social. Mas, e o Estado, em nome do interesse público, pode ou não pode quebrar o sigilo bancário?

Há alguns consensos que o sigilo de dados contido no artigo 5º, XII, CF/88, abarca o conceito de sigilo bancário e também que o sigilo bancário encontraria respaldo no inciso X, por tratar-se de característica da intimidade.

No artigo, "Aspectos Gerais sobre Sigilo Bancário", Carneiro, Evandro explica que juntamente com as atividades bancárias nasceram os sigilos bancários, uma condição imprescindível para a segurança dos clientes, assim como para o sucesso da própria atividade no mercado.

Essa afirmação da importância assumida pelo banqueiro de não revelar certos fatos ou informação de seus clientes não só é uma praxe do mercado econômico capitalista como uma obrigação respaldada no Artigo 38 da lei 4.595/64 (permite o acesso às informações mediante requisição judicial), que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar. Desta forma, o sigilo bancário seria ou não um direito garantido pela Constituição, no ordenamento jurídico brasileiro?

Lenza, (2014) sustenta que no futuro serão consolidados os chamados direitos humanos de terceira dimensão, com a ideia de constitucionalismo social que trata da verdade, solidariedade, consenso, participação, universalidade.

É dentro dessa seara que apresentaremos a posição do Supremo Tribunal Federal e demais pensadores da área jurídica para a permissão da quebra do sigilo bancário pela Receita Federal sem necessidade de autorização judicial.

2 LEI COMPLEMENTAR N° 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001

A Constituição Federal de 1988 confere aos Estados Distrito Federal e Municípios o poder de instituir seus próprios tributos, assim cada ente federado possui autonomia de criar seus tributos e posteriormente fazer a cobrança dos mesmos, conforme está previsto na CF/88 artigo 145:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> I - impostos;
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.
> § 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar,

> respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.
> § 2º As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.

O que acontece é que cada vez mais pessoas físicas e jurídicas tentam se evadir de tais tributos, usando muitas vezes de meios fraudulentos e em outras até mesmo de brechas encontradas na lei. Assim, entende-se que o sigilo acaba que por muitas vezes prejudicando que a fiscalização tome conhecimento de fatos relevantes para sua atuação. É neste contexto que se discute a quebra do sigilo bancário.

Posto isso, verifica-se que a quebra do sigilo bancário é um tema que há muito tempo vem sendo discutido no âmbito jurídico brasileiro, tanto por parte da doutrina como pela jurisprudência, gerando grandes embates e chegando até no Supremo Tribunal Federal.

Hoje a lei complementar nº 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, e que confere uma transferência de informações entre as instituições e o fisco, sem que para isso necessite de decisão judicial. Antes da sua vigência, vigorava a Lei nº 4.595/64 que tinha como entendimento predominante que o sigilo bancário não gozava de caráter absoluto, podendo assim ser relativizado, mas para tanto era imprescindível decisão judicial neste sentido.

Assim, após entrar em vigor a Lei Complementar 105/2001, a matéria sobre sigilo bancário tomou uma nova proporção, ou seja, criou a prerrogativa, em seu artigo 6º, para que autoridades e agentes fiscais tributários pudessem no exercício de suas funções e dentro dos parâmetros legais agirem com maior autonomia. Acontecesse que junto com a lei vieram novas discussões e embates no campo jurídico, visto que para alguns doutrinadores e juristas o mencionado dispositivo legal fere algumas garantias constitucionais prevista no art. 5º, incisos X e XII da Constituição Federal.

Primeiramente, faz-se necessário apresentar um conceito de sigilo bancário. Para JUAN CARLOS MALAGARRIGA, “é obrigação de não revelar a terceiros, sem causa justificada, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como consequência das relações jurídicas que os vinculam”.

Como já explanado acima, observamos que embora o termo sigilo bancário não esteja abarcado de forma expressa pela Constituição, grande parte da doutrina considera que a quebra desse sigilo por autoridades fiscais, independente de autorização judicial, seria uma afronta às garantias constitucionais. Porém, esse argumento deve ser analisado sobre o prisma da sonegação fiscal, e das grandes dificuldades que o fisco tem de comparar as informações

apresentadas perante os órgãos competentes e a real capacidade contributiva dos contribuintes.

Além do que, as garantias fundamentais não possuem caráter absoluto, pois em alguns casos elas podem e devem ser relativizadas, para que assim ocorra um correto emprego do direito. Isso porque o interesse coletivo superaria o interesse individual. Todavia, essa relativização dever ser feita com muito cuidado para que não se cometa atitudes ditatoriais ao se invadir a intimidade da pessoa, com fins diversos ao do interesse público.

Nesta seara, com o fito de combater a sonegação fiscal e conseguir alcançar a justiça fiscal, foi criada a Lei complementar nº 105/2001 permitindo a quebra do sigilo bancário do contribuinte pelas autoridades e agentes fiscais tributários da União, do Distrito Federal, dos Estados e Municípios, sem que para isso necessite de autorização do Poder Judiciário. Vejamos:

> **LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 10 DE JANEIRO DE 2001**
>
> Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.
> (...)
> **§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:**
>
> I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
> II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;
>
> **III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei no 9.311, de 24 de outubro de 1996;**
>
> IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;
> V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;
> VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2o, 3o, 4o, 5o, 6o, 7o e 9 desta Lei Complementar.
> (...)
> Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.
> Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Desta maneira, a lei em análise autoriza as instituições bancárias o repasse de informações as autoridades fiscais, entretanto para que isso ocorra há a necessidade de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em andamento. Cabe ressaltar, que

o fisco não está autorizado a proceder conforme seu livre arbítrio, e sim condicionado a determinados pré-requisitos.

Embora a lei tenha causado grande alvoroço entre os administrados, a mesma prática não é novidade para outros países. Observa-se que a quebra do sigilo bancário por parte de autoridades administrativas é um procedimento adotado em quase todos os países desenvolvidos.

Segundo Roque (2001) nos Estados Unidos toda a operação bancária que envolva quantia superior a US$ 10.000,00 (dez mil dólares) deve ser imediatamente comunicada ao tesouro. De forma similar, na Espanha os Bancos têm o compromisso de a cada início de ano repassar ao Ministério da Fazenda a relação de suas contas-correntes e valores imobiliários. Também na França, a lei francesa permite o acesso aos agentes fiscais a documentos sigilosos que estejam sobre poder de empresas privadas. Na Bélgica, a Lei de 20.11.62, que procedeu a reforma tributária, outorgou à administração a faculdade de requisitar informações às instituições financeiras sobre a situação econômica, operações realizadas e saldo das contas dos contribuintes. Por fim, na Holanda conforme a Lei Geral das Contribuições ao Estado vigente desde 1959, os bancos não podem se opor ao fornecimento de dados ao fisco quando solicitados.

Diante do exposto, verifica-se que o Brasil não é o único país que possui em seu ordenamento jurídico uma lei que confere poder ao fisco de agir em benefício do interesse público, aliás, como supracitado existem países que desde 1959, como é o caso da Holanda, que possuem este tipo de legislação, fazendo com que as autoridades fiscais trabalhem sem nenhum obstáculo a sua atuação.

2.1 DISCUSSÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Considerando a grande reprovação por parte dos contribuintes do instrumento concedido ao fisco pela lei, a discussão sobre a lei em apreço tomou grandes proporções e foi parar no Supremo Tribunal Federal, tanto na forma de controle difuso (Recurso Extraordinário 601314, com repercussão geral reconhecida), como no controle concentrado (quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade que sustentam a sua inconstitucionalidade devida a violação ao artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal).

Desta forma, o Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2016, decidiu que a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, permite à Receita Federal receber dados

bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem que para isso necessite de autorização judicial. Assim, prevaleceu para a maioria absoluta dos ministros o entendimento que o dispositivo legal não resulta na quebra do sigilo bancário, o que ocorre, na verdade, é "apenas uma transferência de informações sobre o mesmo nível de sigilo que se submete as agencias bancarias, ou seja, uma transferência de informações da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. " Deste modo, estas informações conservam seu caráter sigiloso, portanto não há ofensa à Constituição Federal.

Até porque, submeter às autoridades fiscais a reserva jurisdicional para que tenham acesso aos dados dos contribuintes seria uma forma de impedir todo e qualquer ato de fiscalização por parte do fisco, ou seja, acabaria se tornando uma barreira a atuação da administração fiscal, uma vez que a atividade dos fiscais é exatamente o exame e análise de dados.

O mesmo entendimento possui a *Juíza Federal Luciana da Veiga Oliveira*, ao negar liminar nos autos no 2001.70.00.009862-6, da 9ª Vara da Justiça Federal em Curitiba, "até intuitivo o entendimento de que quanto se exige o fim se fornece o meio necessário a alcançar o objetivo pretendido", referindo-se a Meritíssima à impossibilidade de se negar acesso, pela Secretaria da Receita Federal, aos dados bancários dos contribuintes para fins de cumprimento de sua missão institucional de arrecadação e fiscalização de tributos.

Nesta mesma linha de análise podemos pensar que se os empregados das instituições financeiras possuem acesso a tais dados, os quais também têm o dever de sigilo, não há uma justificativa razoável para impedir o acesso de servidores da administração fiscal aos dados em questão, já que estes possuem o mesmo dever de sigilo.

Esse entendimento se fez necessário para que os Ministros do Supremo chegassem à conclusão que alegação de inconstitucionalidade da lei não procede. Ademais, a sociedade evolui, assim como os crimes. Deste modo, exige-se uma atuação mais eficaz das autoridades fiscais tributárias, para que possam exercer a justiça fiscal. Neste contexto o Presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, o qual modificou seu entendimento adotado em 2010, fundamentou seu voto sobre esse aspecto:

> Tendo em conta os intensos, sólidos e profundos debates que ocorreram nas três sessões em que a matéria foi debatida, me convenci de que estava na senda errada, não apenas pelos argumentos veiculados por aqueles que adotaram a posição vencedora, mas sobretudo porque, de lá pra cá, o mundo evoluiu e ficou evidenciada a efetiva necessidade de repressão aos crimes como narcotráfico, lavagem de dinheiro e terrorismo, delitos que exigem uma ação mais eficaz do Estado, que precisa ter instrumentos para acessar o sigilo para evitar ações ilícitas.

Assim como o texto supracitado, os demais ministros e entidades envolvidas no

julgamento expuseram seu entendimento contribuindo assim para o seu desfecho. Cabe ressaltar e expor alguns dos argumentos utilizados e veiculados no site do STF:

"O **Banco Central** defendeu a constitucionalidade da LC 105/2001. Para a entidade, o direito ao sigilo não é absoluto, devendo ceder espaço à atuação eficiente e colaborativa de órgãos públicos que, em defesa do interesse público, trabalham para prevenir e combater graves ilícitos que atingem a sociedade, para promover isonomia e justiça tributária e para supervisionar o mercado financeiro e de capitais".

"De acordo com o entendimento do **procurador-geral da República, Rodrigo Janot**, para ele o argumento de que o acesso por agentes fiscais aos dados bancários e financeiros seria indevido e uma forma de fiscalização continua, não procede. Acrescentou que não é uma novidade brasileira o acesso a tais informações, já que tal pratica é rotineira e comum em alguns países. Finalizou afirmando que não há quebra do sigilo, **mas extensão do sigilo bancário à Receita Federal, que já detém responsabilidade sobre o sigilo fiscal".**

Os representantes da **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e da Advocacia-Geral da União (AGU)** argumentaram que o Fisco não pode ficar "refém" da declaração unilateral dos contribuintes, sem que possa efetivamente averiguar sua capacidade contributiva, por isso a lei teria resolvido "uma debilidade do sistema".

A alegação que a lei atinge contribuintes de forma indiscriminada foi contestada pela tribuna, isso porque o fisco somente se utilizara de tal instrumento cedido pela lei quando diagnosticado inconsistências, não cabendo vezes para casuísmos.

Entretanto, para que ocorra essa transferência de informações entre instituições bancárias e o fisco, é imprescindível que os estados e município estabeleçam em regulamento, assim como fez a União em seu Decreto 3.724/2001, a necessidade de existir um processo administrativo instaurado, devendo-se adotar sistemas certificados de segurança e registro de acesso do agente público para evitar a manipulação indevida dos dados e desvio de finalidade, garantindo-se ao contribuinte a prévia notificação de abertura do processo e amplo acesso aos autos, inclusive com possibilidade de obter cópia das peças.

Com esse intuito, o artigo 6º e seu parágrafo único, da lei complementar em comento, preceitua:

> Art. 6º. As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente. (Regulamento)

> Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

Ainda a Lei Complementar nº 105/2001 assegura a punição de servidor ou terceiro que se utilize de informações sigilosas para fins diversos daquele previsto em lei:

> Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.
>
> Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.
>
> Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Na mesma linha, o Código Tributário Nacional, em seu artigo 198:

> Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

2.2 DO ALCANCE NO TEMPO DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001

Parte dos contribuintes alegam que a referida lei não poderia retroagir a fatos anteriores a vigência da lei, conforme preceitua o princípio constitucional da irretroatividade das leis no tempo.

Entretanto, não se trata de aplicação retroativa da lei, mas sim a utilização de um instrumento legal previsto na lei para a fiscalização de atos que ainda não sofreram os efeitos da prescrição. A aplicação deste instituto é abarcada pelo Código Tributário Nacional em seu artigo 144 e parágrafos:

> Art. 144. O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.
> § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha instituído novos critérios de apuração ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado aos créditos maiores garantias ou privilégios, exceto, neste último caso, para o efeito de atribuir responsabilidade tributária a terceiros.
> § 2º O disposto neste artigo não se aplica aos impostos lançados por períodos certos de tempo, desde que a respectiva lei fixe expressamente a data em que o fato gerador se considera ocorrido.

Como se pode perceber, ocorrerá a aplicação de forma retroativa à legislação que dispor sobre fiscalização e não à lei que institua ou majore tributo. Assim, trata-se somente de procedimento de fiscalização, devendo ser aplicada no lançamento, de acordo com o caput do 144, CTN, a lei vigente na ocorrência do fato gerador.

Deste modo, não há nenhum equívoco na aplicação da lei 105/2001 a fatos passados. Assim, caso o fisco obtenha através da "quebra de sigilo bancário" informações que foram ocultadas, caracterizando sonegação fiscal, antes da vigência da referida lei, a cobrança das importâncias devidas é totalmente legal, embora se aplique a alíquota e base de cálculo em vigor à época da incidência do fato gerador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a medida concedida pela lei se faz necessária aos países, já que a corrupção fiscal e a lavagem de dinheiro se tornaram problemas mundiais. Assim, a administração pública não pode mais trabalhar com ferramentas obsoletas, ultrapassadas. Pelo contrário, deve acompanhar a evolução da sociedade e consequentemente a evolução das condutas delituosas. Como bem diz o Professor Miguel Reale, "o ser humano é como o bifronte Jano, com uma face voltada para a sociedade, para as exigências do todo social, enquanto a outra face converge para os valores singulares da subjetividade". (Ainda Solidão, pub. na "Folha de São Paulo", de nov. de 1968).

Verifica-se a importância da Lei 105/2001 quando confrontado com dados, que segundo dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, nos anos entre 2006 e 2010, mais de 27 mil contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, foram fiscalizados com base no mecanismo criado pela lei analisada. Créditos tributários correspondentes há aproximadamente 98 bilhões de reais foram constituídos por força destes procedimentos de fiscalização.

Desde modo, resta desqualificada a alegação de inconstitucionalidade da Lei complementar 105/01, visto sua necessidade e sua aplicação de forma restrita a casos específicos, onde possua fundadas justificativas por parte do fisco para a aplicação da referida medida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 29/03/2016.

CARNEIRO, Evandro Lima. Aspectos Gerais Sobre o Sigilo Bancário. Disponível em http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=2787&idAreaSel=6&seeArt=yes. Acessado em 08/03/2016.

CANÁRIO, Pedro. **Consultor Jurídico**. Disponível em http://www.conjur.com.br/2016-fev-17/stf-adia-julgamento-quebra-sigilo-bancario-receita. Acessado em 08/03/2016.

GRECO, Marco Aurélio. **SIGILO BANCÁRIO E A LEI COMPLEMENTAR Nº 105/01.** Editora Fórum, 2016.

JUNIOR, Tercio Sampaio Ferraz. **SIGILO BANCÁRIO.** Editora Fórum, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2014, 18ª edição.

ROQUE, Maria José Oliveira Lima. **Sigilo Bancário e Direito à Intimidade.** Curitiba: Juruá Editora, 2001.

SANTA MARIA, José Serpa de. Direito à imagem, à vida privada. Belém: CEJUP, 1994.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **NOTICIAS**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310670&caixaBusca=N. Acessado em 26/03/2016.

REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

WETTERMANN, Ana Claudia[1]
SILVA, Juliane Teixeira da[2]
OLIVEIRA, Paloma Gonçalves de[3]

RESUMO

O presente propõe como meta de estudo a análise de uma sanção disciplinar, tendo como objetivo de estudo levantar as diferentes correntes de pensamentos sobre o tema, tendo em vista que há divergência do elogiado ou criticado Regime Disciplinar Diferenciado, tendo como fundamentação legal na lei nº 7.210/84, Lei de Execução Penal, a qual teve seu art. 52 alterado pela lei 10.792/03, que estabeleceu e regulamentou o Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). Já era usada anteriormente pelas Secretarias de Administração Penitenciária dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, devido a rebeliões nesses Estados. Tem como finalidade estabelecer esse regime, em especial para os líderes e integrantes de facções criminosas. Uma alternativa do poder público para resolver os problemas que envolvem os presos com conduta problemática nos presídios.

Palavras-chave: Regime Disciplinar Diferenciado, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade, Execução Penal.

DIFFERENTIATED DISCIPLINARY REGIME

ABSTRACT

This is proposed as a meta analysis of a disciplinary sanction, the objective to study, is up the different currents of thought on the subject, given that there is divergence praised or criticized Differentiated Disciplinary Regime, whose legal basis in Law No. 7,210 / 84, of Penal Execution Law, which had his art. 52 amended by Law 10,792 / 03, establishing and regulating the Differentiated Disciplinary Regime (RDD). It was previously used by the Prison Administration Departments of the states of São Paulo and Rio de Janeiro, due to rebellions in those States. Has as porpose establishing this regime, especially for the leaders and members of criminal gangs. An alternative government to solve problems involving prisoners with problematic behavior in prisons.

Keywords: Differentiated Disciplinary Regime, Constitutionality, Unconstitutionality, Penal Execution.

[1] Acadêmica Ana Claudia Wettermann, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Juliane Teixeira da Silva, do curso de Direito – UDC.
[3] Acadêmica Paloma Gonçalves de Oliveira, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

Durante o estudo podemos analisar muitas discussões sobre o sistema penitenciário brasileiro, todas as condutas criminosas terão uma sanção penal, mas que muitas vezes acabam acarretando sensações de impunidade, os delinquentes acabam não tendo mais medo das penas, o funcionamento interno, as condições estruturais dos estabelecimentos possuem inúmeras fragilidades.

Diante disso, esse estudo pretende discutir uma temática que está inserida neste contexto, constituindo-se como uma parte que é, por vezes, esquecida ou pouco levada em conta diante de tantos problemas que se encontram explícitos dentro do sistema carcerário: o Regime Disciplinar Diferenciado.

Esse regime consiste em dar ao condenado um tratamento mais severo em relação aos demais presos, podendo ter um tempo de duração de no máximo 360 (trezentos e sessenta) dias ou até o limite de 1/6 da pena, sendo retirado do convívio dos demais presos, mantido em cela separada e individual, gerando assim uma tranquilidade no sistema e na sociedade, sendo que com o isolamento dos “líderes” o crime organizado deixa de atuar dentro ou fora dos presídios, enfraquecendo assim a prática de atos delituosos.

Levando em consideração que a superlotação juntamente com o crime organizado, desestabiliza o sistema prisional sendo de difícil controle manter a ordem e a disciplina dos condenados dentro dos estabelecimentos prisionais. O crime continua sendo comandado de dentro das penitenciárias, causando terror na sociedade através de atentados, assassinatos e tráfico de drogas que é determinado de dentro dos presídios.

O Regime Disciplinar Diferenciado deve ser analisado em todos os seus aspectos: viabilidade, aplicabilidade e constitucionalidade, não podendo deixar de observar a dignidade da pessoa humana, levando em consideração que o apenado perdeu a sua liberdade, mas continuam sendo preservados todos os outros direitos. Sendo debatida por muitos doutrinadores a constitucionalidade deste regime, que torna mais severo o cumprimento da pena.

A finalidade dessa sanção disciplinar, ou seja, do regime disciplinar diferenciado é devolver o indivíduo à sociedade ressocializado, sendo essa medida necessária diante a realidade prisional, pois o sistema prisional não tem condições de manter a ordem e a disciplina, combater o crime organizado, frente a superlotação e possuindo pouco efetivo.

2 SANÇÕES DISCIPLINARES

Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem lei anterior que a comine (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP). Em seguida dispõe o art. 45, caput, da Lei de Execução Penal que "não haverá falta nem sanção disciplinar sem expressa e anterior previsão legal ou regulamentar". Evitando-se com isso a criatividade de dirigentes de presídios para idealizar faltas e impor sanções sem que o condenado contra isso possa insurgir-se validamente. As sanções de advertência, repreensão, suspensão ou restrição de direitos serão aplicadas pelo diretor do estabelecimento penal. No caso em que se tratar de falta disciplinar grave, que acarreta o isolamento, somente o Conselho Disciplinar, que também deve ser organizado e disciplinado pela lei estadual, pode aplicar tal sanção. A Lei de Execução Penal[1] prevê quais as únicas sanções disciplinares que podem ser impostas em decorrência de falta disciplinar anteriormente estabelecida na legislação:

> Art. 53. Constituem sanções disciplinares:
> I – advertência verbal;
> II – repreensão;
> III – suspensão ou restrição de direitos (art. 41, parágrafo único);
> IV – isolamento na própria cela, ou em local adequado, nos estabelecimentos que possuem alojamento coletivo, observando o disposto no art. 88, desta lei.
> V – inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Outrossim, as quatro primeiras sanções disciplinares podem ser aplicadas pelo diretor do estabelecimento, em decisão fundamentada, e a última por despacho prévio e fundamentado do juiz competente (art. 54, LEP). Tanto a restrição de direitos quanto o isolamento não podem ultrapassar trinta dias, ressalvado o RDD, e devem ser comunicados ao juiz da execução (art. 58, LEP).

Devendo ser respeitado os direitos individuais do condenado e exigindo o cumprimento dos deveres com a Administração a fim de garantir a segurança e conseguir boa convivência carcerária. Sendo vedadas todas as sanções que possam lesar ou pôr em risco a vida e a integridade física ou moral do condenado, vedando-se o emprego de cela escura (art. 45 §§1º e 2º, LEP). Sendo proibido também a utilização de sanções coletivas (art. 45, §3º, LEP).

Em conformidade com o autor Guilherme de Souza Nucci[2]

> A sanção coletiva finalmente atingiria inocentes e não é compatível com o Estado Democrático de Direito. Exemplo: se houver um tumulto ou rebelião no presídio, não

[1] BRASIL. L. **Lei de Execução Penal nº 7.210/84.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/LEIS/L7210.htm.
[2] NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de processo penal e execução penal,** 5. ed. rev. atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.1023.

> se sabendo ao certo quem deu início a ele, pune-se todo o grupo de condenados de determinado pavilhão.

Devendo as faltas graves serem comunicadas ao juiz da execução penal para produzir os reflexos na individualização executória da pena, podendo implicar regressão de regime, perda de dias remidos, impedimento de saída temporária, dentre outros (art. 48, parágrafo único, LEP).

> Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
> I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
> II - fugir;
> III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
> IV - provocar acidente de trabalho;
> V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;
> VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do Art. 39, desta Lei.
> VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.
> Parágrafo único. O disposto neste Art. aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

O art. 57 da Lei de Execução Penal determina que, "na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e o seu tempo de prisão"

É obrigatório sob pena de constrangimento ou nulidade do procedimento, sendo ele administrativo ou judicial, que o condenado tenha direito à ampla defesa e ao contraditório. Devendo ser ouvido os fatos, podendo juntar documentos, arrolar testemunhas e ser representado por defensor constituído ou nomeado.

A boa conduta do condenado pode ser reconhecido em seu favor, conforme se apure a colaboração prestada em nome da disciplina e do trabalho (art. 55, LEP). Sendo recompensas: o elogio e a concessão de regalias (art. 56, LEP).

O art. 52 trata das hipóteses que autorizam a inclusão do preso faltoso no Regime Disciplinar Diferenciado, sendo uma espécie de sanção penal.

3 O RDD – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

Esse regime partiu do Secretário da Administração Penitenciaria do Estado de São Paulo Nagashi Furukawa, uma medida administrativa que foi bastante questionada a época, pois se entendia que feria os preceitos constitucionais e os direitos humanos, por outro lado acalmou os ânimos dentro do sistema prisional daquele estado.

Com o intuito de dar força ao Regime Disciplinar Diferenciado o governo Federal através do Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, sancionou a Lei nº 10.792/03, que alterou a redação do Art. 52, entre outros da LEP – Lei de Execução Penal, introduzindo em nosso ordenamento jurídico uma nova modalidade de sanção disciplinar o RDD – Regime Disciplinar Diferenciado. Este regime constitui uma modalidade mais severa dentre as existentes na Lei de Execução Penal. Introduzido pela Lei 10.792/03 este regime de acordo com os incisos do Art. 52 da Lei de Execução Penal, as seguintes características:

> I – duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada;
> II – recolhimento em cela individual;
> III – visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas;
> IV – o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol.

O regime é válido para condenados ou presos provisórios. Podem ser incluídos no mesmo regime os presos, nacionais ou estrangeiros, provisórios ou condenados, que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade (art. 52, §1º, LEP), bem como aqueles que (provisórios ou condenados) que estiverem envolvidos ou participarem, devendo haver fundadas suspeitas, a qualquer título, de organizações criminosas, quadrilha ou bando (art. 52, §2º, LEP).

Havendo três hipóteses para a inclusão do preso no RDD: a) quando o preso provisório ou condenado praticar fato previsto como crime doloso, conturbando a ordem e a disciplina interna do presídio onde se encontre; b) quando o preso provisório ou condenado representar alto risco para a ordem e à segurança do estabelecimento penal ou da sociedade; c) quando o preso provisório ou condenado estiver envolvido com organização criminosa, quadrilha ou bando, bastando fundada suspeita.

Contudo a primeira hipótese para a inclusão neste regime, segundo Marcão[1]:

> Se o crime doloso praticado pelo preso provisório ou definitivo tumultuar a organização, a normalidade do estabelecimento prisional, ou demonstrar descaso, desobediência às autoridades, abre-se a primeira hipótese para sua inclusão no regime disciplinar diferenciado.

Esta espécie de Sanção Disciplinar vem agravar o cumprimento da pena com o intuito de controlar a indisciplina nos estabelecimentos prisionais, não sendo determinado a qualquer preso. O Regime Disciplinar Diferenciado na visão de Nucci[2]:

[1] MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. – 11. ed. rev.ampl. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.
[2] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 1021.

> Observa-se a severidade inconteste do mencionado regime, infelizmente criado para atender às necessidades prementes de combate ao crime organizado e aos líderes de facções que, de dentro dos presídios brasileiros, continuam a atuar na condução dos negócios criminosos fora do cárcere, além de incitarem seus comparsas soltos à pratica de atos delituosos graves de todos os tipos. Por isso, é preciso que o magistrado encarregado da execução penal tenha a sensibilidade que o encargo lhe exige para avaliar a real e efetiva necessidade de inclusão do preso, especialmente do provisório, cuja inocência pode ser constatada posteriormente, no RDD.

O art. 4º da referida lei dispõe que "os estabelecimentos penitenciários, especialmente os destinados ao regime disciplinar diferenciado, disporão, dentre outros equipamentos de segurança, de bloqueadores de telecomunicação para telefones celulares, radiotransmissores e outros meios. Novamente, estipula-se a missão da União Federal par a construção de presídios em local distante da condenação para recolher os condenados, no interesse da segurança pública ou do próprio sentenciado (art. 86, §1º, LEP). Fica claro caber ao juiz da execução penal definir o estabelecimento prisional adequado para o cumprimento da pena ou para abrigar o preso provisório (art. 86, §3º, LEP).

Estando o preso no Regime Disciplinar Diferenciado são garantidos os direitos que a sentença não atingiu, acontecendo o mesmo no regime "comum", sendo que o RDD não está muito distante deste regime (no caso da Penitenciária Estadual de Foz do Iguaçu – Paraná, onde não se aplica o Regime Disciplinar Diferenciado, os presos têm direito a visita semanal de duas pessoas fora as crianças e à uma hora e meia de "banho de sol" por dia).

Outrossim, o preso estando no Regime Disciplinar Diferenciado o que se pretende não é o afastamento de seus entes e nem o cerceamento de seus direitos, mas, separá-lo do convívio dos demais presos, para que ele não continue exercendo o seu poder dentro de estabelecimentos prisionais sobre os mais fracos, ou até mesmo que comande ações fora dos presídios.

Quem poderá aplicar o regime disciplinar diferenciado segundo Nucci[1]:

> O regime disciplinar diferenciado poderá somente ser decretado pelo juiz da execução penal, desde que proposto, em requerimento pormenorizado, pelo diretor do estabelecimento penal ou por outra autoridade administrativa (por exemplo, o Secretário da Segurança Pública ou da Administração Penitenciária), ouvido previamente o membro do Ministério Público e a defesa (art. 54 e parágrafos, LEP).O juiz tem o prazo máximo de 15 dias para decidir a respeito, podendo a autoridade administrativa em caso de urgência, isolar o preso preventivamente, por até dez dias, evitando-se alegação de constrangimento ilegal. O tempo de isolamento provisório será computado no período total de regime disciplinar diferenciado, como uma autêntica detração.

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 5. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais p. 1021.

O Regime Disciplinar funciona como um freio para conter as atrocidades que ocorrem dentro dos presídios no Brasil, ele é uma subdivisão do regime fechado, mais rigoroso e exigente uma condição mais severa para cumprir a pena, mas, não a ponto de ser tão cruel e ser comparado a tortura, ademais, não há direito absoluto, razão pela qual deve haver uma harmonia entre os direitos e, deveres é fundamental para se ter um controle sobre a população carcerária do sistema prisional.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE

A Resolução 26 logo foi editada, não faltaram juristas para enfatizar: a Resolução viola a Constituição porque tratando-se de falta grave a matéria está afeta, exclusivamente, à lei ordinária, ademais é a Lei de Execução Penal quem cuida de regulamentá-la. O Tribunal de Justiça de São Paulo foi chamado a intervir e optou pela sua Constitucionalidade, ao argumento de que os Estados- membros têm autorização Constitucional para legislarem sobre Direito Penitenciário, o que é uma verdade (art. 24, I, CF/88).

Deve-se entender que o crime organizado, não é fácil de se combater dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento do delinquente comum, certamente se todos os dispositivos da lei fossem cumpridos fielmente, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria como nos dias atuais, de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal.

Chega-se a um tempo onde a realidade distanciou-se da lei, onde o Estado não consegue mais controlar os presídios, pois estão superlotados, segundo Nucci[1]:

> Constitui situação muito pior que ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos.
> Há presídios brasileiros, onde não existe o RDD, mas presos matam outros, rebeliões são uma atividade constante, fugas ocorrem a todo o momento, a violência sexual não é contida e condenados contraem doenças gravíssimas.

Pode-se observar que a própria Constituição Federal admite nos incisos XLII, XLIII e XLIV do art. 5º maior rigor para infrações mais graves, como terrorismo, tráfico ilícito de

[1] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 5. ed. atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 1023.

entorpecentes, crimes hediondos e ação de grupos armados que atentem contra a ordem constitucional e o estado democrático de direito, nem por isso diz-se que está atentando contra os direitos do indivíduo.

Denota-se, que o Regime Disciplinar Diferenciado, tem o intuito de controlar a disciplina nos estabelecimentos prisionais, não sendo determinado a qualquer preso, e para ser incluído nesse regime será observado o devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Não deixa de certo modo de ser uma individualização da pena, onde se busca dar o tratamento certo a cada indivíduo de acordo com o crime cometido e a sua periculosidade, sendo que será inserido neste regime de acordo com as hipóteses do art. 52, §§ 1º e 2º do Código Penal Brasileiro.

Conforme dispõe o art. 5º, XLV, CF, levando em consideração o princípio da pessoalidade não se pode punir por fato alheio, ou seja, só o autor da infração penal pode ser apenado. Sendo este também o objetivo do Regime Disciplinar Diferenciado, dar ao condenado um tratamento mais rigoroso, diferenciado dos demais, punindo com mais rigor um indivíduo, retirando-o do convívio dos demais, desta forma individualizar o cumprimento de sua pena. Quanto à constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado, parte da doutrina argumenta ser inconstitucional, pois vem de encontro à humanidade do cumprimento de penas, eis que assemelhado a penas cruéis, vedadas pelo art. 5º, XLVII, e, da CF e os tratados cujo Brasil é signatário. Pelas características desse regime, em especial, pelo isolamento imposto ao preso durante 22 horas por dia, situação que pode perdurar por até 360 dias. Quando da implantação do Regime Disciplinar Diferenciado atende os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade:

> **STJ – HC nº 40300/RJ** HABEAS CORPUS. REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO. ART. 52 DA LEP. CONSTITUCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPROPRIEDADE DO WRIT. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NÃO RECONHECIDA.
> 1. Considerando-se que os princípios fundamentais consagrados na Carta Magna não são ilimitados (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas), vislumbra-se que o legislador, ao instituir o Regime Disciplinar Diferenciado, atendeu ao princípio da proporcionalidade.
> 2. Legitima a atuação estatal, tendo em vista que a Lei n.º 10.792/2003, que alterou a redação do art. 52 da LEP, busca dar efetividade à crescente necessidade de segurança nos estabelecimentos penais, bem como resguardar a ordem pública, que vem sendo ameaçada por criminosos que, mesmo encarcerados, continuam comandando ou integrando facções criminosas que atuam no interior do sistema prisional – liderando rebeliões que não raro culminam com fugas e mortes de reféns, agentes penitenciários e/ou outros detentos – e, também, no meio social.
> 3. Aferir a nulidade do procedimento especial, em razão dos vícios apontados, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório apurado, o que, como cediço, é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

> 4. A sentença monocrática encontra-se devidamente fundamentada, visto que o magistrado, ainda que sucintamente, apreciou todas as teses da defesa, bem como motivou adequadamente, pelo exame percuciente das provas produzidas no procedimento disciplinar, a inclusão do paciente no Regime Disciplinar Diferenciado, atendendo, assim, ao comando do art. 54 da Lei de Execução Penal.
> 5. Ordem denegada[1]

Devido ao Estado não ter mais controle dos estabelecimentos prisionais, na visão de Nucci[2]"O RDD, tornou-se uma alternativa viável para conter o avanço da criminalidade incontrolada, constituindo meio adequado para o momento vivido pela sociedade brasileira".

Atualmente é necessário a aplicação desse regime sendo que a situação carcerária brasileira se encontra muito precária, os estabelecimentos prisionais precisam separar os presos de alta periculosidade, dos presos "comuns".

Pode-se analisar o comentário do Promotor de Justiça do Rio de Janeiro, Marcelo Lessa Bastos[3], que defende a constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado:

> Não se consegue compreender as críticas doutrinárias que são endereçadas ao isolamento absoluto de presos líderes de organizações criminosas, após se terem informações seguras de que continuam a comandar seus negócios. O isolamento é imperativo e é a única medida efetiva que se dispõe para neutralizar a ação dessas pessoas. Isto visa a enfraquecer a liderança da organização, contribuindo para dispersar o seu comando. Não há que se opor ao isolamento argumentos no sentido da função educadora da pena, porque tais pessoas, ainda que não possam perder este status de pessoas, ao contrário do que crê Jakobs, demonstram cabalmente que não estão querendo se ressocializar. Resta, pois, como forma legítima de proteção dos cidadãos, que igual têm o direito constitucional à segurança pública, isolar essas pessoas, pelo tempo necessário para neutralizar sua influência na organização a que pertença, nem que isto leve todo o tempo restante de sua pena. Sinceramente, as críticas endereçadas ao 'RDD' não são racionais, são emotivas, e não resistem à análise cotidiana da escalada da criminalidade organizada, liderada de dentro das prisões. Só falta vir alguém sustentando que, como o condenado perdeu somente o direito de liberdade, há de conservar o direito subjetivo de trabalhar e, como o trabalho dele era na organização criminosa, é direito seu continuar a comandar seus negócios, o que seria um agudo e freudino caso de desequilíbrio intelectual.

O Regime Disciplinar Diferenciado, é utilizado para dar um basta, ou tentar fazer com que líderes de facções criminosas não continuem dominando o crime organizado de dentro dos estabelecimentos prisionais, ou até mesmo dentro dos estabelecimentos prisionais sobre os mais fracos. A pena tem como finalidade ressocializar o interno, produzindo efeitos naqueles que realmente pretendem retornar a sociedade e não ao crime.

---

[1] STJ. Acórdão em habeas corpus n. 40.300-RJ. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4>. Acesso em 05.11.15.

[2] N UCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 5. ed. atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 p. 1023.

[3] BASTOS, Marcelo Lessa. Alternativas ao direito penal do inimigo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.319. In Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Disponível http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado,22411.html. Acesso em 11.11.2015.

A finalidade do Regime Disciplinar Diferenciado é fazer com que enfraqueça a liderança das organizações criminosas, isolando assim os líderes ou os integrantes de facções criminosas, devendo atender os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Existem vários debates nos Tribunais sobre o Regime Disciplinar Diferenciado, dispõe Rogério Sanches Cunha[1], com relação a Constitucionalidade desse regime:

> O RDD não representa, per si, a submissão do encarcerado a padecimentos físicos e psíquicos, impostos de modo vexatório, o que somente restaria caracterizado nas hipóteses em que houvesse, por exemplo, o isolamento em celas insalubres, escuras ou sem ventilação.
> O sistema penitenciário, em nome da ordem e da disciplina, bem como da regular execução das penas, há que se valer de medidas disciplinadoras, e o regime em questão atende ao primado da proporcionalidade entre a gravidade da falta e a severidade da sanção.
> Transitada em julgado a sentença condenatória, surge entre o condenado e o Estado, na execução da pena, uma nova relação jurídica. O regime instituído pela lei nº 10.792/2003 (RDD) visa propiciar a manutenção da ordem interna dos presídios, não representando, portanto, uma quarta modalidade de regime de cumprimento de pena, em acréscimo àqueles previstos pelo Código Penal (art. 33, CP).
> É expressa a lei (art. 52 da LEP) no sentido de que, havendo a prática de crime, dever ser instaurados os dois processos (penal e administrativo) de que resultarão as sanções de duas espécies. Não se trata, evidentemente, de violar o princípio *non bis in idem,* pois, de acordo com a melhor doutrina, constituem-se em infrações a ordenamentos jurídicos diversos (de direito penal e de execução penal), como aliás ocorre também com a aplicação de sanções penais e civis quando da prática de crime de que resulta o prejuízo.

Quando ainda era Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos[2], manifestou-se a respeito da constitucionalidade desse regime: “Eu não considero inconstitucional. Considero uma medida dura, uma medida que tem quer ser usada com muito cuidado. Tem que ser reservada para chefes de quadrilha, mas não é inconstitucional”.

O Regime Disciplinar Diferenciado não é pena, é uma medida disciplinar carcerária, estabelecendo o cumprimento da dignidade da pessoa humana em qualquer hipótese, evitando qualquer abuso de poder.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo revelou que o cumprimento do papel social de reabilitação do detento para o convívio na sociedade não está sendo alcançado, tendo em vista que a superlotação, as condições precárias de infraestrutura, a corrupção e carência de políticas

[1] CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos.** 4. ed. rev. e atual. 2. Tir. São Paulo: JusPodivm - 2015 p. 51.
[2] RIBEIRO, Jorge Fernando dos Santos. Regime Disciplinar Diferenciado (RDD). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/14291>.Acesso em 11.11.15.

públicas que garantam as mínimas condições de trabalho dentro dos presídios são fatores que geram dificuldades para que isso aconteça.

Essas características trazem consequências desastrosas ao sistema carcerário, muitas vezes inacreditáveis, por exemplo, muitos crimes de diferentes naturezas ocorrem do lado de fora dos estabelecimentos prisionais na maioria das vezes comandados por criminosos que estão no cumprimento de pena no interior dos presídios. A corrupção favorece a entrada de aparelhos de comunicação para detentos; a superlotação oportuniza situações de tensão entre apenados, gerando violência e, por vezes, a ocorrência de mais crimes; e a falta de infraestrutura adequada cria oportunidade para tentativas de fugas e rebeliões.

Com tantos acontecimentos na história do sistema prisional, tantas rebeliões com agentes mortos, ou até mesmo pegos de reféns, o Estado precisou tomar uma atitude, sendo uma das alternativas encontradas no que diz respeito à manutenção da ordem prisional, conforme observado neste estudo foi o Regime Disciplinar Diferenciado. Esse regime consiste no isolamento do preso que, no interior do presídio, apresentar conduta que não seja em conformidade com a regulamentação interna, que cometa delitos ou violência e, por isso, ofereça risco aos demais.

Com o estudo realizado pode ser observado que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma necessidade nos dias atuais devido a tantas discussões sobre a sua inconstitucionalidade por alguns doutrinadores, ressalva-se que o Regime Disciplinar Diferenciado não extingue direitos do preso, apenas restringe a liberdade em caráter provisório, por motivos que dispõe o art. 52, da Lei de Execuções Penais.

O Regime Disciplinar Diferenciado, de acordo com o estudo realizado, não deve ser considerado como algo cruel ou que venha a ferir a dignidade do ser humano, até porque em muitos casos são aplicados em detrimento da preservação da própria vida do condenado.

Finalmente, pela ineficiência do Estado em cumprir com rigor seu papel dentro do aspecto jurídico, sendo um fato notório as condições que se encontram os Estabelecimentos Penais no Brasil. Pode ser observado que o Regime Disciplinar Diferenciado é uma medida necessária na atual situação que se encontra a situação carcerária nacional, pois é de muita dificuldade conter o crime mesmo para os condenados em regime fechado que cumprem pena em presídios de segurança máxima.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. **Alternativas ao direito penal do inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.319. In Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Disponível em: http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-in-constitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado,22411.html. Acesso em 11.11.2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal nº 7.210/84**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm. Acesso em 05.11.15.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para concursos**. 4. ed. rev. e atual. 2. Tir. Salvador - Bahia: JusPodivm – 2015

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. – 11. ed. rev.ampl. e atual - São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. – 5. ed. atual. eampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

RIBEIRO, Jorge Fernando dos Santos. JUS NAVIGANDI. COM.BR **"Regime Disciplinar Diferenciado"** 2010. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/14291/regime-disciplinar-diferenciado-rdd.

STJ. Acórdão em habeas corpus n. 40.300-RJ. Disponível em http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1803126/habeas-corpus-hc-40300-rj-2004-0176564-4. Acesso em 05.11.15

OPERAÇÃO LAVA JATO E SUA MAIOR ARMA

BARBOSA, Alexandre[1]
SILVA, Kelly Cardoso da[2]

RESUMO

A corrupção no Brasil se alastrou sobremaneira que se percebe através dos noticiários nacionais o quão demorado foi para o sistema judiciário ser provocado a respeito, uma das principais operações policiais da história deste país tomou forças graças ao instituto da Delação Premiada, onde a justiça tem logrado êxito, pois os delatores explanam exatamente como ocorreu o processo de toda lavagem de dinheiro e demais ilicitudes, que de fato demonstrou como estes graves crimes estavam enraizados nas entranhas do país. As grandes empresas, grandes construtoras faziam rodízios nas licitações que o governo lançava, viciando dessa forma o processo licitatório, demonstrando a ilicitude dos fatos ocorridos, onde vários empresários, políticos e diretores de estatais estavam envolvidos diretamente no golpe que lesou a pátria brasileira. A grande arma utilizada pela justiça brasileira tem desmantelado a quadrilha criminosa que se utilizava de informações privilegiadas para lesar a união. Neste momento a operação encontra-se em sua 26º fase, onde além de vários empresários condenados, encontram-se políticos que juntamente perderam seus cargos eletivos com as devidas punições previstas na lei. Demonstrar-se-á que esta poderosa arma, não poderá ser utilizada de qualquer forma, entrando futuramente em desuso caso isso ocorra, hoje se pode afirmar que este instituto foi e será de grande importância, conforme se verifica nos meios de informação e através das condenações que estão acontecendo. O Brasil está passando por um momento histórico, onde os poderes da União têm demonstrado maturidade, independência e harmonia conforme relata o artigo 2º da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Brasil, Caso Petrobras, Delação Premiada.

ABSTRACT

The Corruption in Brazil has spread greatly what it is perceived through the national news, how time-consuming it was for the judiciary to be brought about it. One of the major police operations in the history of this country has taken thanks forces the Institute of plea bargaining, where justice has achieved successful because the informers expound exactly how it was the process of all money laundering and other unlawfulness, that actually demonstrated how these serious crimes were rooted in our system. Large companies, large construction companies were casters in bidding the government launched, addicting thus the bidding process, demonstrating the unlawfulness of the facts, and several businessmen, politicians and state directors were directly involved in the coup that damaged the Brazilian homeland. The major weapon used by the Brazilian courts have dismantled a criminal gang that was using insider information to prejudice the government. This time the operation is in its 26th phase, where besides several businessmen, politicians convicted who lost their elected positions with appropriate punishments under the law. It will demonstrate that this powerful weapon cannot be used in any way in the future, entering into disuse, if this happens. Today it can be said that this institute has been and will be of great importance, as evidenced in the media and through convictions that are happening. Brazil is going through a historic moment, where the Union's powers have

[1] Acadêmico Alexandre Barbosa, do curso de Direito – UDC.
[2] Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva – Orientadora – UDC.

shown maturity, independence and harmony as reported by Article 2 of the 1988 Federal Constitution.

Keywords: Brazil, Brazil Petrobrás Scandal, Plea Bargaining.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista o atual cenário jurídico que o Brasil atravessa, uma das principais operações policiais da história vem chamando a atenção nacional e internacional pelo famoso pagamento de propinas. Em 17 de março de 2014 teve início num posto de gasolina por isso o nome da operação "Lava Jato" uma das maiores operações de desmantelamento de um esquema bilionário de lavagem de dinheiro, através deste posto chegou-se até a Petrobras, grandes empreiteiras nacionais e políticos. Duas prisões foram de suma importância, dos senhores Alberto Youssef (doleiro) e Paulo Roberto Costa (ex-diretor de abastecimento da Petrobras). E para infelicidade dos corruptos o caso foi direcionado para o Juiz Federal Sergio Fernando Moro, que é especializado em crimes financeiros, de lavagem de dinheiro praticados por grupos criminosos organizados.

Centrado em estudar crimes de lavagem de dinheiro mundo afora, o juiz Moro por afinidade do tema estudou o caso Mãos Limpas que desarticulou uma das maiores redes de corrupção que ocorria em Milão na Itália, inclusive escreveu um artigo em 2004 sobre o caso.

Nos dois casos (brasileiro e italiano) um dos principais institutos utilizados para desarticular as quadrilhas foi o da Delação Premiada, que nos últimos meses ficou famosa nos noticiários nacionais, aproximadamente seis meses após o início da operação, os dois primeiros presos concordaram com a Justiça Federal e assinaram com o MPF acordos de delação premiada.

2 DELAÇÃO PREMIADA

A delação premiada como forma de benefícios sempre existiu, mesmo em épocas mais remotas, conforme relata a Bíblia Sagrada referente à morte de Jesus Cristo, onde Judas Iscariotes traiu-o por 30 moedas de prata. (BÍBLIA, Mateus, 26:15).

No direito Brasileiro ela tem sua origem nas Ordenações Filipinas que vigoraram de 1603 até a entrada em vigência do Código Criminal de 1830, no livro V, o título CXVI trata da

Delação Premiada: “Como se perdoará aos malfeitores, que derem outros à prisão”, premiando com o perdão, os criminosos delatores. (Conjur).

Conforme expressa a Lei 8.072, artigo 8º, parágrafo único, que trata dos crimes hediondos, foi reforçado no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da delação premiada, cujo objetivo é a desarticulação de quadrilhas, bandos e organizações criminosas, desmantelando-os, facilitando a investigação criminal e evitando a prática de novos crimes por tais grupos.

O instituto é aplicado quando o sujeito acusado delata em culpa de um crime a um terceiro, cessando a prática que vem sendo utilizada pelo agente da delação, sendo que o delator receberá o benefício da lei com sua pena reduzida de 1 (um) a 2 (dois) terços, ou até mesmo o perdão da pena. Quanto maior e importante for o teor da delação, igualmente será o benefício do réu.

Em vários momentos a legislação brasileira prevê o instituto da Delação Premiada, veja a seguir alguns momentos em que o tema é tratado:

O artigo 25, § 2 da Lei 7492 de 16 de Junho de 1986 relata:

> Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

O artigo 8, parágrafo único da Lei 8072 de julho de 1990 ressalva:

> O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.

O artigo 16, parágrafo único da Lei 8137, de 27 de dezembro de 1990, reforça:

> Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.

Percebe-se na lei que o partícipe deve fazer sua delação de forma espontânea, recebendo assim, caso o juiz aceite sua fala, a redução ou perdão de sua pena.

Segundo Greco (2014) a delação premiada tem em mira mais a vítima do sequestro do que o agente que o praticou. Conforme é analisado, se deve analisar de fato se o Estado terá benefícios com o teor da delação, assim ocorrendo, caberá ao juiz responsável utilizar-se dos preceitos legais para benefício do delator.

> HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. LATROCÍNIO CONSUMADO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. TESE DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. PLEITO DE

> APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. 2. A fixação da pena-base em 2 anos acima do mínimo legal (20 anos) foi suficientemente fundamentada, tendo sido declinados elementos concretos que emprestaram à conduta do Paciente especial reprovabilidade e que não se afiguram inerentes ao próprio tipo penal. 3. Justificada a valoração negativa da culpabilidade e das circunstâncias do delito, em razão da atuação mais intensa do agente que, aproveitando-se da relação de convivência e emprego pretérita mantida na empresa da vítima, pediu "carona" a esta e, no trajeto, desferiu golpes com auxílio de estilete e de uma talhadeira, ceifando-lhe a vida e subtraindo seu carro, o que imprimiu maior reprovabilidade à sua conduta, sem correspondência com o tipo penal. 4. As circunstâncias atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea prevalecem sobre as demais, conforme posicionamento deste Superior Tribunal de Justiça. Assim, correta a redução operada na segunda fase da dosimetria penal, em que o magistrado, reconhecendo igualmente a presença da agravante do motivo fútil, reduziu em 1 (um) ano a pena-base do Paciente. 5. Ausente flagrante ilegalidade ou abuso de poder na individualização da pena-base, a estreita via do habeas corpus não é adequada para avaliar se foi justa ou não a reprimenda aplicada ao condenado. Precedentes. 6. Para a configuração da delação premiada (arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99), é preciso o preenchimento cumulativo dos requisitos legais exigidos. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Na espécie, tratando-se de latrocínio consumado, inviável a aplicação do redutor, uma vez que não houve "localização da vítima com vida", conforme exigido pelo legislador para o reconhecimento da benesse legal. 7. Ordem de habeas corpus denegada. (BRASIL, 2013)

Conforme se percebe o julgador não autoriza qualquer tipo de delação premiada, precisa preencher os pré-requisitos e suas características constantes na lei.

O maior conceito da delação premiada é o que no meio da população mais leiga chama-se: X9, Cagueta, Boca aberta e aí por adiante. Porém o que todos querem dizer é que o delator “traiu” seus comparsas, dedurando aqueles que em outro momento compactuavam dos mesmos preceitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que o instituto da Delação Premiada tem servido de grande valia, pois revela as entranhas da corrupção seja ela onde ocorra, vale ressaltar que este instituto se tornou eficaz, pois o judiciário aplicou penas severas em casos de corrupção anteriores ao mencionado na introdução, neste sentido os delatores são instigados pelo histórico a utilizar o instituto.

Todavia, a parte ética da Delação Premiada é muito discutida por vários doutrinadores:

> Tal entendimento não pode mais prosperar, em face da Lei 9807/99 que alargou sobremaneira as fronteiras da delação premiada que pode, agora, ser reconhecida quer como causa extintiva de punibilidade, quer como causa redutora de pena (Franco, 2011).
> [...] proliferação da “traição bonificada”, defendida pelas autoridades como grande instrumento de combate à criminalidade organizada... (Bitencourt, 2011).

As questões de ética e moral são postos em xeque no instituto da delação premiada, de um lado o delator que por verificar uma possibilidade de redução ou perdão da pena, se sente motivado em revelar o que conhece, por outro lado, o Estado se mostra ineficaz quanto aos meios de controle, onde deveria se evitar a corrupção e seus mecanismos.

Com a operação Lava Jato a justiça estima que muitos bilhões de reais serão repatriados, por isso ela é tida como a maior investigação de corrupção e desvio de dinheiro que já houve no Brasil. Tamanho é a verdade que grandes nomes do cenário brasileiro estão envolvidos no esquema.

Por isso, a delação premiada usada de forma a buscar a verdade dos fatos, deve sim, ser utilizada como repressão das mais variadas quadrilhas e organizações do crime, sejam elas dentro de favelas ou nos lugares mais ricos do Brasil, o importante é a notoriedade que os fatos divulgados, desta maneira o povo brasileiro percebe o quanto a justiça é justa.

REFERÊNCIAS

ARRABAL, Alejandro Knaesel. **Publicação de artigos científicos**. Prática da Pesquisa, out. 2011. Disponível em: <http://www.praticadapesquisa.com.br/2011/10/como-apresento-citacoes-de-conteudos.html>. Acesso em 29 de março de 2016.

BÍBLIA ONLINE. **Evangelho de Mateus**. Disponível em: <https://www.bibliaonline.com.br/nvi/mt/26>. Acesso em 31 de março de 2016.

BRASIL. Lei 7492 de 16/06/86. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em 29 de março de 2016.

BRASIL. **Superior Tribunal Justiça**. HC 202943 de 27 de agosto de 2013. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Brasília. DF, setembro de 2013. CRUZ, André Gonzalez.

Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. Conjur, out. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-out-30/delacao_premiada_mal_necessario_restrito>. Acesso em 30 de março de 2016.

DIAS, Pamella Rodrigues; SILVA, Erik Rodrigues. **Origem da delação premiada e suas influências no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <http://rafael-paranagua.jusbrasil.com.br/artigos/112140126/origem-da-delacao-premiada-e-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 23 de março de 2016.

GLOBO. **Política: Operação Lava Jato.** Disponível em:<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/>. Acesso em 28 de março de 2016.

GODOY, Marcelo. **Entrevista: Gherardo Colombo, ex- magistrado italiano da Operação Mãos Limpas**. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quem-acabou-com-a-operacao-maos-limpas-foi-o-cidadao-comum,10000023323>. Acesso em 28 de março de 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Especial. 11º edição. Rio de Janeiro, Editora Impetus, 2014. 126 a 128 p.

JORNAL FOLHA DE SÃO PAULO. Matéria: Entenda a Operação Lava Jato, da Polícia Federal. Disponível em:<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-da-policia-federal.shtml>. Acesso em 28 de março de 2016.

MENDES, Marcella S. S. A delação premiada com o advento na Lei 9.807/99. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11229&revista_caderno=3>. Acesso em 23 de março de 2016.

MOREIRA, Agnaldo S. Delação Premiada – Breves Considerações. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3902/Delacao-premiada-Breves-consideracoes>. Acesso em 23 de março de 2016.

SOUSA, Marc; LONDRES, Marina.Há 18 anos na Justiça Federal, Sergio Moro se inspira em caso italiano para investigar corrupção na Petrobras. Disponível em: <http://noticias.r7.com/brasil/ha-18-anos-na-justica-federal-sergio-moro-se-inspira-em-caso-italiano-para-investigar-corrupcao-na-petrobras-14042015>. Acesso em 28 de Março de 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Como elaborar um artigo científico. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/ArtigoCientifico.pdf>. Acesso em 23 de março de 2016.

VADE MECUM. 19ª. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2015

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA LESÃO À LIBERDADE DE ESCOLHA E AUTONOMIA DAS MULHERES

ROSA, Ana Júlia Saraiva[1]
MEDEIROS, Eduardo Luiz[2]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar uma forma específica de violência contra as mulheres: a violência obstétrica. Esse tipo de violência ocorre quando o processo fisiológico do parto é transformado em um evento medicalizado e institucional, ultrapassando as recomendações científicas para a assistência pré-natal, ou mesmo ao parto, através do uso abusivo da tecnologia em desrespeito ao funcionamento natural do corpo da mulher, quando este é desejado por ela e possível segundo as evidências científicas a respeito. Ainda que essa prática seja corriqueira e tenha sido naturalizada pelos profissionais de saúde e por suas pacientes, o trabalho ressalta a razão de essa prática ser considerada violenta e a forma em que os direitos das parturientes são totalmente violados, caracterizando o período gestacional e o trabalho de parto como um momento traumatizante. Por fim, o intuito do presente trabalho, é demonstrar que deve ser assegurada a liberdade de escolha, com todos os esclarecimentos e informações necessários, assim como outros direitos fundamentais que são violados na prática deste tipo de violência contra a gestante e a parturiente.

Palavras-chave: Violência Obstétrica, Humanização do Parto, Liberdade de Escolha, Autonomia da Parturiente.

OBSTETRIC VIOLENCE IN BRAZIL: ANINJURY THE FREEDOM OF CHOICE AND WOMEN'S AUTONOMY

ABSTRACT

This study aims to analyze a specific form of violence against women: the obstetric violence. This kind of violence happens when the physiological birth process is transformed into an institutional event, and it goes beyond the scientific recommendations for prenatal care, or even childbirth, through the misuse of technology in violation of the natural woman's function body, when it is desired by her and according to scientific evidence about it. Although this practice is very common and it has been naturalized by healthcare professionals and their patients, this work points out the reason why this practicing is considered violent and the way which the rights of pregnant women are totally violated, characterizing pregnancy and labor childbirth as a traumatic time. At last, this study aims to guarantee the freedom of choice, with all the information required, as well as other fundamental rights that are always violated in practicing this kind of violence against pregnants and parturients.

Keywords: Obstetric violence, Humanization of Birth, Freedom of Choice, Parturient Autonomy.

[1] Acadêmica Ana Júlia Saraiva Rosa, do curso de Direito – UDC.
[2] Professor Mestre Eduardo Luiz Medeiros – Orientador – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo traz em seu escopo os elementos essenciais à configuração de práticas violentas e suas consequências com referência às questões jurídicas, enfatizando os princípios, direitos humanos e fundamentais, como exemplo, a violação ao direito à informação e à autonomia da parturiente.

O problema da violência obstétrica é a naturalização dos atos atentatórios, o que, muitas vezes, impede que até mesmo a própria vítima se identifique como violentada. Em oposição a este abuso de padrão tão absorvido pela sociedade, o movimento pela humanização do parto tem como alvos principais preservar o protagonismo da mulher, o apoio à liberdade de escolha da parturiente bem como o uso de procedimentos com respaldo científico.

Durante os últimos anos, organizações que trabalham para a redução e erradicação das formas de violência contra a mulher e em defesa dos direitos humanos, têm pressionado politicamente o Legislativo brasileiro para que medidas sejam adotadas a fim de diminuir a alta incidência dessa violência no Brasil.

Faz-se necessário defender o direito de escolha da parturiente, além disso, que se criem condições e mecanismos para os devidos esclarecimentos, o que não é realizado, resultando numa assistência precária, de tal modo que quando uma parturiente é tratada bem durante o parto, ela é considerada uma mulher “de sorte”.

Há necessidade de transmitir informações que encorajem as genitoras a denunciarem, concretizarem seus direitos e consequentemente, diminuir o índice de violência obstétrica no Brasil, fenômeno este que vem se destacando perante a sociedade.

Cumpre destacar a dificuldade para referenciar o presente artigo tendo em vista à ausência de livros relativos ao tema, por se tratar de instituto relativamente atual. De tal forma, verifica-se que para a realização do estudo utilizou-se do posicionamento de doutrinadores, artigos científicos, com maior incidência nos materiais disponíveis na web através de pesquisas bibliográficas e jurisprudências, bem como dos métodos observacional e dialético.

2 A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES EM FRENTEAO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

No que refere aos direitos humanos das mulheres no Brasil, a Constituição Federal de 1988 situa uma referência primordial, pois procedeu em uma adequada transição de paradigma do direito brasileiro no que diz respeito à igualdade de gênero.

É evidente a participação do movimento de mulheres que, em articulação com o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher desenvolveram uma histórica campanha intitulada "Constituinte pra Valer Tem que ter Direitos da Mulher”[1].

Conforme descreve a Declaração de Pequim e Plataforma de Ação “o avanço das mulheres e a conquista da igualdade entre mulheres e homens são uma questão de direitos humanos e uma condição para a justiça social; não devem, portanto, ser encarados isoladamente, como um problema feminino”[2].

O princípio da igualdade como é formalmente expresso na lei, sem diferenciação entre mulheres e homens, envolve frequentemente uma discriminação oculta contra as mulheres.

Conforme dispõe Olympe de Gouges em Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã, em seu Art. 1º "a mulher nasce livre e tem os mesmos direitos do homem. As distinções sociais só podem ser baseadas no interesse comum”[3].

A ONU ofereceu grande importância à igualdade da mulher. Em 1946 criou uma comissão para tratar a condição da mulher. Em 1952, foi elaborada uma Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1957, uma sobre a Nacionalidade de Mulheres Casadas; em 1962, sobre a aprovação do casamento. Ocorreram várias conferências mundiais a respeito dos direitos da mulher; sendo uma relatora especial da Comissão dos Direitos Humanos nomeada para esse tema[4].

Ao longo da história do Brasil, significativa foi a participação da mulher, bem como respeitáveis foram suas conquistas na direção da consolidação dos direitos humanos. No entanto, faz-se necessário que referidos direitos instrumentem as amarras do formalismo e transformem-se em direitos reais, materiais e substantivos, capazes de combater as desigualdades entre os sexos, pondo um fim na supressão de direitos[5].

---

[1] PITANGUY. Jacqueline. **Os direitos Humanos das Mulheres**. Disponível em: <http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo_mulheres_jacpit.pdf>. Os direitos humanos das mulheres. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

[2] **Declaração de Pequim e Plataforma de Ação**. 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

[3] GOUGES, Olympe de. **Art. 1º Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5esat%C3%A91919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>. Acesso em: 24 de mar. de 2016.

[4] **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linhaeditorial/outraspublicacoes/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacioais.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

[5] BERNARDES, Marcielle Berger; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **DIREITOS DAS MULHERES: UMA BUSCA CONSTANTE PELA (DES) CONSTRUÇÃO DE CONCEITOS E VALORES**. Disponível em: <sites.unifra.br/Portals/35/Artigo/2003/39/Mulheres.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2016, p. 77.

Ressalta-se que o princípio da isonomia proíbe as discriminações arbitrárias, os favoritismos e as perseguições, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, atende ao conceito de justiça. Apenas será violado o princípio da igualdade se o elemento discriminador não estiver de acordo com os interesses protegidos pela Constituição Federal[1].

Sendo assim, de acordo com André Ramos Tavares,

> É preciso, portanto, encontrar um critério capaz de legitimamente apartar essas duas categorias genéricas e abstratas de pessoas. É necessário saber quais são os elementos ou as situações de igualdade ou desigualdade que autorizam, ou não, o tratamento igual ou desigual. Ou, o que dá no mesmo, é preciso concretizar esse princípio (que como qualquer outro é abstrato). A partir de critérios objetivos precisos, sob pena de torná-lo um escudo de impunidade para a prática de arbitrariedades[2].

A Constituição Federal menciona o título dos direitos e garantias fundamentais afirmando no "caput" do Art. 5º que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". A igualdade de todos prevista neste artigo deve ser interpretada com o princípio da dignidade da pessoa humana e com os objetivos definidos no Art. 3º da Carta Magna. Deste modo, não satisfaz ao Estado se abster de discriminar, mas deve também agir positivamente no sentido da diminuição das desigualdades e da inclusão social[3].

Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 proclama o princípio da igualdade formal quando diz que homens e mulheres são iguais perante a lei, mas promove a igualdade material quando desiguala para promover a igualdade dos hipossuficientes, dando especial proteção aos mais vulneráveis, como mulheres, crianças e idosos[4].

Os direitos fundamentais são inerentes a todo ser humano, e a Constituição Federal de 1988 e as Convenções Internacionais já expressaram que todas as mulheres devem ter seus direitos fundamentais protegidos.

[1] MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **Princípio da igualdade: evolução e aplicação na Constituição.** Revista Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20924>. Acesso em: 20 de mar. 2016.
[2] TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 414.
[3] MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. Princípio da Igualdade: evolução e aplicação na Constituição. Revista Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20924>. Acesso em: 19 de mar. 2016.
[4] CAMPOS Carolina Lopes Cançado; LADEIRA, Angela Peter Pandolf. A LEI 11.340/2006 E A QUESTÃO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL. Disponível em: <http://sistemabatista.edu.br/SEER/index.php/Dir/article/download/64/54>. Acesso em: 21 de mar. de 2016.

2.1 O DIREITO À SAÚDE DAS MULHERES

O Direito em sua percepção interna coloca o ser humano no núcleo de sua essência. A procura pelo amparo e eficácia dos direitos humanos básicos ainda é um projeto a ser alcançado, principalmente no Brasil[1]. No rol de direitos sociais constitucionalmente garantidos, está elencado conforme dispõe o Art. 196 da Constituição Federal, o dever do Estado em promover o acesso à saúde:

> Art. 196 – A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A partir deste dispositivo, verifica-se que a saúde é um direito que deve ser devidamente assegurado pelo Estado, compreendido este como Poder Público, mediante um conjunto de atos normativos, oferecendo tal garantia a todos, independentemente de etnia, sexo, origem, devendo ter por escopo, o acesso de todos, de modo universal e igualitário[2].

Consoante o Art. 197, surge o conceito de Sistema Único de Saúde – SUS, se constituindo numa inovação, na qual resultou aspiração de profissionais de saúde brasileiros:

> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Segundo afirma Tatiana Ieda Cury "o direito à saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial."[3]

Conforme afirma Gilmar Mendes, a respeito do direito à saúde com relação aos direitos fundamentais:

> O estudo do direito à saúde no Brasil leva a concluir que os problemas de eficácia social desse direito fundamental devem-se muito mais a questões ligadas à implementação e manutenção das políticas públicas de saúde já existentes – o que implica também a composição dos orçamentos dos entes da federação – do que à falta de legislação específica. Em outros termos, o problema não é de inexistência, mas de execução (administrativa) das políticas públicas pelos entes federados. Numa visão

[1] **Cartilha dos Direitos à Saúde da Mulher.** OAB Goiás Comissão da Mulher Advogada. Disponível em: <http://www.oabgo.org.br/oab/arquivos/downloads/Cartilha_dos_Direitos_a_Saude_da_Mulher_14262.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.
[2] NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: 2011. p. 78
[3] CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 17.

> geral, o direito à saúde há de se efetivar mediante ações específicas (dimensão individual) e mediante amplas políticas públicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos (dimensão coletiva). Nessas perspectivas, as pretensões formuladas e formuláveis tanto poderão dizer respeito a atos concretos como a políticas e ações administrativas que contribuam para a melhoria do sistema de saúde, incluídas aqui as normas de organização e procedimento[1].

O direito à saúde, tal como garantido na Constituição Federal de 1988, configura direito fundamental de segunda geração[2]. Nesta geração estão os direitos sociais, culturais e econômicos, que se caracterizam por exigirem prestações positivas do Estado. Não se trata mais, como nos direitos de primeira geração, de apenas impedir a intervenção do Estado em desfavor das liberdades individuais.

Também deve se mencionar a Lei nº 8.080/90, que regula as ações e serviços de saúde em todo o território nacional, discorrendo a respeito da saúde como direito fundamental do ser humano:

> Art. 2º – A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> §1º. O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de risco de doenças e de outros agravos no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.
> Art. 3º […]
> Parágrafo Único – Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

A ampliação da definição de saúde, cogitada parcialmente nas modificações necessárias, faz parte das reivindicações do movimento de mulheres que participam da promoção da saúde da mulher em todos os níveis. Conforme dispõe Karen Mary Giffin:

> Nas Conferências Nacionais de Saúde e Direitos da Mulher, em 1986 e 1989, os temas de saúde mental, sexualidade, aborto, adolescência, velhice, trabalho, saúde e cidadania foram destacados como áreas essenciais que exigem avanços urgentes[3].

Há necessidade de efetivar o direito tanto dos homens como das mulheres a serem informados sobre os métodos seguros de controle de fertilidade e a terem acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis da sua escolha, bem como o direito ao acesso a serviços de saúde adequados, que permitam às mulheres terem uma gravidez e parto seguros e darem a possibilidade aos casais de terem um bebê saudável. O fato é que na prática, é relativamente

[1] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Saraiva. São Paulo, 2014, p. 564.
[2] LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. Saraiva. São Paulo: 2012, p. 959.
[3] GIFFIN, Karen Mary. Mulher e Saúde. **Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro**, 1991, p. 133.

diferente: a discriminação com base no sexo conduz a muitos perigos para a saúde das mulheres, incluindo a violência física e sexual[1].

Conforme estabelecido pela ONU, melhorar a saúde materna é o quinto objetivo de desenvolvimento do milênio[2]. Essa meta tem um objetivo específico, ou seja, reduzir a taxa de mortalidade materna em 75% entre 1990 e 2015.

> De acordo com o Ministério da Saúde, o Brasil tem hoje 62 casos a cada 100 mil nascimentos. A meta estabelecida até o fim deste ano pelos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), da ONU, era chegar a uma taxa de 35 mortes por 100 mil nascimentos. De 1990 para cá, a taxa caiu quase pela metade, mas a redução não será suficiente para que se consiga cumprir a meta[3].

No Brasil, a cautela à mulher na gestação e parto permanece como um desafio para a assistência, tanto no que se refere à qualidade propriamente dita, quanto aos princípios filosóficos do cuidado, ainda centrado em um modelo baseado em técnicas de rotina que não possuem evidências científicas, as quais poderiam ser devidamente evitadas se não houvessem as intervenções desnecessárias e fossem substituídas por uma assistência adequada.

2.3 A MULHER TRATADA COMO SUJEITO DE DIREITOS PERANTE A SUA LIBERDADE DE ESCOLHA E AUTONOMIA

A mulher deve possuir o direito de não sofrer agressões no espaço público ou privado, a ser respeitada em suas especificidades e a ter garantia de acesso aos serviços da rede de enfrentamento à violência contra a mulher, quando passar por situação em que sofreu algum tipo de agressão, seja ela física, moral, psicológica ou verbal[4].

Em hospitais universitários, é extremamente corriqueiro ter várias pessoas juntas ou em sequência para realizar exame que as parturientes não consentiram. A mulher não é informada dos nomes, da qualificação, da necessidade e riscos dos procedimentos, ou mesmo

[1] E. Direitos Humanos das Mulheres. **OS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DE UM OLHAR SENSÍVEL AO GENERO EMPODERAMENTO DAS MULHERES**. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/E.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

[2] SILVA, Lucia Cristina Florentino Pereira da; et. al. **Direitos humanos e a assistência à saúde da mulher no Brasil.**Rio Grande, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8927&n_link=revista_artigos_leitura>. p. 1. Acesso em 24 de mar. de 2016.

[3] CARNEIRO, Júlia Dias. **Mortalidade materna cai no Brasil, mas não atingirá meta da ONU**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150306_mortalidade_materna_jc_ru>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

[4] Observatório Brasil de Igualdade de Gênero. **Enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres.** Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/violencia>. Acesso em: 19 de mar. de 2016.

das informações sobre a progressão do seu próprio trabalho de parto. A parturiente também não é consultada a permitir ou negar o procedimento[1].

A utilização de procedimentos desnecessários, dolorosos, com exposição a mais riscos e complicações, com a única e exclusiva finalidade de antecipar o exercício da prática desse procedimento em detrimento do aprendizado de terceiros, fere o respeito à integridade física e autonomia das pacientes, bem como seu direito inviolável à intimidade.

O direito à escolha de parturição pela gestante, quando circunstâncias fisiológicas não a limitam, é direito individual não restringível, cabendo ao Estado garantir a informação à mulher, promovendo sua autodeterminação, assim como o respeito a esse direito fundamental.

Neste panorama, verifica-se nitidamente a violação à autonomia da mulher. A autonomia é justamente a qualidade de todo ser humano, capaz, dotado de racionalidade, em pleno gozo de suas faculdades mentais, de autodeterminação, podendo tomar devidamente todas as decisões na condução de sua vida[2].

A autonomia está inteiramente atrelada à liberdade do indivíduo, pois não se pode ser livre se não houver autodeterminação. O direito à liberdade é fundamental em um Estado Democrático de Direito, e a Constituição da República Federativa de 1988 promulga em seu Art. 5º o direito individual à liberdade como direito fundamental.

Segundo Aline Mignon de Almeida:

> o princípio da autonomia está diretamente ligado ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado; em outras palavras, o indivíduo tem a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer a completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente[3].

Dentro da construção do sistema jurídico vigente, é evidente a violação do direito à liberdade e do poder de autodeterminação do indivíduo. As mulheres não podem ser impedidas de exercerem esse poder e serem tratadas como objetos, havendo a necessidade da promoção de um atendimento digno à gestante como direito de cidadania a qual necessita de autonomia e liberdade para ser exercida.

---

[1] Parto do Princípio. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Violência Obstétrica "Parirás com Dor".** 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2016.

[2] **Autonomia da Gestante na Escolha do Parto.** Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/sociologiasaude/files/2013/12/AUTONOMIA-DA-GESTANTE-NA-ESCOLHA-DE-PARTO.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2016.

[3] ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e Biodireito.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 6.

A autonomia da mulher na escolha da melhor forma de parir ainda é respaldada pela garantia constitucional ao livre planejamento familiar, conforme recepcionado em Art. 226, §7 da Constituição Federal. A escolha de engravidar, de quem, em que momento da vida e onde ter esse filho faz parte desse planejamento cabível à mulher.

Conforme o pensamento de Filipe João Correia Leitão:

> A mulher ao ser internada tem, frequentemente, uma sensação de perda de controle da situação, onde não pode prever nem determinar o próximo instante. Neste momento, a sua capacidade de tomar decisões sobre os procedimentos e acções a serem levadas a cabo sobre o seu corpo e o do seu filho, encontra-se por vezes francamente diminuída. A mulher em trabalho de parto, depende frequentemente das informações que vêm da equipe de saúde. Apesar desta aparente perda de controlo, a sua autonomia não deverá nunca ser posta em causa, mas sim recentrada nos seus limites, procurando responder da forma mais correcta às suas necessidades e capacidades. O papel dos profissionais de saúde não é o de decidir pela mulher e família, mas acima de tudo negociar, orientar e coordenar esforços para ir de encontro às necessidades reais e sentidas, procurando dar resposta às solicitações que lhes são colocadas, da melhor forma possível e em respeito pelas melhores práticas[1].

A intervenção do parto se dará no corpo da gestante, portanto, somente a própria gestante será a retentora do conhecimento de suas capacidades e restrições. Sendo assim, a imposição de uma modalidade de parto para o qual ela não se sente preparada, independentemente de suas motivações, é que se pode afirmar a causa de grandes danos à sua integridade e à do nascituro. Afinal, quem mais legitimado que o indivíduo em cujo corpo se processará o fenômeno do parto para saber de fatores tão subjetivos como a sensação de dor?

Quando a liberdade em escolher ou consentir o procedimento mais adequado ou desejado é infringida, a parturiente se depara numa relação de violação também da sua dignidade. A dignidade compreendida, ainda, com uma "possibilidade de acesso a um serviço de saúde, e a garantia de um atendimento, no mínimo, respeitoso"[2].

Compreende-se naturalmente que a capacidade da mulher em trabalho de parto exercer o seu direito de autonomia, se encontra diretamente enfraquecida pela natureza e a intensidade do próprio momento, portanto, afirma Filipe João Correia Leitão que "nesta situação de fragilidade, cabe aos profissionais de saúde que as assistem, zelar para que os seus direitos sejam integralmente respeitados, e consequentemente a sua vontade"[3].

---

[1] LEITÃO, Filipe João Correia. **Autonomia da mulher em trabalho de parto**. Dissertação de Mestrado em Bioética. Lisboa. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2212/1/596873_Tese.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2016. Lisboa, 2010, p. 14.

[2] DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 09.

[3] LEITÃO, Filipe João Correia. **Autonomia da mulher em trabalho de parto**. Dissertação de Mestrado em Bioética. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2212/1/596873_Tese.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2016. Lisboa, 2010, p. 15.

Com base nas palavras de Rosevelt Arraes, "a parturiente, no exercício do pátrio poder, será a responsável por todos os cuidados e criação do bebê até este atingir a maioridade"[1].

Afirmar que a parturiente não possui capacidade e autonomia de praticar escolhas conscientes desde a gestação, provocaria em reconhecer que a mesma é incapaz de se orientar devidamente, e de avaliar o melhor interesse do indivíduo a quem dará a luz. Nesse sentido, reconheceu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao determinar o dever de indenizar por estar caracterizada a violação da autonomia da gestante:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO. ERRO NA CONTAGEM DA IDADE GESTACIONAL. REALIZAÇÃO DE PARTO PREMATURO EM HOSPITAL QUE NÃO DISPUNHA DE CTI NEONATAL. COMPLICAÇÕES RESPIRATÓRIAS NA RECÉM-NASCIDA. MEMBRANA HIALINA. ÓBITO. FALHA NO DEVER DE INFORMAR. DESRESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. Falha na prestação do serviço médico em razão de erro cometido por obstetra que, ao se equivocar no cálculo da idade gestacional da autora, antecipou o parto, mediante a realização de cesariana, sem considerar os riscos decorrentes do nascimento prematuro do bebê, que veio a falecer em decorrência de complicações respiratórias. Recém-nascido que, em razão da prematuridade, apresentou deficiência respiratória e por isso necessitava de atendimento em CTI neonatal, que não havia no hospital demandado. Necessidade de remoção um dia após o nascimento para outra unidade hospitalar, tendo lá desenvolvido infecções que levaram ao óbito. Ao avaliar que a gestante estava com 39 semanas, a médica antecipou o parto sem considerar a falta de condições de o hospital abrigar recém-nascido que, na realidade, contava com 36 semanas de gestação. Ausência de comprovação de esclarecimentos que deveriam ter sido prestados à autora acerca dos riscos da doença diagnosticada e do nascimento prematuro do bebê. Desrespeito à autonomia da vontade, que, aliado à comprovação do erro de avaliação da médica e o nexo de causalidade entre o nascimento prematuro e o óbito do recém-nascido, configuramos dever de indenizar. Responsabilidade objetiva do hospital pela falha do serviço por médico integrante de seu corpo clínico. [...]. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. Apelação Cível Nº 70056595937, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz PlanellaVillarinho, Julgado em 14/05/2014[2].

A ausência de consciência global a respeito do parto e nascimento natural gera um serviço de má qualidade e altamente interventivo que viola os direitos humanos básicos das mulheres de receber um atendimento apropriado durante o trabalho de parto, no parto e do bebê ao nascimento.

Apesar de se destacarem as inúmeras conquistas adquiridas pelas mulheres ao longo do tempo, o atual tratamento fornecido à gestante, em todo o processo de assistência ao parto, o qual impede de exercer a sua autonomia, denota-se em verdadeiro retrocesso nas conquistas femininas, o que, consequentemente, reflete negativamente na sociedade como um todo.

---

[1] ARRAES, Rosevelt. MACEDO, Juliana Gabiatti de. AUTONOMIA DA GESTANTE NA ESCOLHA DE PARTO NA REALIDADE DA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR BRASILEIRA**.** Curitiba. 2013. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/sociologiasaude/files/2013/12/AUTONOMIA-DA-GESTANTE-NA-ESCOLHA-DE-PARTO.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

[2] BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Disponível: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120166516/apelacao-civel-ac-70056595937-rs>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

2.4 A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NO BRASIL: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS INERENTES ÀS MULHERES

O parto, diversamente das outras questões relacionadas à maternidade, adota um importante espaço, não só por ser o grande auge da maternidade, mas por ter se adequado a um tipo de violência, que vai além do íntimo e privado, perpetuando as políticas dentro da discussão sobre saúde pública, saúde da mulher bem como do bebê[1].

Conforme consta em cartilha disponibilizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, dispõe as particularidades deste tipo de violência:

> A violência obstétrica caracteriza-se pela apropriação do corpo e processos reprodutivos das mulheres pelos profissionais de saúde, através do tratamento desumanizado, abuso de medicalização e patologização dos processos naturais, causando a perda da autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seus corpos e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. *(Definição dada pelas leis venezuelanas e argentinas, onde a VO é tipificada)*[2]

A violência obstétrica, portanto, é qualquer ato ou intervenção praticado sem o consentimento explícito e informado da gestante, parturiente ou que deu à luz recentemente que desrespeita sua integridade física, mental, seus sentimentos, opções e preferências.

Apesar de aparentar ser um absurdo relatos de mulheres que são humilhadas, tratadas com descaso e desrespeitadas perante suas escolhas durante o trabalho de parto, estas são práticas extremamente comuns nos hospitais e maternidades, partindo de profissionais que supostamente foram treinados para assegurar o acesso a saúde de forma segura, aceitável e de boa qualidade, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988.

Todas as mulheres possuem o direito a melhor qualidade de saúde atingível, incluindo o direito a uma assistência digna e respeitosa durante toda a gestação, o parto e o pós-parto, assim como o direito de estar livre da violência e discriminação.

Conforme pesquisa desempenhada em 2010, pela Fundação Perseu Abramo: "Mulheres brasileiras e Gênero nos espaços público e privado", uma em cada quatro mulheres brasileiras sofrem violência antes, durante e após o trabalho de parto das mais diversas maneiras. A pesquisa ainda verificou que 25% das mulheres que tiveram filhos pelas vias

[1] MIRANDA, Juliana Zasciurinski. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE A CERCA DO EMPODERAMENTO FEMININO**. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/violenciaobstetrica_ uliana-miranda.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2016.

[2] Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Violência Obstétrica: Você Sabe O Que É?** Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/violencia%20obstetrica.pdf>. Acesso em: 19 de mar. de 2016.

naturais na rede pública e privada sofreram violência obstétrica no Brasil. Apesar da pesquisa se restringir ao parto normal, a violência também pode acontecer em uma cesárea[1].

Ao direcionar os cuidados obstétricos antes, durante e após o parto, deve-se reconhecer que toda parturiente tem o direito a receber tratamento livre de danos e maus-tratos, obter ciência dos atos realizados, consentimento esclarecido com possibilidade de se opor e segurança de respeito perante suas preferências e prioridades, deve ser tratada com a devida dignidade e consideração, livre de discriminação e ter acesso ao mais alto nível possível de saúde com liberdade, autonomia e autodeterminação.

A violência obstétrica durante a gestação e parto podem ser caracterizadas por diversos fatores, podendo ser exemplificados através dos seguintes atos: a negação do atendimento à mulher ou quando lhe impõe qualquer tipo de empecilho onde está sendo realizado o pré-natal; comentários humilhantes à mulher no que diz respeito a sua cor, idade, religião, escolaridade, classe social, estado civil, orientação sexual; palavras ofensivas até mesmo a sua família; agendar cesárea sem recomendação baseadas em evidencias cientificas, atendendo somente as necessidades e interesse dos próprios profissionais[2].

Portanto, nota-se que esta prática gera um fator constrangedor, que se torna um obstáculo na vida das gestantes e parturientes podendo agir de várias formas, como o abuso nos tratamentos degradantes e desprezo ante as parturientes.

Pode-se esclarecer, conforme exposto pela Rede Parto do Princípio, escrito por mulheres usuárias do sistema de saúde brasileiro que lutam pela promoção da autonomia das mulheres, as violências ocorridas antes do parto, como por exemplo:

> O pré-natal com informações insuficientes ou questionáveis sobre o andamento da gestação; falsas indicações para cirurgia cesariana; falta de informações sobre a fisiologia do parto normal e riscos de cirurgias cesarianas; ausência ou má qualidade de informações sobre como a mulher deve proceder durante o início do trabalho de parto e a impossibilidade de a mulher escolher previamente o local de parto[3].

Sendo assim, as gestantes começam a sofrer antes mesmo de entrarem em trabalho de parto, por profissionais que não possuem a devida sensibilidade de compreender o período cheio de dúvidas e anseios que se torna a gestação de uma mulher.

---

[1] Fundação Perseu Abramo e SESC. **MULHERES BRASILEIRAS E GÊNERO NOS ESPAÇOS PÚBLICO E PRIVADO**. 2010. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

[2] MIRANDA, Juliana Zasciurinski. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE A CERCA DO EMPODERAMENTO FEMININO**. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/violenciaobstetrica_juliana-miranda.pdf>. Acesso em: 22 de mar. de 2016.

[3] Parto do Princípio. 2014. Disponível em: <http://www.partodoprincipio.com.br/#!faq-violncia-obsttrica/c22qe>. Acesso em: 20 de mar. de 2016.

Os atos caracterizadores da violência obstétrica são todos aqueles cometidos contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, etc.

O Art. 5º, inciso XL da Constituição Federal de 1988 preconiza que ninguém será submetido à tortura nem ao tratamento desumano ou degradante, sendo que a lei considerará crime inafiançável a prática de tortura.

Em dois países da América Latina, a violência obstétrica possui tipificação legal: "Argentina Leis Nacionais nº 25.929 e 26.485 e Venezuela LeyOrgánica sobre El Derecho de lãs Mujeres a uma Vida Libre de Violência de 19/03/2007", conforme menciona-se no dossiê "Parirás com dor"[1].

A Venezuela relata a existência de um tipo de violência contra a mulher que decorre de circunstâncias em espaço hospitalar, no momento do parto[2]. Desde então, o termo vem repercutindo dentro de movimentos sociais no Brasil, com o intuito de erradicar a violência contra a mulher, em especial, as que desejam parir visando à humanização materno-infantil.

O modelo de assistência obstétrica encontrado no Brasil atualmente é caracterizado por um alto grau de medicalização e de abuso através de práticas invasivas. O desenvolvimento desse modelo está diretamente relacionado ao rumo tomado pelo processo de medicalização da sociedade brasileira, principalmente após os anos 1960, quando se favoreceu a criação de um modelo intervencionista e curativo de assistência médica[3].

> Na constituição da obstétrica moderna e do seu discurso acerca da mulher e do parto, o modelo tecnocrático da assistência ao parto – nascido da e junto com a medicina obstétrica moderna – encontra solo fértil para se legitimar no Brasil, de maneira quase absoluta, em um contexto de assistência à saúde predominantemente curativo e hospitalar. Não obstante, nos últimos anos a assistência humanizada ao parto e ao nascimento vem sendo regulamentada por normativas governamentais[4].

No dia 23 de setembro de 2014 a Organização Mundial da Saúde publicou uma declaração oficial para a prevenção e eliminação da violência obstétrica nas instituições de

[1]Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Violência Obstétrica "Parirás com Dor".** 2012, Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acessoem: 22 de mar. de 2016.

[2]Fondo de Población de las Naciones Unidas. **Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violência.** Disponível em: <http://venezuela.unfpa.org/doumentos/Ley_mujer.pdf>. Acesso em: 21 de mar. de 2016.

[3] DINIZ, Simone Grilo. **Dossiê Humanização do Parto**. Rede Nacional Feminista de Saúde, Direito Sexuais e Direito Reprodutivos. São Paulo, 2002, p. 10. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-redefeminista/015.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

[4] MAIA, Mônica Bara. **Humanização do parto; política pública, comportamento organizacional e ethos profissionais.** Editora FIOCRUZ. Rio de Janeiro: 2010, p. 20.

saúde do mundo inteiro. Em todo o Brasil, é possível se deparar diariamente com tristes relatos de mulheres que tiveram suas liberdades restringidas, suas autonomias revogadas, seus corpos mutilados, suas histórias traumatizadas.

Cada vez mais movimentos se propõem a lutar pela eliminação da violência obstétrica, podendo mencionar a organização Artemis, à qual visa "a promoção da autonomia feminina e prevenção e erradicação de todas as formas de violência contra as mulheres"[1] e a Rede Parto do Princípio, que tem como objetivo ''atuação e defesa e a promoção dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher"[2].

No entanto, ainda há muito a avançar na realidade da assistência ao parto no Brasil. Por isso que a declaração oficial da OMS é tão importante, pois convoca uma "maior ação, diálogo, pesquisa e mobilização sobre este tema de saúde pública e direitos humanos"[3].

O movimento é essencial para que o cuidado e assistência ao parto seja, finalmente, garantidor do respeito às mulheres, seja em relação à saúde ou escolhas, mas, principalmente, no sentido de garantir a autonomia das mulheres sobre seus próprios corpos, e a efetiva informação sobre os procedimentos a serem realizados, tendo em vista que será no corpo da parturiente.

Nos últimos dois anos, o Ministério Público Federal registrou 53 denúncias de violência obstétrica no Brasil. Mesmo sendo um tipo de violência ainda pouco denunciada - muitas vezes por falta de informação - a maioria dos casos chocam e traumatizam mulheres pelo resto da vida[4].

Em 27 de abril do corrente ano, o presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Ricardo Lewandowski, recebeu, em mãos, um dossiê de alerta para o problema. Um dos documentos é a primeira nota técnica sobre violência obstétrica no Brasil, produzida por uma ONG que combate a violência contra a mulher, a Artemis. O ministro recebeu também o Projeto de Lei 7.633/14, que "dispõe sobre a humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal e dá outras providências"[5].

---

[1] Artemis. Pela autonomia feminina e erradicação de todas as formas de violência contra a mulher. Disponível em: <http://artemis.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

[2] Disponível em: <http://www.partodoprincipio.com.br/#!sobre/cjg9>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

[3] Organização Mundial de Saúde. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf>. Acesso em: 29 de mar. de 2016.

[4] **Outras dores do parto: mães relatam 'novo tipo' de violência obstétrica em hospitais.** Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/noticias/parto-relatam-violencia-obstetrica-hospitais_0_1299470073.html>. Acesso em: 27 de mar. de 2016.

[5] WYLLWS, Jean. **PROJETO DE LEI N 76.33/2014.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014>. Acesso em: 25 de mar.de 2016.

As propostas de humanização do parto, tanto no SUS como no setor privado, têm o mérito de criar novas possibilidades de imaginação e de exercício de direitos, de viver a maternidade, a sexualidade, a paternidade, a vida corporal. Enfim, de reinvenção do parto como experiência humana, onde antes só havia a escolha precária entre a cesárea como parto ideal e a vitimização do parto violento.

A humanização, portanto, vem com o ideal de criar novas formas de vivenciar o processo do parto e maternidade, independentemente da escolha da parturiente em fazer o parto, pois ela pode e deve escolher, devendo ter acesso aos seus direitos reprodutivos básico, com as informações adequadas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema abordado demonstra uma análise acerca da violência obstétrica, caracterizada como um problema recorrente e presente nas práticas de atenção na assistência destinadas à mulher no trabalho de parto, o que envolve questões sociais e de direito.

Percebe-se que as mulheres, como sujeitos de direito, merecem ser acolhidas, protegidas, amparadas e principalmente esclarecidas sobre o que é melhor fazer para ter no momento do parto o direito à informação, segurança, respeito, dignidade, autonomia, longe de qualquer forma de abuso, ameaça e desrespeito. Em que pese destacar a evolução dos direitos adquiridos pelas mulheres, é evidente que ainda há muito a ser conquistado.

É necessário assegurar que seja reconhecido o direito de escolha informada pela parturiente. Visa-se evitar à violação desses direitos fundamentais e reprodutivos, por caracterizar-se uma prática violenta a qual deve ser combatida.

O termo violência obstétrica é uma dessas denominações que muitas vezes acabam provocando a impressão errada, podendo parecer se tratar apenas de violência física. Mas com base no explanado, percebe-se que a violência obstétrica inclui uma série de tratamentos desrespeitosos, que vão desde piadas, comentários maldosos e preconceituosos a completa desmoralização e intervenções médicas feitas contra a vontade da parturiente durante o parto.

Debater sobre a violência obstétrica pode ocasionar certas divergências. Desta feita, o intuito do presente artigo foi enfatizar a importância de se atentar

A este tipo de violência pelas quais as mulheres são submetidas antes, durante e após o trabalho de parto, o que ainda não possui o espaço necessário para o conhecimento da

sociedade em geral. Sendo assim, o reconhecimento da humanização do parto como direito fundamental é ferramenta importante para a mudança de paradigma.

O caminho apropriado a ser traçado para a erradicação da violência obstétrica, talvez, seja aceitar que muitas práticas estão sendo realizadas de maneiras inadequadas, sem justificativas, sem respaldos na tão importante e mencionada medicina baseada em evidências, o que consequentemente viola os direitos das mulheres, desrespeitando a sua autonomia em um momento que merece o incondicional respeito e realização de práticas apropriadas para uma assistência com qualidade.

REFERÊNCIAS

ARRAES, Rosevelt. MACEDO, Juliana Gabiatti de. **AUTONOMIA DA GESTANTE NA ESCOLHA DE PARTO NA REALIDADE DA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR BRASILEIRA.** Curitiba. 2013. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/sociologiasaude/files/2013/12/AUTONOMIA-DA-GESTANTE-NA-ESCOLHA-DE-PARTO.pdf>.

Artemis. **Pela autonomia feminina e erradicação de todas as formas de violência contra a mulher.** Disponível em: <http://artemis.org.br/quem-somos/>.

BERNARDES, Marcielle Berger; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira. **DIREITOS DAS MULHERES: UMA BUSCA CONSTANTE PELA (DES)CONSTRUÇÃO DE CONCEITOS E VALORES**. Disponível em: <sites.unifra.br/Portals/35/Artigo/2003/39/Mulheres.pdf>.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.**9. ed. Saraiva. São Paulo, 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Disponível: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/120166516/apelacao-civel-ac-70056595937-rs>.

CAMPOS Carolina Lopes Cançado; LADEIRA, Angela Peter Pandolf. **A LEI 11.340/2006 E A QUESTÃO DA ISONOMIA CONSTITUCIONAL.** Disponível em: <http://sistemabatista.edu.br/SEER/index.php/Dir/article/download/64/54>.

CARNEIRO, Júlia Dias. **Mortalidade materna cai no Brasil, mas não atingirá meta da ONU**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150306_mortalidade_materna_jc_ru>.

Cartilha dos Direitos à Saúde da Mulher. OAB Goiás Comissão da Mulher Advogada. Disponível em: <http://www.oabgo.org.br/oab/arquivos/downloads/Cartilha_dos_Direitos_a_Saude_da_Mulher_14262.pdf>.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DANTAS, Eduardo; COLTRI, Marcos. **Comentários ao Código de Ética Médica.** Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010, p. 09.

Declaração de Pequim e Plataforma de Ação. 1995. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/declaracao_beijing.pdf>. Acesso em: 23 de mar. de 2016.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Violência Obstétrica: Você Sabe O Que É?** Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/violencia%20obstetrica.pdf>.

DINIZ, Simone Grilo. **Dossiê Humanização do Parto**. Rede Nacional Feminista de Saúde, Direito Sexuais e Direito Reprodutivos. São Paulo, 2002, p. 10. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-redefeminista/015.pdf>.

Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Violência Obstétrica "Parirás com Dor".** 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>.

E. Direitos Humanos das Mulheres. **OS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DE UM OLHAR SENSÍVEL AO GENERO EMPODERAMENTO DAS MULHERES.** Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/hrc/manual/pdfs/E.pdf>.

Fondo de Población de las Naciones Unidas. **Ley orgánica sobre el derecho de las mujeres a una vida libre de violência.** Disponível em: <http://venezuela.unfpa.org/doumentos/Ley_mujer.pdf>.

Fundação Perseu Abramo e SESC. **MULHERES BRASILEIRAS E GÊNERO NOS ESPAÇOS PÚBLICO E PRIVADO**. 2010. Disponível em: <http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>.

GIFFIN, Karen Mary. **Mulher e Saúde**. Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 1991.

GOUGES, Olympe de. **Art. 1º Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentosanteriores%C3%A0cria%C3%A7%C3%A3o-da Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5esat%C3%A91919/declaracao-dos-direitos-da-mulher-e-da-cidada-1791.html>.

LEITÃO, Filipe João Correia. **Autonomia da mulher em trabalho de parto**. Dissertação de Mestrado em Bioética. Lisboa. Disponível em: <http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/2212/1/596873_Tese.pdf>. Lisboa, 2010.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 16. ed. Saraiva. São Paulo: 2012.

MAIA, Mônica Bara. **Humanização do parto; política pública, comportamento organizacional e ethos profissionais.** Editora FIOCRUZ. Rio de Janeiro: 2010.

Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/linhaeditorial/outraspublicacoes/Manual_Pratico_Direitos_Humanos_Internacioais.pdf>.

MARTINEZ, Anna Luiza Buchalla. **Princípio da igualdade: evolução e aplicação na Constituição.** Revista Jus Navigandi, Teresina, 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20924>.

MIRANDA, Juliana Zasciurinski. **VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE A CERCA DO EMPODERAMENTO FEMININO**. Disponível em: <https://www.marilia.unesp.br/Home/Eventos/2015/xiisemanadamulher11189/violenciaobstetrica_ uliana-miranda.pdf>.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**. Porto Alegre: 2011.

Observatório Brasil de Igualdade de Gênero. **Enfrentamento de todas as formas de violência contra as mulheres.** Disponível em: <http://www.observatoriodegenero.gov.br/menu/areas-tematicas/violencia>.

Organização Mundial de Saúde. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf>.

Outras dores do parto: mães relatam 'novo tipo' de violência obstétrica em hospitais. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/noticias/parto-relatam-violencia-obstetrica-hospitais_0_1299470073.html>.

Parto do Princípio. Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência Contra as Mulheres. **Violência Obstétrica "Parirás com Dor".** 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>.

Parto do Princípio. Disponível em: <http://www.partodoprincipio.com.br/#!sobre/cjg9>.

PITANGUY. Jacqueline. **Os direitos Humanos das Mulheres**. Disponível em: <http://www.fundodireitoshumanos.org.br/downloads/artigo_mulheres_jacpit.pdf>.

SILVA, Lucia Cristina Florentino Pereira da; et. al. **Direitos humanos e a assistência à saúde da mulher no Brasil**. Rio Grande, 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?artigo_id=8927&n_link=revista_artigos_leitura>.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WYLLWS, Jean. **PROJETO DE LEI N 76.33/2014.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1257785&filename=PL+7633/2014>.

A NATUREZA JURÍDICA DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO NOS CASOS DE ESTABILIDADE DA GESTANTE

MELO, Ana Julya de[1]
MORO, Vinícius de Moura[2]

RESUMO

Cumpre identificar no presente artigo - tomando como base as diversas discussões e entendimentos jurisprudenciais - qual seria a natureza jurídica dos contratos de trabalho por prazo determinado que ultrapassem seu limite de tempo, em razão da impossibilidade de rompimento do vínculo por eventual estabilidade adquirida em função da gravidez da empregada. Em sua Súmula nº 244, III, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento de que a empregada gestante, mesmo possuindo prazo em seu contrato de trabalho, adquire a estabilidade provisória em decorrência de gravidez. Por conseguinte, observar-se-á as repercussões dessa garantia de maneira crítica, com referências favoráveis e desfavoráveis ao cumprimento da legislação vigente em face dos contratos à termo.

Palavras-chave: Natureza jurídica dos contratos a termo, Súmula 244 TST, Estabilidade provisória da gestante.

THE LEGAL NATURE OF CONTRACT OF EMPLOYMENT IN FIXED-TERM CONTRACT IN PREGNANT STABILITY OF CASES

ABSTRACT

We must identify in this article - building on the various discussions and jurisprudential understanding - what would be the legal nature of term employment contracts given that exceed their time limit, due to the disruption of inability of the tie by any acquired stability because of pregnancy the employed. In his Precedent No. 244, III, the Superior Labor Court settled the understanding that the pregnant employee, despite having run in his employment contract, acquires temporary stability as a result of pregnancy. Therefore, it will be seen the effects of this warranty critically, with favorable and unfavorable references to compliance with current legislation in the face of the contracts to term.

Keywords: Legal nature of fixed-term contracts, Precedent 244 TST, provisional pregnant woman's stability.

[1] Acadêmica Ana Julya de Melo, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmico Vinícius de Moura Moro, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O direito se diversifica ao longo do tempo. A sentença se apresenta ainda mais evidente quando se observa o direito do trabalho no século XXI. As relações de trabalho se adaptam tão rapidamente para as novas demandas, que transcendem a área trabalhista e se relacionam com todo o mundo dos fatos e o mundo jurídico.

Destaca-se que o serviço laboral exercido pelos indivíduos não é de longe a sua única atividade diária de cada um. Sendo que os particulares possuem os enigmas trazidos pelo devir na vida particular. Ou seja, todos possuem a incerteza do futuro.

A partir deste ponto foca-se momentaneamente nos casos onde a gestação passa a fazer parte da vida da trabalhadora. Quando determinada empregada encontra-se grávida, esta passa a gozar de direitos mais amplos aos demais. Essas prerrogativas advêm claramente da fragilidade do nascituro e da vontade estatal em preservar a possibilidade de vida futura.

É sabido que a gestante frui de estabilidade laboral assim como também da licença maternidade. Essas são incontestavelmente concedidas para ela no momento do saber da gravidez. Porém quando afunilamos para casos concretos singulares, dúvidas surgem para serem debatidos dentro do mundo jurídico.

Especificamente se coloca em pauta, os privilégios das gestantes perante um contrato de trabalho por tempo determinado. Este não é a regra geral dos contratos que compõem o âmbito trabalhista, portanto possui peculiaridades a serem debatidas.

Aspectos que não se apresentam consistentes são a alterações da natureza jurídica do contrato por tempo determinado durante a gravidez, e aplicação das regalias para as trabalhadoras grávidas. Tema que já faz parte de pronunciação do Tribunal Superior do Trabalho e com jurisprudência oportuna a ser analisada.

2 CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO

A Consolidação das Leis do Trabalho - CLT nos trouxe em seu artigo 443, §1º o chamado contrato por prazo determinado, o qual se remete àqueles contratos que iniciam já com prazo de duração e data de término prefixadas. A literalidade da lei nos conduz:

> Art. 443 - O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

> § 1º - Considera-se como de prazo determinado o contrato de trabalho cuja vigência dependa de termo prefixado ou da execução de serviços especificados ou ainda da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada.[1]

Destarte, a legislação é determinante quando nos apresenta as circunstâncias em que há a possibilidade de ser feito um pacto a termo. Especificados no §2º do mesmo artigo, quais sejam:

Atividades empresariais de caráter transitório – trata-se de atividades que são desenvolvidas em cunho temporário, ou seja, situações que são previsíveis e possuem suas atividades limitadas à determinado período de tempo. É o caso de empresas que são constituídas apenas ao final do ano para fabricação de enfeites natalinos. Caracterizada a transitoriedade do trabalho e a atividade empresarial provisória, essas empresas são autorizadas a contratar dessa forma;

Serviços cuja natureza ou transitoriedade justifiquem a predeterminação de prazo – são aqueles em que a natureza do trabalho desenvolvido não exige sua necessidade a todo momento, dessa forma o trabalhador que possui a técnica necessária para desenvolver aquela atividade específica é contratado por um período determinado de tempo, tão somente para que o serviço seja executado;

Contrato de Experiência - contrato pelo qual as partes estabelecem um período de tempo para que haja as devidas adaptações do empregado à função e ao local de trabalho; e do empregador a capacitação profissional do contratado. Empregador e empregado analisam, dessa maneira, a possibilidade desse contrato passar a ser efetivo.

Cumpre salientar, que a legislação trabalhista exige, como regra, que os contratos de trabalho sejam realizados por prazo indeterminado em razão do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Referido princípio desenvolve a ideia de que a relação trabalhista seja contínua, com a finalidade de preservar o emprego daquele contratado.

De outro modo, como foi analisado, a CLT prevê a excepcionalidade da contratação à termo, deixando de maneira expressa quais as situações que admitem essa possibilidade. Transparece também o prazo máximo em que esses contratos poderão perdurar, sendo de dois anos (exceto o contrato de experiência), podendo ser prorrogado uma única vez em caso de inferioridade desse período. Caso o empregador queira contratar novamente por prazo determinado, deverá respeitar o intervalo mínimo de 6 meses entre o término do primeiro e o

[1] BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104.ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

início do segundo. Já nos contratos de experiência o prazo de duração limitar-se-á a 90 dias, possibilitando a contratação por prazo inferior e a prorrogação única até o limite estabelecido.

O empregado deve evidentemente ter a ciência do modo que está sendo contratado; dessa forma os contratos a prazo determinado devem sempre ser expresso. Há duas correntes que dispõe sobre as características desse contrato; uma acredita que além de ser expresso o mesmo deve sempre ser feito de maneira escrita; enquanto que a outra, em sentido contrário, entende que a forma (escrito ou oral) pouco importa desde que o empregado tenha conhecimento da natureza do pacto.

A ilustre magistrada Thais Mendonça Aleluia discorre sobre o assunto e se posiciona favorável a segunda corrente, acreditando que '' a importância está em conferir ao empregado a ciência inequívoca de que está firmando um contrato precário, que irá se finalizar em um determinado prazo''[1].

Com intuito de abranger o leque de situações que autorizam a contratação à termo, foi instituída em 1998 a Lei 9.601, que dispõe sobre os contratos de trabalho por prazo determinado.

Referida lei traz a possibilidade de contratação sem que seja cumprido os requisitos do parágrafo 2º do art. 443 da CLT, desde que haja previsão em Acordo Coletivo de Trabalho ou Convenção Coletiva de Trabalho, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa.

Os ACT's e CCT's deverão estabelecer a indenização para as hipóteses de rescisão antecipada pelo empregado ou pelo empregador, deixando de aplicar os dispositivos 479 e 480, CLT. Determinarão também as multas pelo descumprimento de suas cláusulas.

Por fim, por se tratar de contratação em caráter excepcional, os contratos por prazo determinado devem ser registrados minuciosamente na Carteira de Trabalho, bem como especificar e dar ciência de cada uma de suas cláusulas ao trabalhador, sob pena de ser compreendido como contrato por prazo indeterminado.

3 DA ESTABILIDADE DA GESTANTE E A SÚMULA 244, TST

A empregada que se encontra grávida é mais frágil e está sujeita a sofrer alterações significativas em sua vida. Por conta disso, e em decorrência do Princípio da Proteção, a legislação pátria consubstanciou através do artigo 10, II, ''b'', dos Atos das Disposições

[1] ALELUIA, Thaís Mendonça, Coleção Sinopse para Concursos - **Direito do Trabalho**.1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

Constitucionais Transitórias a estabilidade provisória da empregada gestante a partir da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Isto posto, a proteção da maternidade se funda não somente na licença maternidade – 120 dias em que a empregada tem seu contrato interrompido para dedicar-se a seu filho recém-nascido-, mas também no amparo dado pela lei quando garante seu emprego depois que retorna da referida licença.

Essa garantia vem fundamentada numa proteção de cunho social que objetiva conservar a trabalhadora e amparar o momento maternal. João de Lima Teixeira Filho leciona de maneira ímpar a esse respeito, quando diz:

> No que concerne à proteção à maternidade, as medidas legais ainda têm outro objetivo, de caráter social, que é a proteção da mãe-trabalhadora. [...] Essa proteção à trabalhadora, especialmente quanto ao aspecto de que estamos tratando, visa a conservar em toda integridade as forças vitais da operária, de modo a que ela possa cumprir normalmente sua função de mãe. E, na verdade, todas as outras medidas, tais como limitação das horas de trabalho, fixação de pesos máximos que pode manipular etc., têm o objetivo de amparo à maternidade e ao bem-estar das futuras gerações. Esse sentido é tão marcante que não só as convenções internacionais como a legislação se referem à 'mãe-trabalhadora', seja ela casada ou não. [1]

Como forma de dirimir eventuais dúvidas que estavam surgindo nos tribunais com a aplicação da ADCT, o TST promulgou a súmula 244 que se mostrou esclarecedora nos casos em que o empregador desconhecia o estado gravídico da empregada, e desse modo se recusava a fazer o pagamento de indenização referente ao período de estabilidade.

Em seus incisos I e II, o Superior Tribunal do Trabalho instrui que por mais que haja o desconhecimento do estado gravídico por parte do empregador, isso não exclui sua responsabilidade de indenizar o período estável. E, ainda, que a reintegração só é autorizada, caso a empregada ainda seja considerada estável, de outro modo a garantia restringe-se aos salários e demais verbas referentes a época em que era estável.

Nota-se referidas decisões nas jurisprudências mais recentes desse egrégio Tribunal:

> RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO A TERMO. PROVIMENTO. É pacífico o entendimento, no âmbito deste Tribunal Superior, no sentido de que há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato a termo. Incidência da Súmula 244, III. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.
>
> (TST - RR: 9105620135020433, Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 13/05/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/05/2015)

[1] SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHAO, Delio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho, volume 2. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.

Entretanto, cumpre salientar, que tal norma não abrangia de maneira igualitária e ampla todas as empregadas, já que até 2011 a referida Súmula era aplicada com a seguinte redação:

> III – Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa.[1]

Aludido instrumento fazia distinção explícita entre empregadas que, num primeiro momento teriam os mesmo direitos e deveres, mas que por possuírem contratos de trabalho diversos acabavam por serem prejudicadas em relação às outras.

Alguns tribunais, mesmo antes da alteração da referida súmula, já decidiam de maneira contrária à antiga redação, esclarecendo que por mais que não houvesse previsão legal, mas com intuito de preservar e cumprir com o Princípio da Isonomia, as empregadas contratadas à termo teriam direitos iguais as que são contratadas por prazo indeterminado.

Muito embora esses entendimentos fossem esparsos, essas decisões foram substanciais para que o houvesse a modificação desse inciso; já que ao ser invocado sobre devido impasse, a Suprema Corte desse país inferiu da mesma maneira.

Por meio do relato do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal consolidou jurisprudência no sentido de conferir às empregadas gestantes a estabilidade provisória, mesmo em contratos por prazo determinado. Destaca-se trecho do voto do magistrado no julgamento do Recurso Extraordinário nº 634.093/Distrito Federal:

> Em suma: as gestantes – quer se trate de servidoras públicas, quer se cuide de trabalhadoras, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, não importando se de caráter administrativo ou de natureza contratual (CLT), mesmo aquelas ocupantes de cargo em comissão ou exercentes de função de confiança ou, ainda, as contratadas por prazo determinado, inclusive na hipótese prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição, ou admitidas a título precário – têm direito público subjetivo à estabilidade provisória, desde a confirmação do estado fisiológico de gravidez até cinco (5) meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b), e, também, à licença-maternidade de 120 dias (CF, art. 7º, XVIII, c/c o art. 39, § 3º), sendo-lhes preservada, em consequência, nesse período, a integridade do vínculo jurídico que as une à Administração Pública ou ao empregador, sem prejuízo da integral percepção do estipêndio funcional ou da remuneração laboral.

O STF petrificou tal fundamento, o qual, posteriormente, norteou e incentivou o Superior Tribunal do Trabalho a alterar a redação da referida Súmula.

Não obstante, é evidente que uma intervenção que tinha por objetivo modificar um entendimento, trouxe não só a isonomia entre mulheres no que tange à estabilidade, como também gerou uma certa discriminação por parte dos empregadores. O texto da Súmula acaba

[1] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 244. **ANO 2011.**

pesando a escolha dos empresários na hora de contratar mulheres para preencher vagas de emprego temporário.

Essa discriminação é verificada claramente nos contratos de experiência, por exemplo. Como já dito, por mais que o propósito desse tipo de contratação seja a continuidade da relação de emprego, muitas vezes, isso não acontece. Com intuito de se analisar a adaptação e a competência do empregado ao trabalho, nem sempre o funcionário consegue ter seu contrato renovado, quiçá tê-lo convertido a prazo indeterminado.

Desse modo, o empregador por perceber essa garantia indo contra suas necessidades de avaliação e, sabendo da obrigatoriedade em reintegrar ou indenizar essa empregada que teve o contrato rompido, acaba por optar em contratar empregados do sexo masculino.

A aplicação desse tipo de discriminação é percebida com muito mais ênfase nos contratos de caráter transitório, onde a utilização da mão-de-obra se dá por um período curto de tempo por conta da alta demanda. Situações em que empregadores deixam explícita sua preferência por empregados homens, já que para alguém que precisa de um suporte por um curto tempo, contratar mão-de-obra feminina pode significar um aumento significativo no orçamento empresarial.

4 DA NATUREZA JURÍDICA DO CONTRATO E DO PAGAMENTO DE VERBAS RESCISÓRIAS

O pico da discussão encontra-se na dúvida de qual seria a natureza jurídica desse contrato por prazo determinado que, em um primeiro momento já estaria vencido, e dessa forma convertido a contratado por prazo indeterminado; mas que por outro lado, só teve seu termo final ultrapassado por conta da obrigatoriedade imposta pela Súmula 244, a qual impõe ao empregador a reintegração/ indenização a empregada estável.

O empregador estaria compelido a reintegrar a funcionária nos moldes dos contratos por prazo determinado ou indeterminado? O pagamento das verbas rescisórias após o término da estabilidade estaria de acordo com quais normas? Seria devida a multa de 40% sobre o FGTS por parte do empregador, em caso de dispensa sem justa causa após o término da estabilidade?

São todos questionamentos que ainda afligem o meio jurídico pela falta de regulamentação, cabendo, dessa forma, aos intérpretes do direito darem seus pareceres aos casos concretos.

Nas situações em que a empregada ainda se encontra dentro do período de estabilidade e se faz possível sua reintegração à empresa, muitos tribunais entendem que esse

contrato por prazo determinado poderia sofrer uma interrupção, e ao término da estabilidade ser rompido como se ao final tivesse chego.

De outro modo, há entendimentos no sentido de que esses contratos passariam a ser considerados a prazo indeterminado, onde ao término do período de estabilidade, as verbas rescisórias seriam devidas de maneira integral. Como é o caso do colegiado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª região, que em um de seus julgados entendeu devido o pagamento de verbas rescisórias sobre os moldes dos contratos indeterminados – condenação ao pagamento de aviso-prévio indenizado e multa de 40% de FGTS -(decisão reformada pelo acórdão do processo nº RR - 1130-78.2012.5.03.0104).

Já nos episódios em que a empregada não mais possui a garantia de reintegração por não se encontrar dentro do período da estabilidade, a indenização, como já visto, será devida. Para tanto, a Súmula 398, I/ TST normatiza os valores a serem pagos à funcionária.

> ESTABILIDADE PROVISÓRIA. PEDIDO DE REINTEGRAÇÃO. CONCESSÃO DO SALÁRIO RELATIVO AO PERÍODO DE ESTABILIDADE JÁ EXAURIDO. INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO EXTRA PETITA. (CONVERSÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NºS 106 E 116 DA SDI-1)
> I - Exaurido o período de estabilidade, são devidos ao empregado apenas os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, não lhe sendo assegurada a reintegração no emprego.

A lacuna fica enaltecida quando se discute sobre a forma que essa rescisão contratual foi feita, já que não houve a reintegração. A jurisprudência majoritária entende que será devido, além da indenização do período, verbas de 13º salário, férias proporcionais acrescidas do terço constitucional compreendendo-as como sendo os ‘’demais direitos correspondentes’’ a que se alui o inciso II da Súmula 244; afastando, desse modo, a quitação de verbas referente a aviso-prévio e multa de 40% sobre o FGTS.

> RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO. INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA. VERBAS DO PERÍODO DE ESTABILIDADE. É perfeitamente aplicável às empregadas contratadas por prazo determinado a estabilidade provisória, por força de gravidez superveniente, ainda no curso do vínculo. O art. 10, inc. II, b, do ADCT, intenta proteger não apenas à mãe, mas também o nascituro, tornando concreto o direito fundamental insculpido nos arts. 6º e 7º, inc. XVIII, da Constituição Federal, cuja responsabilidade objetiva é do empregador. Nesse aspecto, a decisão regional coaduna-se com o entendimento desta Corte Superior, firmado no item III da Súmula nº 244. Todavia, ao determinar o pagamento de verbas além daquelas permitidas no caso de indenização substitutiva da garantia da estabilidade provisória da gestante, contrariou a jurisprudência pacífica desta Corte, consubstanciada no item II da Súmula nº 244, que afirma que a garantia deve restringir-se ao pagamento dos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento parcial.
> Acórdão do processo nº RR - 1130-78.2012.5.03.0104

Destarte, ressalta-se que o assunto tratado se torna polêmico quando há alusões no sentido de muitas empregadas ao descobrirem a gestação após terem sido deligadas deixarem, propositalmente, de informar aos antigos empregadores de sua gravidez, para que não seja feita sua reintegração e ao final do período de estabilidade sejam indenizadas sem terem prestado serviços.

Nesse sentido, o douto e docente em direito do trabalho, desembargador federal do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região, Enoque Ribeiro dos Santos deduz em um se seus julgados que ‘’o fato da autora ter ajuizado a reclamação trabalhista somente após cessar o período estabilitário ou o simples desconhecimento do estado gravídico pelo empregador no momento da dispensa não tem o condão de extinguir seu direito material’(PROCESSO nº 0011356-25.2014.5.01.0203 (RO); consentindo, dessa maneira, com o entendimento de outros magistrados.

> ESTABILIDADE NO EMPREGO DA GESTANTE. O decurso do prazo da garantia provisória no emprego (total ou parcial) não tem efeito de extinguir o direito material da empregada gestante, máxime quando a proteção legal transborda a própria pessoa da trabalhadora, dirigindo-se primordialmente ao nascituro. Desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, a trabalhadora tem assegurada garantia no emprego, sendo irrelevante o lapso entre a despedida e o ajuizamento da ação, se não ultrapassado o prazo prescricional. (TRT-4 - RO: 00011771320125040205 RS 0001177-13.2012.5.04.0205, Relator: CARMEN GONZALEZ, Data de Julgamento: 25/02/2014, 5ª Vara do Trabalho de Canoas)

Por fim, alude-se com notoriedade a atuação do judiciário frente a lacuna deixada pelo legislador em relação a regulamentação da estabilidade provisória concedida as gestantes contratadas por prazo determinado, de forma a conceder, isonomicamente às contratadas por prazo indeterminado, direitos e garantias substanciais para adequação à maternidade e em prol do nascituro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É notório que independente do lugar do mundo, o legislador sempre está atrás da convenção social já desempenhada na sociedade, cabendo a ele apenas regulamentar o que já é praticado socialmente de modo a dirimir eventuais problemas, bem como esclarecer o que se pretende.

Às vezes a demora do legislador é tanta em agir em prol de tal convenção social, que o Poder Judiciário tem que fazer o papel de dar as diretrizes, frente os debates que chegam até ele, para que assim possa de alguma forma haver fundamentos para seguir.

No tema em questão, o judiciário, através do TST, emitiu categoricamente a súmula 224, regularizando assim o direito das grávidas perante o contrato de trabalho por tempo determinado. Garantindo para elas um respaldo jurídico expresso quando se encontram nessa situação.

Foram aprofundadas as menções do artigo 10, II, "b" dos ADCT, dando mais aplicabilidade através da jurisdição de sua norma. Sendo este dispositivo a maior base legal para tal prerrogativa da trabalhadora.

Na tangente da garantia dos direitos laborais para as gestantes, o contrato de trabalho por tempo determinado e o contrato de trabalho por tempo indeterminado, devido a pronunciação do TST, já não apresentam diferenças notórias. Sendo que a relevância prática está para a igualdade.

Porém no tocante à natureza jurídica do contrato, ainda surgem debates quanto sua classificação e ordenamento. Este debate jurídico é devido à extensão anômala do contrato por tempo determinado devido à gravidez.

Portanto a corrente majoritária, mesma do TST, afirma que o contrato de trabalho a termo deve ser estendido para abranger todo o período de estabilidade que goza a gestante. Assim como deve ser assegurado que a mesma tire os 120 dias concedidos pela licença maternidade.

REFERÊNCIAS

ALELUIA, Thaís Mendonça, Coleção Sinopse para Concursos - **Direito do Trabalho**.1 ed. Salvador: JusPODIVM, 2014.

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

_____L. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. 104.ed. São Paulo: Atlas, 2000. Coletânea de Legislação.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHAO, Delio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de direito do trabalho**, volume 2. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: Ltr, 1996

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**, 3. ed. São Paulo: Ltr,1997

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 01/03/2016.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em 06/03/2016.

http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/gravidez_inicio_estab.htm. Acesso em 08/03/2016.

http://www.brasil.gov.br/saude/2011/10/conheca-alguns-direitos-da-mulher-gravida. Acesso em 08/03/2016.

http://www.advocaciaborges.com.br/os-direitos-trabalhistas-da-gestante-2/. Acesso em 09/03/2016.

DA RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO VAGO E DE EDIFICAÇÃO ABANDONADA: FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DIREITO URBANÍSTICO

STHYRMER, Gustavo Borba[1]
LINI, Priscila[2]

RESUMO

O direito constitucional brasileiro apresenta uma dicotomia de difícil compreensão: de um lado, garante o direito de propriedade – até como forma de consolidar um modelo produtivo e contemplar a liberdade do capital – e, de outro, condiciona o exercício deste direito ao atendimento da função social. Neste ambiente, a ociosidade de imóveis urbanos apresenta-se como um problema social, urbanístico e jurídico, uma vez que o Estado nem sempre consegue compelir o proprietário a cumprir esta função constitucionalmente prevista. Seja o terreno totalmente desocupado, ou a construção abandonada ou mesmo inacabada, este imóvel não cumpre sua função do momento em que se torna simples objeto de especulação imobiliária, ou mesmo não proporciona utilidade imediata e integração urbana e socioambiental. Ainda que o Poder Público busque ferramentas impositivas ao proprietário como a tributação progressiva e aplicação de multas, permanece no direito civil brasileiro a ampla liberalidade do proprietário, que nem sempre observa os cuidados mínimos a que se obriga em sua condição, ferindo diretamente os direitos de vizinhança, o direito urbanístico e a função social da propriedade.

Palavras-chave: Propriedade, Função Social, Imóvel Urbano, Socioambiental.

THE OWNER'S RESPONSIBILITY OF URBAN VACANT PLOT AND ABANDONED BUILDING: SOCIAL FUNCTION OF PROPERTY AND URBAN LAW

ABSTRACT

Brazilian law has a dichotomy of hard comprehension: if by one way guarantees the property rights – even as way to consolidate the productive model and contemplate the freedom of capital – on the other, limits the exercise of this right by the obedience of the 'social function'. In this context, the vacancy of the urban property shows as a legal, social and urban issue, since the State cannot always compel the owner to accomplish this constitutionally intended function. As the totally unoccupied ground, the abandoned or unfinished construction, this property does not fulfill its function the moment it becomes a simple object of speculation, or even don't provides the immediate urban and environmental integration utility. Although the Government try to use impositive tools to the owner, as the progressive taxes and fines, still remains in the Brazilian civil law the wide liberality of the owner, who did not always observe the minimum care that concern to his condition, despite the neighborhood rights, the urban law and the social function of property.

Keywords: Property, Social Function, Urban Plot, Socio-Environmental.

[1] Acadêmico Gustavo Borba Sthyrmer, do curso de Direito – UDC.
[2] Professora Doutora Priscila Lini – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a tratar da questão do lote urbano abandonado, tanto vazio quanto total ou parcialmente edificado, e seus reflexos em face ao direito civil, ambiental e urbanístico brasileiro.

Tendo em vista que, na maioria das vezes, estes imóveis encontram-se nestas condições tanto pela especulação imobiliária quanto pela própria desídia do proprietário, percebe-se a afronta ao princípio balizador do direito civil – consubstanciado nos direitos reais – que prevê o atendimento integral à função social da propriedade.

Este princípio prevê a utilização racional e otimizada da propriedade, tanto urbana quanto rural, a fim de adequar a ocupação do espaço de forma ordenada e socialmente responsável, garantido o direito de moradia, desenvolvimento da agricultura e produção – no caso da propriedade rural – e do progresso social, individual, familiar e coletivo.

Uma vez que o direito de propriedade, conforme o entendimento do direito civil clássico, era prerrogativa absoluta daquele dono, que poderia gerir aquele domínio conforme seu interesse, a função social surge como uma forma de regulamentação do espaço a fim de direcioná-lo a um contexto da satisfação de um maior número de sujeitos.

O imóvel urbano abandonado significa uma dupla afronta ao direito: tanto pelo aspecto socioambiental, que torna aquele espaço um ambiente de ruptura do tecido social urbano, consistindo em um problema real a todo o contexto circundante, quanto pelo aspecto civil e constitucional propriamente dito, uma vez que, na condição de ociosidade aquele imóvel não atende sua função social.

Assim, a responsabilização civil do proprietário deverá ser reclamada por todos aqueles prejudicados – individual ou coletivamente – pelo imóvel nestas condições, a fim de que, dentro dos parâmetros mínimos do direito civil, ambiental e urbanístico, aquele imóvel atenda plena e integralmente sua função social.

Para tanto, optou-se pela pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial, a qual visa trazer esclarecimento, e aprofundamento ao tema abordado, nos ditames do direito civil acerca do direito de propriedade e suas características no nosso ordenamento jurídico nacional, na questão da responsabilidade do proprietário de imóvel ocioso, e face à Constituição Federal com relação à função social da propriedade, e, por fim, com os reflexos nos direitos de vizinhança e urbanísticos e como estes se fazem presentes no tema.

2 DIREITO DE PROPRIEDADE: AMPLO, IRRESTRITO E ABSOLUTO

O direito de propriedade é um dos tópicos mais tradicionais do direito civil. Os direitos da personalidade, e até mesmo o direito de família – atualmente tratado como das famílias – apresentam uma elasticidade muito maior, modificando-se substancialmente conforme demandam as dinâmicas sociais. Porém, quando se tratam dos direitos reais, o conservadorismo é predominante.

Alguns conceitos aplicáveis aos direitos reais pouco mudaram desde as obras dos jurisconsultos romanos. Conforme Paulo Nader:

> Os direitos reais, a denominação ¨reais¨ deriva da palavra *res*, que tem como um dos significados o termo ¨coisa¨, assim podermos falar tanto em direitos reais como em direito das coisas. A posse, como instituto, era um fato e a propriedade um direito, havendo a possibilidade de os dois itens recaírem sobre a mesma pessoa. Segundo o direito civil clássico, a aquisição da posse precisa ter um fundamento jurídico que justifique a aquisição da propriedade - é a denominada *possessio civilis*. Esses títulos fazem com que a pessoa não só seja dona da coisa, mas também tenha vontade de tê-la para si.[1]

O Código Civil de 1916, em seu Art. 524 dispunha:

> A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua. O Art. 525 e 527 complementavam: É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel; e O domínio presume-se exclusivo e ilimitado, até prova em contrário.

A exclusividade e a ausência de quaisquer limitações construíram uma mentalidade que retirava do proprietário eventuais ônus ou encargos pela ociosidade do imóvel: aquilo que lhe pertencia, pertencia na plenitude, portanto, a ele era facultado usar, gozar e dispor, ou mesmo não usar. A falta de uso não configurava qualquer afronta ao direito, muito pelo contrário, e, ainda garantia que qualquer ameaça ou lesão a esse direito seria imediatamente respondida. Segundo André Barros:

> O direito de propriedade é absoluto no sentido de ser oponível contra toda e qualquer pessoa (*erga omnes*), ao contrário de outros direitos que são relativamente oponíveis (*inter partes*), como, por exemplo, no direito de crédito. Essa oponibilidade é fruto da publicidade que goza o direito de propriedade, presumindo-se plena e exclusiva até prova em contrário.[2]

Porém com o passar do tempo o direito de propriedade, e seu caráter absoluto e ilimitado, sofreu restrições e limitações, assim reduzindo os direitos do proprietário, e

1 NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
2 BARROS, André B. de Carvalho et al. ***Direito das Coisas***. vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 33.

transformando o direito de propriedade absoluto e irrestrito em um direito voltado a finalidade social.

Conforme Carlos Roberto Gonçalves:

> Inúmeras leis impõem restrições ao direito de propriedade, como o Código de Mineração, o Código Florestal, a Lei de Proteção do Meio Ambiente etc. Algumas restrições administrativas, de natureza militar, eleitoral etc. A própria Constituição Federal impõe a subordinação da propriedade à sua função social. Há ainda limitações decorrentes do direito de vizinhança e de cláusulas impostas voluntariamente nas liberalidades, como a inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. Todo esse conjunto, no entanto, acaba traçando o perfil atual do direito de propriedade brasileiro, que deixou de apresentar as características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de finalidade social.[1]

Essa finalidade social a qual o autor se refere, acaba por se tornar um fator indispensável para o estudo e para a prática jurídica referente à propriedade, uma vez que dela emanam várias outras restrições a esse direito, alguns já citados, que fazem parte hoje do universo jurídico brasileiro.

3 A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE E O CONCEITO DE FUNÇÃO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 5º, inciso XXII estabelece que *é garantido o direito de propriedade.* Logicamente, a garantia do direito de propriedade é fundamental à manutenção do modelo econômico escolhido para a República Federativa do Brasil, inclusive entre seus fundamentos estão justamente *os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.* Assim, este delicado tópico do direito civil aparentemente permaneceu intocado pela Carta Constitucional.

Ocorre que, no inciso seguinte, foi adicionado um conteúdo que apesar de vago e impreciso, trouxe um grau de limitação ao até então robusto e garantido direito de propriedade: ela deverá atender a sua *função social.* Mas o que seria esta função?

A definição trazida pela Constituição Federal no Art. 186 condiciona a ocupação efetiva da terra, somada à produtividade:

> A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Especificamente aos imóveis situados em áreas urbanas, o Art. 182, § 2º, determina que A propriedade urbana cumpre sua função

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5, 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 245-246.

> social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.[1]

A origem do princípio da função social é alvo de controvérsias. Teria sido, segundo alguns, criado por Augusto Comte e postulado, no início do século XX, por Léon Duguit. Segundo Duguit:

> A propriedade deixou de ser o direito subjetivo do indivíduo e tende a se tornar a função social do detentor da riqueza mobiliária e imobiliária; a propriedade implica para todo o detentor de uma riqueza a obrigação de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só o proprietário pode executar uma certa tarefa social. Só ele pode aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria; a propriedade não é, de modo algum um direito intangível e sagrado, mas um direito em contínua mudança que se deve modelar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.[2]

A terminologia 'função social' demonstra uma interferência direta do Estado na propriedade particular, que deixa de ser ampla, irrestrita e absoluta para ser direcionada ao atingimento da justiça e do bem-estar em âmbito, garantindo o acesso à propriedade urbana e rural daqueles menos favorecidos, face ao proprietário que, por simples desídia ou desinteresse mantém sua propriedade em situação de inércia.

> A passagem do Estado Liberal para o Estado Social se deu com o reconhecimento da ocorrência da ampliação das desigualdades sociais e a necessidade de garantir os direitos individuais e os direitos sociais aos cidadãos. O Estado, antes voltado a conferir eficácia à liberdade econômica, teve de assumir funções de regular as relações subjetivas e passou a intervir no processo econômico para estabelecer relações sociais mais justas, quer de forma direta, assumindo a gestão de determinados serviços sociais, quer de forma indireta, através da disciplina das relações privadas relacionadas ao comércio e de outras relações intersubjetivas que antes eram deixadas à livre autonomia privada.[3]

A finalidade, nestas circunstâncias, é garantir o acesso amplo à moradia, bem como garantir o hígido desenvolvimento urbano e social. Interferindo, ainda que de maneira indireta, na propriedade particular, o Estado mantém a ocupação, o fracionamento e o uso do solo de maneira a garantir a satisfação de um número amplo de sujeito, retirando-se o direito de propriedade do caráter exclusivo – e excludente – atingível somente a uma parcela abastada da população.

> A Constituição Federal (art. 160, III) não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus da propriedade privada. […] O princípio

1BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 mar. 2016.
2 DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho público y privado. Trad. De Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Ed Heliasta, 1975 p. 236.
3 JELINEK, Rochelle Danusa. O princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. Repositório de Doutrina do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul : Porto Alegre, 2006. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf. Acesso em 28 de março de 2016.

> da função social da propriedade não autoriza a suprimir, por via legislativa, a instituição da propriedade privada. Contudo, parece-nos que pode fundamentar a socialização de um tipo de propriedade, onde precisamente isso se torne necessário à realização do princípio, que se põe acima do interesse individual. Por outro lado, em concreto, também não autoriza a esvaziar a propriedade de seu conteúdo essencial mínimo, sem indenização, porque este está assegurado pela norma de garantia do direito de propriedade.[1]

O Código Civil de 2002, a fim de adequar seu conteúdo ao contexto preceituado pela Constituição Federal, contempla em seu bojo:

> Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.
> […]
> § 1º - O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.[2]

Assim, as finalidades econômicas, sociais e ambientais sobrepõem-se ao interesse individual e egoístico, de manter a propriedade vazia de maneira intencional ou negligente. Este comportamento será substituído pelo incentivo, por parte do Estado, em distribuir as parcelas de solo urbano àqueles realmente interessados em empregá-las para finalidades úteis. Para tanto, algumas penalidades serão impostas pelo Direito Civil, a exemplo do conteúdo do Art. 1.276:

> Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.
>
> § 1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.[3]
>
> § 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Desta maneira, estabelecendo-se critérios de penalização ao proprietário de imóvel abandonado, desestimula-se este comportamento pernicioso ao desenvolvimento coletivo, para destinar convenientemente o imóvel para outras finalidades caso o abandono efetivamente aconteça.

Isso interessa tanto ao interesse dos particulares, que aumenta a possibilidade de aquisição da propriedade por um número mais amplo de pessoas, como ao interesse público, que visa a

1 SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 95 e 96.
2 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2016.
3 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2016.

justiça e a pacificação social, através de medidas inclusivas e da garantia de condições mínimas de habitação digna.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO DE IMÓVEL URBANO OCIOSO - VAZIO OU EDIFICADO

Para o presente estudo será apreciado o aspecto jurídico, civil, da responsabilidade, que parte do posicionamento de que todo aquele que violar, por ato lícito ou ilícito, um direito ou dever jurídico tem o dever de reparar, conforme versa Código Civil em seu 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".

É importante destacar no artigo citado a presença dos elementos da omissão voluntária, negligência ou imprudência na caracterização da responsabilidade do agente, elementos estes da responsabilidade subjetiva e que se aplicarão nos casos estudados nesse trabalho. A responsabilidade subjetiva é conceituada por Carlos Roberto Gonçalves da seguinte maneira:

> Diz-se, pois, ser "subjetiva" a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa. [1]

Um proprietário de imóvel ocioso, que não exerce nele a sua função social específica, já está agindo de forma negligente tendo em vista que está violando um dever constitucional atribuído à propriedade. Tal violação, apenas por si, não gera um dano de forma imediata, logo não caberia ao proprietário pagar indenizações, pois estas dependem de um dano causado ao patrimônio ou à moral.

Mas, se em decorrência dessa negligência do proprietário, algum terceiro ou a coletividade sofra uma lesão, por exemplo no caso de uma construção abandonada, e esse imóvel venha a se tornar um local de concentração de usuários de drogas, aumentando assim a criminalidade na vizinhança em que se encontra o imóvel, e houver nexo causal provado dessa criminalidade com o imóvel, o proprietário será também responsável e passível de cobrança de possível indenização.

Ainda como responsabilidade subjetiva, destaca-se o Art. 937 do Código Civil, este

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 4, 5. ed., São Paulo,, Saraiva, 2011, p. 48.

tratando da responsabilidade do proprietário de edifício ou prédio em ruína, dispõe o Art. 937: *O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.*

A jurisprudência pátria entende neste mesmo sentido:

> DIREITO DE VIZINHANÇA. REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE OBRA EM PRÉDIO URBANO VIZINHO. SOLUÇÃO DA CAUSA A PARTIR DE PROVA TÉCNICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DOS PROPRIETÁRIOS DE IMÓVEL VIZINHO, POR PREJUÍZOS CAUSADOS EM DECORRÊNCIA DE CONSTRUÇÃO POR ELES INICIADA E ABANDONADA EM SEU TERRENO. CONFIRMAÇÃO, POR PERÍCIA DE ENGENHARIA, DO LIAME DE CAUSALIDADE ENTRE A OBRA ABANDONADA E A MAIOR PARTE DAS AVARIAS ENCONTRADAS NO IMÓVEL DOS AUTORES. TRINCAS E INFILTRAÇÕES DECORRENTES DA FALTA DE CUIDADO PELO ABANDONO COMPLETO DA OBRA VIZINHA. CONDENAÇÃO RELATIVA AO RESSARCIMENTO APENAS DOS DANOS RELACIONADOS À CONSTRUÇÃO DOS RÉUS. REDUÇÃO DA INDENIZAÇÃO PARA LIMITÁ-LA AO MONTANTE PLEITEADO PELOS AUTORES NA INICIAL. SUCUMBÊNCIA MANTIDA. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - APL: 9116207852007826 SP 9116207-85.2007.8.26.0000, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 08/06/2011, 30ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/06/2011)

> DIREITO DE VIZINHANÇA Imóvel abandonado com proliferação de mato e animais peçonhentos, que estão invadindo as casas vizinhas Ação voltada contra o Município Impossibilidade Tratando-se de uso anormal do imóvel vizinho, a responsabilidade pela sua conservação e limpeza e pelo ressarcimento dos danos causados em decorrência do uso nocivo é de seu proprietário Eventual omissão quanto ao dever de fiscalização não obriga o Poder Público a proceder à limpeza e à higienização do terreno Inteligência dos artigos 1.277 e 1.280 do Código Civil Ilegitimidade de parte passiva reconhecida Extinção da ação (art. 267, VI, do CPC) Sentença de procedência Recurso provido. (TJ-SP - APL: 60499820108260360 SP 0006049-98.2010.8.26.0360, Relator: Reinaldo Miluzzi, Data de Julgamento: 03/12/2012, 6ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/12/2012)

> AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. IMÓVEL ABANDONADO. DEMOLIÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. PROPRIETÁRIOS QUE SE ENCONTRAVAM EM LUGAR NÃO SABIDO. PODER DE POLÍCIA. IMÓVEL QUE NÃO CUMPRIA SUA FUNÇÃO SOCIAL. RECURSO NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. - No campo da segurança pública o interesse público predomina sobre o interesse privado, lembrando que o imóvel abandonado estava vinculado contratualmente à função social, merecendo condições diferenciadas de aquisição para resguardar habitação a carentes. (TJ-PR - AC: 5396050 PR 0539605-0, Relator: Paulo Habith, Data de Julgamento: 28/04/2009, 3ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 144)

Nota-se uma presunção da responsabilidade do dono do edifício ou construção, quando o prédio cai sobre propriedade vizinha. Porém também há de se notar que o legislador deixa a entender que a vítima deve provar que por falta de reparos, culpa do proprietário, houve a ruína do prédio e consequentemente os danos causados por ela.

Aguiar Dias entende que incumbe ao dono do prédio provar que não é culpado pela ruína, uma inversão do ônus da prova no caso, o autor diz que: *Muito mais rara, quase impossível, é a hipótese de cair um edifício que não necessite de reparos. Faça o proprietário,*

que tem tão evidente dever de vigilância, prova de que ela ocorreu. [1]

Independente a quem se destina o ônus da prova, um fato é que, necessita-se de comprovação de culpa do proprietário para a ação indenizatória, sendo o art. 937 claramente mais uma situação em que o proprietário possui uma responsabilidade subjetiva quanto ao seu imóvel.

5 REFLEXOS NOS DIREITOS DE VIZINHANÇA E NO DIREITO URBANÍSTICO

O direito de vizinhança tem como alvo a boa convivência entre os proprietários vizinhos, não deixa de ser um limitador dos direitos de propriedade, mas os limita visando um bem-estar social, como define Carlos Roberto Gonçalves:

> As regras que constituem o direito de vizinhança destinam-se a evitar conflitos de interesses entre proprietários de prédios contíguos. Têm sempre em mira a necessidade de conciliar o exercício do direito de propriedade com as relações de vizinhança, uma vez que sempre é possível o advento de conflitos entre os confinantes. [2]

Quando um imóvel se encontra ocioso ele pode trazer incômodos à vizinhança em que se insere, como os já citados no item anterior, utilização de terceiros para fins ilícitos, como local propício aos criadouros de animais vetores de zoonoses, ou danos eventualmente causados por prédios ou construções em ruína. Esses incômodos podem se classificar como atos nocivos para o direito de vizinhança, e, sobre tais atos dispõe o Art. 1.277 do Código Civil:

> Art. 1.227 O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.
> Parágrafo único. Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança.[3]

O mau uso da propriedade e o incômodo ou atos prejudiciais podem não se dar de forma dolosa pelo proprietário, como nos exemplos citados, como esclarece o autor Orlando Gomes:

> O conceito de *uso nocivo da propriedade* determina-se relativamente, mas não se condiciona à intenção do ato praticado pelo proprietário. O propósito de prejudicar, ou incomodar, pode não existir e haver mau uso da propriedade. [4]

1 GONÇALVES, Idem. Ed., v. 2, p. 503, n. 176.
2 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 349.
3 BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2016.
4 GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. atual. Por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2004. p. 224.

Quando o dano causado à vizinhança é tolerável, o incômodo não deverá ser reprimido, porém se for intolerável, o juiz deve primeiramente determinar uma redução do incômodo para condições normais, caso não seja possível essa redução deverá o juiz determinar a cessação da atividade danosa.[1]

Essa cessação poderá no caso do imóvel ocioso, que não está cumprindo com sua função social, que está gerando dano ou incomodo ser uma ordem judicial para obrigando o proprietário a cumprir a função social de seu imóvel, eliminando assim o mal-uso da propriedade. Preceitua, ainda, o art. 1.279 do Código Civil: *Ainda que por decisão judicial devam ser toleradas as interferências, poderá o vizinho exigir a sua redução, ou eliminação, quando estas se tornarem possíveis*[2].

Sobre o caso do prédio ou construção em ameaça de ruína, prevê o art. 1.280 do Código Civil: *O proprietário ou o possuidor tem direito a exigir do dono do prédio vizinho a demolição deste, quando ameace ruína, bem como que lhe preste caução pelo dano iminente.* Sobre essa ameaça de ruína há ainda mais uma situação, exposta por Carlos Roberto Gonçalves:

> Cuida-se, ainda, de uso anormal de propriedade, pois a ameaça de desabamento de prédio em ruína constitui negligência do proprietário. O vizinho ameaçado pode, simplesmente, forçar a reparação, exigindo que a outra parte preste, em juízo, caução pelo dano iminente (CPC, art. 826 a 838). [3]

O direito urbanístico aparece como forma de organizar o espaço, ambiente, urbano de forma a beneficiar a sociedade, conforme discorre Rogério Gesta Leal:

> O direito urbanístico teria por objeto o interesse da boa organização, ou seja, da melhor organização do território. Não uma organização meramente administrativa, mas calcada em princípios e orientações democráticas e que visem ao atendimento do bem-estar da sociedade como um todo. [4]

No direito urbanístico há uma função social também, parecida com a função social da propriedade, porém mais ampla que esta, seria ela uma função social da cidade, segundo Janaína Rigo e Ricardo Quinto *apud* Letícia Marques Osório:

> A função social da cidade, como uma construção coletiva, tem objetivos maiores do que a função social da propriedade isoladamente. A cidade tem um 'compromisso com a dignidade da pessoa humana e com a garantia dos direitos fundamentais: moradia, trabalho, saúde, educação, lazer, acesso à justiça, segurança, entre tantos outros'. Assim, a cidade deverá tutelar a propriedade para que esta atenda às demandas da

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5, 5. ed., São Paulo,, Saraiva, 2011, p. 357.
2BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 25 mar. 2016.
3 GONÇALVES, 2011, Idem. p. 357.
4 LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 146.

vida em coletividade e o desenvolvimento sustentável. [1]

Os reflexos do imóvel ocioso, edificado ou não, no direito urbanístico se dão especialmente nos art. 182 e 183 da Constituição Federal, e ainda na lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001, também conhecida como Estatuto da Cidade.

Nos artigos da Constituição Federal se destaca principalmente a questão já abordada da função social da propriedade e a sua relevância nas medidas que serão tomadas em relação à gestão das cidades, conforme o Art.182:

> A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana. § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. § 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro. § 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: I - parcelamento ou edificação compulsórios; II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais[2].

No art. 183 da constituição se encontra as condições para a ação de usucapião, e no estatuto da cidade há um aprofundamento das medidas citadas pelo art. 182 da constituição e ainda há a normatização de outras medidas pertinentes para a organização das cidades, que não são, no momento, objetos deste estudo.

Sendo o objeto de estudo deste trabalho o imóvel ocioso, vago ou de edificação abandonada, o art. 182 e seus parágrafos mostram claramente os reflexos do tema no direito urbanístico, e o concede ainda uma certa relatividade às medidas aplicadas a esses imóveis e como elas serão aplicadas, uma vez que o plano diretor de cada município é diferente, por mais que possua a mesma base legal ditada pela constituição e pelo estatuto da cidade.

Assim, verifica-se, tanto no âmbito do direito civil, constitucional e urbanístico que a responsabilização do proprietário pelo imóvel abandonado, vago ou edificado – é prevista, como forma de penalizar aquele particular que não direciona essa sua prerrogativa a uma finalidade útil, tanto individual quanto socialmente.

1 SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatutos das Cidades. Revista de Direito Imobiliário – Ano 30 – nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39 Apud OSÓRIO, Letícia. Estatuto da Cidade e Reforma Urbana. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

2 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 25 mar. 2016.

Do momento em que aquele proprietário goza de domínio útil no contexto urbano, deverá preocupar-se em manter este espaço em condições mínimas de segurança e sanidade, a fim de não prejudicar o entorno. Caso não esteja interessado em arcar com este ônus, que transmita a propriedade àqueles que de fato darão uma destinação econômica e socioambiental adequada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisadas as características do direito de propriedade, que no Código Civil de 1916 se apresentava como amplo, irrestrito e absoluto, as ausências de limitações construíram uma ideia de que o proprietário não possuía eventuais ônus ou encargos pela ociosidade do imóvel, afinal, seu direito sobre a propriedade era pleno, poderia usar, gozar e dispor, ou ainda não usar. A falta de uso não configurava qualquer afronta ao direito, pelo contrário, e ainda garantia que qualquer ameaça ou lesão a esse direito seria imediatamente respondida.

Com a definição de função social, presente no art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988, os direitos do proprietário de imóvel urbano ocioso começaram a ser mais restringidos, primeiramente no âmbito constitucional e mais tarde, por decorrência desse, pelos direitos urbanísticos, de vizinhança, ambientais.

A função social pode ser encontrada também no art. 182, § 2º da constituição, relacionando a função social do imóvel urbano ao disposto no plano diretor das cidades, e em seu art. 186 condicionando a função social à ocupação efetiva da terra, propriedade não só urbana, somada à produtividade. O direito do proprietário, que antes era amplo, irrestrito e absoluto, se tornou um direito com finalidade social e que agora o atribuiria deveres jurídicos.

O próprio Código Civil de 2002 adiciona conteúdo de interesse social, conforme demonstrado, pelo Art. 1.228, dispondo que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados os interesses ambientais, coletivos e culturais.

Os deveres atribuídos ao proprietário do imóvel ocioso, quando violados, geravam ao mesmo uma responsabilidade civil. A responsabilidade do proprietário, abordada no quarto tópico do trabalho, é apresentada como subjetiva quando, com existência da culpa, o imóvel ocioso, edificado ou não, causar dano a outrem, assim, com base nos arts. 186 e 927 do Código Civil gerando a obrigação do proprietário repará-lo.

A responsabilidade também aparece na esfera constitucional, como já citada, no direito de vizinhança e no direito urbanístico, como exemplo do direito de vizinhança o art. 937 do Código Civil que dispõe dos danos causados ao vizinho decorrente da ruína do prédio.

O presente trabalho tratou de analisar, por todos os âmbitos do direito apresentados nele, a questão do imóvel, com ou sem edificação, abandonado, trazendo um esclarecimento sobre um assunto de suma importância no ordenamento jurídico brasileiro, seja tanto pela sua importância socioambiental, estabelecida pela constituição e enfatizada nos direitos de vizinhança e nos direitos urbanísticos, quanto por sua relevância no âmbito civil, de responsabilidade do proprietário por eventuais danos decorrentes da ociosidade e de sua negligência relacionadas ao imóvel, assim cumprindo com o objetivo proposto pelo mesmo.

REFERÊNCIAS

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; 10. ed., 1997.

BARROS, André B. de Carvalho et al. *Direito das Coisas*. vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DUGUIT, Léon. Las transformaciones del derecho público y privado. Trad. De Adolfo G. Posada, Ramon Jaén e Carlos G. Posada. Buenos Aires: Ed Heliasta, 1975.

FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19. ed. atual. Por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2011. V. 4 e 5.

JELINEK, Rochelle Danusa. O princípio da Função Social da Propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. Repositório de Doutrina do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul: Porto Alegre, 2006. Disponível em: http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf. Acesso em 28 de março de 2016.

LEAL, Rogério Gesta. Direito urbanístico: condições e possibilidades da constituição do espaço urbano. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANTIN, Janaína Rigo; MATTIA, Ricardo Quinto. Direito Urbanístico e Estatutos das Cidades. Revista de Direito Imobiliário – Ano 30 – nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. *In* OSÓRIO, Letícia. Estatuto da Cidade e Reforma Urbana. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002.

DANO MORAL E O TERMO INICIAL DOS JUROS MORATÓRIOS

WELTER, Paula Knapp[1]

RESUMO

O presente artigo tem como finalidade uma breve análise do instituto do dano moral sob a luz do direito constitucional, bem como do direito civil. A pesquisa abrange também os juros moratórios quando da cobrança da indenização, tendo como foco a resolução da problemática no que tange a constituição da mora e do termo inicial de tais juros. Demonstra-se diverso o posicionamento dos magistrados quando da prolação da sentença, havendo certa discrepância na cobrança de juros moratórios. Por essa razão, se faz necessário buscar um entendimento uníssono para a garantia da justiça e da igualdade de tratamento. A interpretação conjunta do Código Civil e das demais fontes de direito revelam a melhor maneira de aplicar o direito e determinar a fixação do termo inicial dos juros de mora.

Palavras-chave: Dano Moral, Termo Inicial, Juros de mora.

ABSTRACT

This article has the objective to do a short analysis of the moral damagein the light of constitutional law and civil law. The search including the arrears interest in the collection indemnification, having the focus on issues relating to the constitution of the arrears and the initial term of such interest. There are many positions of Judges when they arbitrated the decision and this cause discrepancy in the collection of this interest. Because of this, it is necessary to get an understanding unison to guarantee justice and equal treatment. The interpretation between the Civil Code and others law sources reveal the best way to apply the law, and set the initial term of arrears.

Keywords: Moral Damage, Initial Term, Arrears Interest.

[1] Acadêmica Paula Knapp Welter, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O dano moral é espécie de dano passível de indenização. Verifica-se na legislação a existência do dano e sua previsão constitucional, consoante no art.5º, V, da Constituição Federal de 1988, assim como nos demais suportes no Código Civil.

Entende-se que o dano, ante a comprovação de sua existência, é passível de indenização, de maneira que a relação de causa e consequência se confirma por um lado pela ocorrência do dano e pelo outro do dever de indenizar. Contudo, a constituição da mora do devedor no dano extracontratual e a consequente constatação dos juros moratórios é que levantam um debate acerca do termo inicial.

Tendo em vista a necessidade de se criar uma unicidade no que tange ao termo inicial dos juros moratórios, é imprescindível buscar o termo que melhor se adeque quando tratar-se em específico do dano moral.

Ainda que haja entendimentos a respeito do termo inaugural dos juros, é necessário analisar o caso em tela, não se esquivando do arrimo jurídico “depende”, sendo inescusável definir o dano discutido, seja ele material, moral ou estético.

O dano moral, diferente do material, não possui uma comprovação eficaz e de fácil constatação. Definidos poucos casos de dano “in re ipsa”, fica a cargo do advogado, quando da postulação dos pedidos, requerer e fundamentar o requerimento por dano moral.

Com a moda do “vou te processar”, da sociedade que aparenta estar menos tolerante e com ascensão do “mercado do dano moral”, fica a cargo do magistrado definir seu entendimento a respeito do que caracterizaria o dano moral e o que não passa de um mero desprazer/dissabor da vida em sociedade.

Configurado o dano moral por parte da vítima, ao fixar o valor da indenização deve levar em consideração o magistrado a extensão do dano, bem como ser a medida capaz de interromper o cometimento de ato ilícito do réu, não bastando justificar a condenação exclusivamente na finalidade de instituir uma pena educativa, embora seja de grande importância tal consideração.

Discorrido a respeito do dano moral, a problemática que se tem nos tribunais diz respeito ao termo inicial dos juros de mora.

Enquanto alguns usam os mesmos princípios e mesmos fundamentos do dano material para justificar o termo inicial, outros encontram diferença na comprovação e na existência do dano material e moral, motivo pelo qual entendem ser distinto o termo.

Decisões das mais variadas são encontradas no intuito de melhor resolver a respeito do termo inicial dos juros de mora. A interpretação conjunta do Código Civil e demais fontes de direito revelam a melhor maneira de aplicar o direito, e fixar o termo inicial.

Não havendo previsão legal em sentido estrito, fica a cargo da doutrina e jurisprudências, definir a fixação do termo inicial na hipótese de configuração do dano moral.

2 DO DANO

Pelo Vocabulário Jurídico Conciso de Plácio e Silva, dano "genericamente, significa todo mal ou ofensa que tenha uma pessoa causado a outra, da qual possa resultar uma deterioração ou destruição à coisa dele ou um prejuízo a seu patrimônio."[1]

Dano é vulgarmente entendido como um prejuízo ou mal que uma pessoa ou objeto sofre. O dano pode prejudicar a utilidade ou validade, bem como reduzir ou dissipar o valor.

Tais prejuízos devem ser ressarcidos conforme o dano causado, sendo inúmeras as espécies de dano: físico, moral, legal, doloso, entre outras conceituadas pela doutrina. Uma vez causado o dano, a consequência se revela no ato ressarci-lo, o que é reconhecido como o dever de indenização.

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

3 DA INDENIZAÇÃO DO DANO

No ramo jurídico, utiliza-se a indenização para a compensação de danos. Um credor e um devedor realizam uma transação a fim de compensar um valor que pode ser resultante de um sofrimento ou de uma determinada dívida a que tenham se comprometido.

Plácio e Silva buscam explanar o que se entende por indenização:

> Em sentido genérico quer exprimir toda compensação ou retribuição monetária feita por uma pessoa outrem, para reembolsá-la de despesas feitas ou para ressarci-la de perdas tidas. E neste sentido, indenização tanto se refere ao reembolso de quantias que alguém despendeu por conta de outrem, ao pagamento feito para recompensa do que se fez ou para reparação de prejuízo ou dano que se tenha causado a outrem.

[1] De PLÁCIO e SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

> Várias circunstâncias podem motivar a indenização. Onde haja um interesse ou um prejuízo a reparar, quem se mostre um desfalque ou diminuição do patrimônio de alguém, decorrente do fato ou ato, ou mesmo da omissão de outrem, que tenha sido causa desse desfalque ou dessa diminuição, há a indenização."[1]

Em regra, a indenização é fundada:

a) Em despesas ou empréstimos feitos que geram o direito de reembolso ou restituição;

b) Na compensação ou recompensa por serviços prestados, a mando ou em benefício da pessoa;

c) Da reparação pecuniária de danos ou prejuízos decorrentes de fato ilícito, ou seja, do fato de alguém, em que se registre dolo, simulação fraudulenta ou no mínimo culpa, do qual decorra diminuição ou desfalque ao patrimônio do prejudicado.

4 A CONSTITUIÇÃO E O DANO

O prejuízo de natureza patrimonial ou não, causado por pessoa natural ou jurídica, em detrimento da liberdade, honra, família ou profissão de alguém, tem sua reparação constitucionalmente assegurada.

Conforme a Constituição, art. 5º, V, X, CF/88:

> 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:
> V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nas palavras de Pedro Lenza:

> É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença, contudo, se durante as manifestações houver violação da intimidade, da vida privada, honra e imagem de pessoas, será assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.[2]

No mesmo sentindo estão os julgamentos do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS**. VALOR INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL

[1] De PLÁCIO e SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
[2] Lenza, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, pgs. 1059 e 1060, 17 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

> NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a modificação do valor da indenização por danos morais somente é permitida quando a quantia estipulada for irrisória ou exagerada, o que não se configura na presente hipótese. 2. O dissídio jurisprudencial não foi demonstrado, pois a parte agravante não comprovou as similitudes fáticas e divergências decisórias entre os casos confrontados. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifo nosso)[1]

5 DO DANO MORAL

Corriqueiramente entendido como reparação financeira de um sofrimento, o dano moral pode ser definido como:

> Ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família. Em princípio o Dano moral se funda no fato ilícito: é extracontratual, resultante do quase delito ou do delito, conforme o fato é culposo ou doloso. Mas a indenização dele decorrente implica necessariamente a evidência de uma perda efetiva, consequentemente da ofensa moral, ou dos lucros cessante que advieram do fato ilícito.[2]

A caracterização da ocorrência do dano moral depende de nexo de causalidade entre o fato gerador do dano e suas consequências, sendo elas nocivas a honra, boa-fé subjetiva ou a dignidade.

Ainda que haja jurisprudências que indiquem parâmetros, o critério de avaliação é muito subjetivo, isso se deve ao fato de que cada pessoa, física ou jurídica, possui uma situação singular.

Dano Moral, nas palavras de Plácio e Silva:

> Assim se diz da ofensa ou violação que não vem ferir os bens patrimoniais, propriamente ditos, de uma pessoa, mas os seus bens de ordem moral, tais sejam os que se referem à sua liberdade, à sua honra, à sua pessoa ou à sua família.[3]

É importante frisar, que a indenização por danos morais tem o condão de reparar a dor, o sofrimento ou exposição indevida, além de servir para desestimular o ofensor a praticar novamente a conduta que deu origem ao dano.

A indenização dos danos puramente morais deve representar punição forte e efetiva, bem como, remédio para desestimular a prática de atos ilícitos, determinando, não só à Ré, mas principalmente a outras empresas, a refletirem bem antes de causarem prejuízo a outrem.

[1] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no REsp: 659032 SE 2015/0021136-5, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 16/06/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2015.
[2] De PLÁCIO e SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
[3] De PLÁCIO e SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

6 DO DANO MORAL IN RE IPSA

O Dano moral *in re ipsa,* trata-se de dano moral presumido. Ainda que, em regra, para a configuração do dano moral seja necessário provar a conduta, o dano e o nexo causal, existem casos em que a comprovação da conduta é suficiente. São casos excepcionais que independem da comprovação do grande abalo psicológico sofrido pela vítima.

Um exemplo de dano moral *in re ipsa* é o decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, pois esta presumidamente afeta a dignidade da pessoa humana, tanto em sua honra subjetiva, como perante a sociedade.

Entende-se que a própria situação é vexatória e humilhante, de maneira que, comprovada a conduta do ofensor, não há que se falar em prova dos prejuízos concretos evidentemente gerados, tomando-se como parâmetro o homem-médio.

Sobre o tema, veja-se o ensinamento de Carlos Alberto Bittar:

> [...] na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificando o evento danoso, surge ipso facto, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas consequências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto.[1]

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é farta sobre esse tema, como demonstram os arestos abaixo colacionados:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE DEVEDORES INADIMPLENTES. DANO IN RE IPSA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO.ALEGAÇÃO DE VALOR EXCESSIVO. QUANTIA FIXADA QUE NÃO SE REVELA EXORBITANTE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTAMENTO.IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO QUE DEMANDARIA REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ.1. A inscrição/manutenção indevida do nome do devedor no cadastro de inadimplente enseja o **dano moral in re ipsa**, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos. (...)[2](grifos)

Ou seja, determinados tipos de atos que geram automaticamente dano ao homem médio, ou seja, a pessoa humana dentro de um padrão moral dentro de uma média geral é afetada “sempre” quando do ato ilícito.

Nos casos de inclusão indevida de pessoa em cadastro restritivo de crédito incide a presunção do dano, mas o Superior Tribunal de Justiça excepciona essa regra. A Súmula 385 da

[1] BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* Revista dos Tribunais, ed. 32, 1993.
[2] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, AgRg no AREsp 597.814/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 21/11/2014.

Corte da Cidadania estabelece que “da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento”.

Não se pode esperar a indenização pelo dano moral antes de um processo judicial. Ainda que ocorra o fato que em regra gera dano moral in reipsa, é necessário comprovar que tal fato não possui motivo pré-existente.

Importante frisar que a teoria do dano “in re ipsa” gera a presunção do abalo moral e patrimonial, mas a sua dimensão, que repercute no valor indenizatório, é mensurada de acordo com as circunstâncias do caso concreto. O dano é existente, mas o valor indenizável será apurado pelo magistrado.

Desse modo, por se tratar o dano “in re ipsa” de prejuízo que resulta naturalmente do ato ilícito praticado, tem-se que, uma vez comprovada a prática do ato danoso, fica dispensada a prova do prejuízo concreto para fins de indenização, apresentando notoriedade as hipóteses de publicação de matéria jornalística de conteúdo inverídico e ofensivo, os abalos de crédito, a desmoralização social, corte indevido de serviço público essencial.[1]

O STJ já definiu algumas situações em que o dano moral pode ser presumido: cadastro de inadimplentes, responsabilidade bancária, atraso de voo, diploma sem reconhecimento, equívoco administrativo, credibilidade desviada, etc.

O problema do dano moral in re ipsa, é que ele assim será, quando do entendimento do tribunal.

Recentemente houve mudança de entendimento pelo TJ/PR no que tange o tempo de espera na fila do banco. Vejamos:

A espera excessiva nas filas de bancos é passível de indenização moral, conforme Turma Recursal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que discursa no seguinte sentido: “A espera em fila de agência bancária, em tempo excessivo, caracteriza falha na prestação de serviço e enseja reparação por danos morais. ” (Enunciado 2.7 TRU/PR).

O entendimento era de que, esperados 30 minutos ou mais, seria suficiente para gerar o direito a indenização.

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - FILA DE BANCO - ESPERA POR TEMPO EXCESSIVO (CINQUENTA E DOIS MINUTOS) - PROVA SUFICIENTE NOS AUTOS - PRECEDENTES DESTA TRU - VIOLAÇÃO DE DIREITOS BÁSICOS DO CONSUMIDOR FALTA DE RESPEITO À SUA DIGNIDADE (ART.4.º, CDC) - FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - DANO MORAL CONFIGURADO IN RE IPSA - APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N.º 2.7 DA TRU/PR - CONFORME PRECENDENTES DESTA TURMA RECURSAL - DECISÃO : Diante do

[1] MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. Disponívelem http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-in-re-ipsa,51095.html#_ftn2 Acesso em: 25/03/2016.

> exposto, resolve esta Turma Recursal, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e, no mérito, dar-lhe provimento, nos exatos termos do voto.[1]

Contudo, o entendimento passou a ser, de que seria necessários 60 minutos, e não mais apenas 30.

> RECURSO INOMINADO. DANOS MORAIS. ESPERA EM FILA DE BANCO**. MENOS DE UMA HORA. TEMPO NÃO CONSIDERARDO EXCESSIVO. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA TURMA RECURSAL.** DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. Recurso do Banco reclamado provido. Ante o exposto, monocraticamente.[2] (Grifos)

Destarte, é possível perceber a fragilidade da presunção do dano moral in reipsa.

7 DO ATO ILÍCITO

Na responsabilidade extracontratual, nenhum vínculo jurídico existe entre a vítima e o causador do dano quando este pratica o ato ilícito, o Código Civil distinguiu as espécies de responsabilidade, disciplinando genericamente a responsabilidade extracontratual nos arts. 186 e 927.

No que compete a legislação vigente, tem-se o dever de reparação de ano pela prática de ato ilícito.

O Código Civil é extremamente pontual no que se trata esse instituto, vejamos:

> 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.

Neste sentido, o Código Civil determina: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. ”

Portanto a partir do momento em que alguém, mediante conduta dolosa ou ainda culposa, viola direito de outrem a causar-lhe dano, está-se diante de um ato ilícito, e deste ato deflui o inexorável dever de indenizar, consoante com o Art. 927do Código Civil.

Por violação de direito deve-se entender todo e qualquer direito subjetivo, não só os relativos, que se fazem mais presentes no campo da responsabilidade contratual e

[1] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. 2ª Turma Recursal. 20120002091-1. Londrina. Rel.: Sigurd Roberto Bengtsson. Julgado em: 24.05.2012.
[2] TJ-PR - RI: 00017768420148160014 0 PR 0001776-84.2014.8.16.0014/0 (Decisão Monocrática), Relator: Oswaldo Soares Neto, Data de Julgamento: 12/10/2015, 2ª Turma Recursal, Data de Publicação: 12/10/2015.

extracontratual, como também e principalmente os absolutos, reais, e personalíssimos, nestes incluído o direito à vida, a saúde, a liberdade, a honra, a intimidade, ao nome, a imagem.

Estes últimos por sua vez, quando agredidos, resultam no direito de ser indenizado.

8 DA CONSTITUIÇÃO DA MORA E OS JUROS

No dicionário, mora significa demora ou delonga. Porém, aplicado ao mundo jurídico a expressão ganha um contexto diferenciado, vindo a significar de atraso no cumprimento de uma obrigação assumida em uma relação comercial.[1]

Dano Moral, nas palavras de Plácio e Silva:

> "No sentido técnico-jurídico do vocabulário "mora" é a falta de execução ou cumprimento da obrigação no momento, em que se torna exigível. Ou seja, é o retardamento ou a demora na execução da obrigação, quando deveria ser executada ou cumprida."[2]

Para estar configurada a mora do devedor esta precisa de um elemento objetivo e um elemento subjetivo. O elemento objetivo é a não realização do pagamento/obrigação no tempo, local e modo convencionados enquanto no elemento subjetivo tem-se a inexecução culposa por parte do devedor, que em outras palavras significa que o devedor voluntariamente não cumpriu com a obrigação.

Quando a obrigação é projetada com a inclusão de um prazo final, o próprio fato do descumprimento impõe a mora de forma automática, sendo desnecessária qualquer interpelação mediante provocação do credor. No entanto, tratando-se de uma obrigação de indenizar como no caso do dano moral, não é possível ter-se a obrigação de plano, ainda que o dano moral seja presumido.

O fundamento que justifica a desnecessidade de constituir a mora de uma obrigação certa, é o fato de o devedor já saber de antemão o prazo que aceitou para cumprir a obrigação.

A Mora de que se trata o dano moral é a Mora "ex persona", aquele que ocorre quando o credor deva tomar certas providências necessárias para constituir o devedor em mora (notificação, interpelação, etc.).

[1] VITNISKI, Gabriela Meinert, As formas de constituir o devedor em mora, disponível em: http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/580.br/http://www.danos.com.br/o-que-sao-danos-morais/, 25/03/16.
[2] De PLÁCIO e SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

Então, tendo uma possível obrigação de indenizar, a mora apenas se aperfeiçoa por provocação do credor, mediante interpelação judicial ou extrajudicial (art. 397, parágrafo único, do CC).

Na ocorrência da mora, surgem os juros. Estes podem ser **compensatórios** ou **moratórios**.

a) Compensatórios: Assim se entendem os frutos naturais do capital empregado. Representa, pois, a justa compensação, que se deve tirar dos dinheiros aplicados nos negócios, notadamente de empréstimos. Os juros, sejam os convencionais ou legais, vêm para atender a justa recompensa ou paga pelo isso de capitais de outrem, ou como indenização a lesões promovidas ou causadas a outrem

b) Moratórios: São juros decorrentes da mora, isto é, os que se devem, por convenções ou legalmente, em virtude do retardamento no cumprimento da obrigação. São os juros ditos de propter moram, fundados numa demora imputável ao devedor de dívida exigível. Nesta razão, os juros moratórios de fundam em dois elementos dominantes: a existência de uma dívida exigível e a demora do não pagamento dela, imputável ao devedor. Em regra, os juros de mora ou moratórios somente são devidos da interpelação judicial ou de qualquer ato judicial que venha constituir o devedor em mora[1].

Os juros moratórios são devidos a partir da constituição da mora, independente da alegação de prejuízo; nas obrigações a termo, são devidos a partir do vencimento; nas obrigações sem fixação de prazo certo, com a interpelação, notificação e protesto; se a obrigação em dinheiro for líquida, contar-se-ão a partir do vencimento; nas ilíquidas, desde a citação inicial para a causa.

9 DO TERMO INICIAL

Mas quanto ao dano moral especificamente, nada consta na lei (em sentido estrito), quanto do momento da mora, e o termo inicial para a computação dos juros moratórios.

> No conceito do Direito Civil, o termo inicial faz referência as obrigações, exprime ou determina o momento a seguir do qual os negócios jurídicos têm eficácia, e a partir do qual se opera a aquisição de direitos. O termo inicial, porém, retardando os efeitos da obrigação é suspensivo, pelo que, por ele, se suspende o exercício dos direitos. E, assim, enquanto não vencido o termo, não se torna exigível a obrigação.[2]

[1] DE PLÁCIO E SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.
[2] DE PLÁCIO E SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

Nas indenizações, em regra, os juros moratórios devidos, segundo as circunstâncias, computam-se da data do evento danoso.

Ocorrendo o evento causador do dano moral, estaria configurado a mora sendo possível cobrar juros? Ainda que tenha ocorrido o fato, está-se diante uma indenização em potencial. Mas quanto ao dano moral in re ipsa? Como já explicado, o dano moral nestes casos é presumido, mas trata-se de um entendimento, que pode ser modificado. Não sendo, pois, a data do evento danoso o melhor termo inicial para os juros moratórios no dano moral.

É um dos efeitos da citação constituir o devedor em mora, e fixar a sua responsabilidade pelos juros do retardamento no cumprimento da obrigação, salvo se tratar de obrigação líquida e positiva, cujo vencimento por si induz a mora de devedor pleno jure.[1]

Data da citação é pelos mesmas justificativas, inconveniente. Podendo ser acrescentado, que não há que se falar em valor líquido e certo. Constituíra-se mora de qual valor?

Constituir o devedor em mora é fixar a sua responsabilidade pelos juros ante o retardamento no cumprimento da obrigação, salvo se tratar de obrigação líquida e positiva. Não sendo líquida a obrigação, a citação não constituirá o devedor em mora.

Em obrigação líquidas e certas, onde se assina prazo, eles correm do vencimento da dívida.

Consistindo em prestação ou obrigação de natureza pecuniária, somente se ficam e são devidos, quando o decisório judicial vem determinar pecuniariamente a indenização, consistente no valor do dano. Eles se contam, pois, do momento em que há uma dívida ou um direito pecuniário exigível.

Na prática, os entendimentos diversos:

> Súmula 54 STJ: Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.
> Art. 398 CC/02: Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.
> Súmula 163 STF: Salvo contra a fazenda pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação.
> Art. 405 CC/02: Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.

A Súmula 54 do STJ não deve ser aplicada aos casos de indenização por danos morais. Justifica Carlos Roberto Gonçalves:[2]

[1] Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, O que se entende por dano moral in reipsa?,disponível em: http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/166872/o-que-se-entende-por-dano-moral-in-re-ipsa, 25/03/16.
[2] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil esquematizado v.1 – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva 2012.

> Pela Súmula 163 do Supremo Tribunal Federal, "salvo contra a Fazenda Pública, sendo a obrigação ilíquida, contam-se os juros moratórios desde a citação inicial para a ação". Assim também dispõe o art. 405 do Código Civil[1]. É esse o critério seguido nos casos de responsabilidade contratual. Já nos casos de responsabilidade extracontratual, pela prática do ilícito meramente civil, os juros de mora são computados desde a data do fato (CC, art. 398[2]). Prescreve a Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça: "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso em caso de responsabilidade extracontratual. [...] **Os juros de mora sobre indenização por dano moral, todavia, incidem desde o arbitramento. Não há como se considerar em mora o devedor antes, se ele não tinha como satisfazer obrigação não fixada por sentença judicial, arbitramento ou acordo entre as partes**". (Grifos).

Os juros moratórios são imputáveis ao devedor de dívida exigível. O dano moral, sendo fixado somente coma decisão judicial, poderá somente dela, computar-se os juros moratórios.

O dano extrapatrimonial-moral, somente pode ser mensurado no momento em que é quantificado e estabelecido o dever de indenizar, o que somente ocorre através de decisão judicial, sendo impossível quantificá-lo em momento anterior.

Pacificou o entendimento, com súmula 326 STJ: A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Neste mesmo sentido, deve os juros moratórios ter o mesmo termo inicial da correção monetária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em se tratando de indenização por danos morais, a ausência do pagamento desde a data do ilícito não pode resultar em responsabilização do ofensor/devedor, pois o dano moral somente é convertido em pecúnia – obrigação de pagar - através da decisão judicial.

A responsabilidade por indenizar o dano moral somente existirá no momento em que é arbitrada por determinação judicial a quantia a ser indenizada.

Não é possível exigir do ofensor o adimplemento de obrigação fundada em mera estimativa/expectativa. Ainda que haja uma grande probabilidade de ser arbitrado dano moral, não há como o devedor em potencial determinar um valor a ser pago, sendo a obrigação ainda inexistente ou no mínimo não líquida, é, portanto, inexigível.

Ante todo exposto, vê-se que quando tratar-se de indenização por danos morais, não há prejuízo aferível, mas, sim, estimado ou presumido, uma obrigação de indenizar em potencial. O dever de indenizar está de fato atrelado à decisão judicial que instituirá o dano

[1] Art. 405. Contam-se os juros de mora desde a citação inicial.
[2] Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

e o quantificará, não podendo ser constatado sua ocorrência em momento anterior àquele em que é arbitrado.

O dano material é verificado de plano. No descumprimento de um contrato, quando do inadimplemento, já se sabe do dever de indenizar bem como o quanto deverá ser indenizado, em uma batida de um carro já se demonstra o dano, o que falta é quantificá-lo. Mas quanto ao dano moral, sua existência só será comprovada bem como quantificada com a decisão do magistrado. Devendo, portanto, ser tal decisão o marco do qual incidirão não só a correção monetária, mas também os juros moratórios.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais.* Revista dos Tribunais, ed. 32, 1993.

DE PLÁCIO E SILVA, Vocabulário Jurídico Conciso, 3.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil esquematizado v.1 – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva 2012.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, 17 ed., São Paulo, Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira, Introdução ao direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil, 23ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil, 14. ed., São Paulo, Atlas, 2014.

Constituição Da República Federativa Do Brasil, Comentada pelo STF, disponível em: https://cassiuschess.files.wordpress.com/2013/01/apostila-constituicao-federal-comentada-pelo-stf.pdf, em 25/03/16.

VITNISKI, Gabriela Meinert, As formas de constituis o devedor em mora, disponível em: http://http://www.pelegrino.com.br/doutrina/ver/descricao/580.br/http://www.danos.com.br/o-que-sao-danos-morais/, 25/03/16.

SANTOS, Pablo de Paula Saul, Dano moral: um estudo sobre seus elementos, disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819, 25/03/16.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira, Dano Moral “in reipsa”, disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dano-moral-in-re-ipsa,51095.html, 25/03/16.

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, O que se entende por dano moral in reipsa?,disponível em: http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/166872/o-que-se-entende-por-dano-moral-in-re-ipsa, 25/03/16.

ERRO MÉDICO E JURISPRUDÊNCIA: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

MOROTTI, Juliana Midori[1]
FELL, Elizângela Treméa[2]

RESUMO

Indubitavelmente, há um crescente número de ações que permeiam o universo jurídico, particularmente, aquelas por erro médico. Nessa perspectiva, a presente pesquisa verificará como a jurisprudência pátria vem ponderando o erro médico e a sua decorrente responsabilidade civil. A metodologia utilizada foi a dedutiva, em que, a partir da relação de legislações, jurisprudências e posicionamentos doutrinários chegou-se aos meios mais adequados para a aplicação ao caso concreto. Sabe-se que, o estudo do erro médico e da sua conseguinte responsabilização é de suma importância, uma vez que, o número de cirurgias cresceu freneticamente, a exemplo das cirurgias estéticas. Diante disso, é indispensável averiguar as situações em que o médico é responsável pelo seu erro, visto que, o mesmo pode assumir diferentes obrigações dependendo do tipo de cirurgia efetuada. Do mesmo modo, é necessário o estudo dos institutos jurídicos que fundamentam a responsabilidade médica. Deve-se também se ater as divergências quanto à obrigação assumida na cirurgia estética, seja embelezadora ou reparadora, além da possibilidade de inversão do ônus da prova na obrigação de resultado. Ademais, é primordial a análise da exclusão do erro médico, posto que, há intercorrências e fatores externos alheios ao profissional da medicina. Dessa maneira, a apreciação meticulosa do tema será útil aos operadores do direito e à comunidade, em geral, que estará a par da abordagem em questão.
Palavras-chave: Erro Médico, Responsabilidade civil, Indenização.

ERROR DOCTOR AND JURISPRUDENCE: RESPONSIBILITY ANALYSIS OF CIVIL MEDICAL

ABSTRACT

Undoubtedly, there are a growing number of actions that permeate the legal world, particularly those malpractice. In this perspective, this study will examine how the country is mulling law medical error and its resulting liability. The methodology used was deductive, in which, from the relationship of laws, jurisprudence and doctrinal positions come to the most appropriate means for applying to the case. It is known that the study of medical error and its consequence accountability is of paramount importance, since the number of surgeries grew frantically, like the cosmetic surgery. Therefore, it is essential to investigate the situations in which the physician is responsible for error, since it can take different obligations depending on the type of surgery performed. Similarly, the study of the legal institutions that underlie the medical responsibility is necessary. It should also stick the differences regarding the obligation undertaken in cosmetic surgery, whether beautifying or repair and the possibility of reversing the burden of proof on the obligation of result. Moreover, it is essential to analyze the medical error of exclusion, since there are complications and external factors unrelated to the medical professional. Thus, meticulous appreciation theme will be useful to legal practitioners and the community in general, which is aware of the approach in question.
Keywords: Medical error, Civil responsability, Indemnity.

[1] Acadêmica Juliana Midori Morotti, do curso de Direito – UNIOESTE.
[2] Professora Doutora Elizângela Treméa Fell – Orientadora – UNIOESTE.

1 INTRODUÇÃO

As inúmeras ações inseridas no meio jurídico acerca do erro médico e de sua possível responsabilidade civil demostram a sua importância e influência no universo extrajurídico. Desse modo, esse tema tem grande relevância para o Direito Civil, uma vez que, doutrina e jurisprudência não se encontram pacificadas.

Assim sendo, a análise pormenorizada do erro médico e da sua consequente responsabilidade faz-se indispensável para a explanação desta pesquisa. Com base neste ponto, abordar-se-á o erro médico, com as definições conceituais, divergências e o parecer do Código de Ética Médica. Posteriormente, a caracterização da responsabilidade civil juntamente com os aspectos gerais e as circunstâncias em que há a responsabilidade objetiva e subjetiva. Neste prisma, também serão examinados os institutos jurídicos que alicerçam a responsabilidade civil: Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor.

Seguidamente, será objeto de estudo a ocorrência da responsabilidade civil médica e os fatores de exclusão da mesma, assim como as obrigações assumidas pela sua atuação. Nessa ótica, será abordada a obrigação de meio, destinada ao médico em geral e a obrigação de resultado atribuída ao cirurgião plástico, bem como as divergências doutrinárias.

Após isso, ilustra-se a respeito da divisão na cirurgia plástica em reparadora e estética, com a designação pertencente à de meio e de resultado respectivamente, a possibilidade de inversão do ônus da prova na responsabilidade subjetiva e as contradições existentes. Posto que, é de sabença que o culto ao corpo e o cuidado ao mesmo aumentou a demanda por cirurgias plásticas, seja influenciado pela mídia ou por baixa autoestima. Por fim, serão averiguados os posicionamentos jurisprudenciais ante as questões levantadas, sobretudo, no tocante ao erro médico e a sua conseguinte responsabilização.

2 ERRO MÉDICO

Atualmente, o erro médico, pelo fato de ser responsável por inúmeras ações do poder judiciário, é um tema em voga. O Código de Ética Médica, assim, assevera: “É vedado ao médico: Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência”. Nesse sentido, a conduta que caracterize a transgressão aos procedimentos prescritos acima designa o erro médico. No mesmo entendimento, Gomes e França (s.d.) corroboram que o erro médico ocorre, quando o dano causado ao paciente pela

conduta do médico, sem a intenção de executá-lo, advêm da imprudência, imperícia e negligência.

É consentimento, que a imperícia se caracteriza como a execução parca, decorrente da inexperiência, inexecução das normas técnicas e falta de conhecimento. Já a imprudência como o agir precipitado, sem as precauções necessárias. E por fim, a negligência decorrente da desatenção, a falta de diligência ou cuidado. Entretanto, muitos autores divergem quanto à imperícia, para Genival Veloso França citado por Aislan de Souza Coelho (s.d.) inexiste a imperícia do médico,

> Nosso pensamento é que o médico habilitado – profissional e legalmente – não pode ser considerado imperito em nenhuma circunstância, por mais palpável que seja essa situação, uma vez que consideramos a imperícia a falta de habilidade no exercício de uma tarefa, ou a ausência de conhecimentos elementares para determinado ofício.
> [...] Onde não há ignorância não pode haver imperícia.
> [...] Por responsabilidade médica não se entende, então, uma capacidade mais ou menos brilhante, ou um conhecimento mais ou menos profundo, mas apenas a possibilidade de imprudência ou de negligência.

Em contrapartida Queiroz (2014) conceitua o erro médico, como o erro cometido "em sua atuação profissional: ato ou efeito de errar em sua atuação, juízo falso, engano, incorreção, desvio do bom encaminhamento do caso clínico". Para ele, em conseguinte, para ser proficiente ao Direito, o termo erro médico deve ser analisado diferentemente do conceito universal de culpa, que envolve negligência, imprudência e imperícia, em razão de que, deve-se averiguar inicialmente o erro e, logo após, os motivos e a responsabilidade do próprio.

Nessa percepção, o erro médico destoa de outros fatores, como a assimilação incorreta da realidade, em virtude das inúmeras possibilidades de conduta para um mesmo caso, os "efeitos colaterais, maus resultados, complicações, histórico natural da doença, dentre outros termos e locuções". Diante disso, a justificativa dada pelo médico é essencial para o diagnóstico do erro e de suas motivações, bem como os conhecimentos determinísticos e probabilísticos. (QUEIROZ, 2014).

A doutrinadora Maria Helena Diniz (2006, p.686) coaduna com este pensamento, em que a falha não advém apenas da vontade do médico:

> O erro médico é decorrente não só de uma ação ou omissão culposa lesiva ao paciente, requerendo, por exemplo, uma conduta profissional exercida sem habilidade, sem cautela necessária no procedimento médico ou sem o conhecimento de técnicas adequadas, susceptível de produzir dano á vida ou a saúde de outrem, mas também de falhas estruturais, quando as condições de trabalho e os recursos materiais forem insuficientes para o bom exercício da medicina. Por isso, o erro médico não é oriundo de má prática. O erro médico exprime a fraqueza humana, um ato culposo ou uma falha estrutural, enquanto a má prática (mala práxis) é expressão da maldade, surgindo com a intenção deliberada de maltratar o paciente constituindo

> motivo plausível para o lesado ingressar em juízo com ação de responsabilidade civil por dano moral e patrimonial [...].

Desta forma, consoante aduz Queiroz (2014), o erro é sempre esperado, uma vez que, o médico não pode conhecer tudo, sendo inadmissível a atuação culposa caracterizada pela negligência ou imprudência. Além disso, se o mesmo agiu dentro da normalidade na decisão juntamente com a razoabilidade da justificativa, o erro é caracterizado sem culpa, do contrário, ele será responsabilizado. No mesmo sentido, Gonçalves e Franco (2012) salientam que o médico apenas cometerá um ato danoso, caso deixe de cumprir com o seu dever, como o "dever de informar e aconselhar; dever de assistir; e, dever de prudência".

É de conhecimento que, no direito brasileiro, o erro médico pode implicar na reponsabilidade civil do mesmo, em que existindo a culpa há de se reaver o dano causado. Nessa perspectiva, faz-se necessário a análise das questões que giram em torno da responsabilidade civil.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL

A fim de elucidar sobre a responsabilidade civil é necessário, primeiramente, compreender o seu conceito. Segundo Maria Helena Diniz (2003, pag. 34),

> A responsabilidade civil é a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda (responsabilidade subjetiva), ou, ainda, de simples imposição legal (responsabilidade objetiva).

O Código Civil de 2002 também elucida sobre a responsabilidade civil ao abarcar em seu artigo 927 a obrigação de reparar o dano causado à outra pessoa, decorrente de ato ilícito (arts. 186 e 187). Além disso, o parágrafo único do mesmo artigo também explicita a obrigatoriedade 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". Portanto, o causador do dano é obrigado a reparar a outrem, independente da origem ser material ou imaterial. Ademais, caso ele não consiga restituir o prejuízo causado, deverá pagar uma compensação pecuniária à vítima (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p.53).

Sob o mesmo entendimento, Bomtempo (2013) apresenta a responsabilidade civil como resultante da "violação de um direito, seja contratual ou extracontratual, na qual resulta

em dano, moral ou patrimonial, com dolo ou culpa, atendendo aos seguintes requisitos em regra: culpabilidade, dano e nexo de causalidade". O primeiro ocorre quando a conduta humana por ação ou omissão causa algum prejuízo ou dano. Este se configura como a violação material ou moral, que prejudica a outrem, seja de ordem patrimonial ou extrapatrimonial. Já o nexo de causalidade é a relação entre a culpabilidade do agente e o dano causado, sendo a sua existência obrigatória para que haja indenização ou reparação (REIS, 2014).

Neste prisma, conforme Diniz (2003), para que haja a admissão da responsabilidade civil, deve-se haver a relação de causa e efeito entre o dano e a conduta ilícita do agente.

Contudo, para a assimilação da análise da responsabilidade civil faz-se imprescindível a distinção entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, bem como os institutos que abarcam as respectivas responsabilidades.

4 RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA

A teoria da responsabilidade objetiva envolve não apenas o dano causado a outrem, mas também o risco de danos a terceiros. Nesta vertente, há uma abstração da concepção de culpa, a qual será presumida e dispensável para a comprovação de culpa do agente, ou seja, independe da prova de culpa ou dolo do responsável pelo dano. Portanto, este deverá indenizar a outra parte, uma vez que, é apenas necessária a certificação entre o nexo de causalidade entre a conduta do agente causador do dano e o dano ocasionado à vítima (OLIVEIRA, 2008).

Coaduna Sílvio Rodrigues (2002, p.10),

> Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.[...]aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele.

A teoria do risco encontra-se de forma clara no artigo 927 do Código Civil, que assim estabelece:

> 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.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) é o instituto responsável por alicerçar a responsabilidade objetiva do agente causador do dano, no qual o fornecedor deverá exercer a sua função com diligência. O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor considera a indefensibilidade do consumidor na relação de consumo, em que, independente da existência da culpa, o fornecedor de serviços responde, "pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos", dessa maneira, bastará ao consumidor constatar o nexo de causalidade entre o dano e a falha na prestação de serviços ou o defeito no produto.

Ainda, o artigo 34, CDC, abrange a responsabilidade solidária do fornecedor, que independente da ação culposa, este "é solidariamente responsável pelos atos de seus prepostos ou representantes autônomos". Sendo assim, a responsabilidade é objetiva e solidária, exceto em relação aos profissionais liberais, que deverá ser investigada de acordo com o exame de culpa, conforme o art.14, § 4º, CDC (CHENQUER, s.d.).

Já a responsabilidade subjetiva tem por fundamento a existência do dolo (ação ou omissão voluntária) ou da culpa (imprudência, imperícia e negligência) do responsável pelo dano, em que a vítima deverá comprová-lo, a fim de ser indenizada. Isto é, deve haver a ratificação da culpa do agente causador do dano, para que, surja o dever de indenizar, dependendo, portanto, da conduta do sujeito (RODRIGUES, 2002).

O Código Civil ampara a responsabilidade subjetiva, como nos dispositivos elencados:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Nesse diapasão, a subjetividade implica a culpabilidade, ou seja, a demonstração da culpa do responsável pelo dano, para que, haja assim, o embasamento no dever de reparar.

À vista disso, com pautanos conceitos já aclarados, pode-se determinar a responsabilidade civil médica, bem como, os tipos de obrigações assumidas, tendo como fundamento as doutrinas do ordenamento pátrio.

5 RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

É consenso que a responsabilidade assumida pelo profissional da medicina é subjetiva, sendo a relação médico-paciente de natureza contratual. Isso se evidencia pela necessidade de comprovar a culpa do erro médico, seja por imperícia, imprudência ou negligência, além disso, o médico e o paciente mantêm um vínculo de consumo, já que aquele deve prestar um serviço com diligência e este cumprir com as devidas orientações (MARQUES, 2011).

A responsabilidade médica está pautada no artigo 951 do Código Civil, que estabelece a "indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho". Outrossim, o artigo 389, do Código Civil regula a relação contratual, em que o seu descumprimento acarreta ao devedor responder " por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". Por fim, o artigo 927 estatui a obrigação de reparar o dano, daquele que pratica o ato ilícito a outrem.

Nesse sentido, o médico será responsabilizado, quando os seus atos violarem um dever, que derive em danos de ordem material ou imaterial. Caso contrário, o mesmo poderá ser eximido da responsabilidade, haja vista, que pode haver circunstâncias como: "o estado de necessidade, a legítima defesa, o exercício regular do direito e estrito cumprimento do dever legal, o fato de terceiro, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e força maior", consoante apontado por Oliveira (2013). Assim, há situações que são imprevisíveis e escapam do atuar médico, em que este, mesmo agindo corretamente não obtém o resultado esperado.

Queiroz (2012) concilia com o mesmo entendimento, de que nem todos os danos são desinentes da culpabilidade do profissional da medicina. Haja vista, que há incertezas no setor médico, complicações e imprevistos, sequelas de procedimentos indispensáveis, reação de cada organismo, baixa imunidade e fatores externos. Semelhantemente, Júlio Cézar Meirelles Gomes (s.d.) concebe a existência de fatores que contribuem para o erro, como as condições adversas, falta de materiais e tecnologia avançada.

Como demonstra Souza (2003, p. 48),

> Não importa se o médico errou, mas, sim, se esse erro vem acompanhado pela culpa na conduta do médico. O julgador não busca um diagnóstico equivocado – inerente ao desempenho da medicina, pelas imprevisões de comportamento do organismo humano. Busca, ele, um agir culposo do profissional, para que, aí sim, este possa ser responsabilizado pelos eventuais danos causados ao paciente.

À luz do exposto, a boa conduta do médico que deve ser objeto de análise, isto é, se este agiu com diligência e de acordo com os padrões previstos. Nessa perspectiva, é vital a inspeção sobre os tipos de obrigação assumida pelo médico.

6 OBRIGAÇÃO DE MEIO

Designa-se "de meio" a obrigação em que o médico não responde pelo resultado, embora deva agir com prudência e zelo nos procedimentos. Por isso, é estendido a todos os profissionais da medicina em geral, já que, não há um comprometimento com o resultado da cura. Caso o paciente não esteja satisfeito com o resultado, deverá provar que o médico atuou culposamente, uma vez que, este não tem o dever de indenizar pelo fim obtido (ÁRIAS, 2005).

Segue esta assertiva Gonçalves (2012, p. 257), em que,

> [...]para o cliente é limitada a vantagem da concepção contratual da responsabilidade médica, porque o fato de não obter a cura do doente não importa reconhecer que o médico foi inadimplente. Isto porque a obrigação que tais profissionais assumem é uma obrigação de "meio" e não de "resultado". O objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos, e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência.

Desse modo, o médico ao empregar os melhores meios para recuperar a saúde do paciente, agindo com cautela, prudência, perícia e boa conduta, mesmo que não atinja o resultado almejado, não poderá ser responsabilizado.

7 OBRIGAÇÃO DE RESULTADO

Neste tipo de obrigação, segundo Bomtempo (2013), o médico incumbe-se a um compromisso com o resultado prenunciado. Desse modo, o profissional da medicina responsabiliza-se pelo resultado não alcançado, devendo, portanto, indenizar pela insatisfação do mesmo. Neste diapasão, há a possibilidade de inversão do ônus da prova, com presunção de culpa, posto que, o paciente está em uma condição de hipossuficiência e não contém todas as provas a fim de comprovar a culpabilidade do médico. Assim, caberá a este provar que não agiu culposamente, justificando o resultado como advindos de fatores externos, complicações do pós-cirúrgico, reação de cada organismo etc.

Destarte, competirá ao médico prestar as devidas informações ao paciente, evidenciando os riscos e possíveis resultados e, até mesmo dispensar a cirurgia, caso haja a

impossibilidade de atingir o objetivo. Visto que, é cabível a responsabilização do médico por negligência, ainda que este opere com todo o zelo, o insucesso da cirurgia enseja a obrigação pelo resultado não obtido (QUEIROZ, 2012).

É de conhecimento, que as cirurgias plásticas são, geralmente, alocadas nessa categoria. Todavia, por haver subdivisão em cirurgia plástica estética e cirurgia plástica reparadora ocorre discrepância quanto ao tipo de obrigação, assim sendo, a problemática será elucidada a seguir, bem como a conseguinte responsabilidade.

8 RESPONSABILIDADE NA CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA E CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA

Hodiernamente, é indiscutível a crescente demanda por cirurgias plásticas em nosso país e em todos os demais. Prova disso, é que segundo Jamil Chade (2014), a última pesquisa divulgada pela Sociedade Internacional de Cirurgia Plástica (ISAPS) aponta que, atualmente, o Brasil lidera o ranking de cirurgias estéticas. Diante disso, a busca incessante pelo corpo perfeito para a satisfação física e psicológica e a necessidade de pertencer a um padrão estético movem milhares de pessoas às intervenções cirúrgicas. Em consequência, as insatisfações abarrotam o judiciário com inúmeras ações. Nesta lide, o paciente almeja a indenização pelo dano estético, posto que, pressupõe ao médico a obrigação de resultado. E este, argui a sua profissão pertencer a uma obrigação de meio, visto que, não assegura a cura, embora aja com boa conduta.

Nessa acepção, é crucial salientar os tipos de obrigação assumida em cada cirurgia plástica, já que esta possui uma subdivisão. Segundo Castro (2005), a cirurgia plástica reparadora ou corretiva, como o próprio nome diz, objetiva corrigir imperfeições, más formações congênitas (como o lábio leporino) ou desenvolvidas durante a vida, a exemplo de queimaduras, acidentes de trânsito, cicatrizes e câncer. Esta modalidade também inclui reparar cirurgias que não foram bem-sucedidas. Por outro lado, a cirurgia estética ou embelezadora visa o aperfeiçoamento da aparência, com fins puramente estéticos, como por exemplo, abdominoplastia e implante de silicone.

Diante dessas situações, o médico assume obrigação de meio para as cirurgias reparadoras, dado que, a sua função é a de reparar imperfeições desinentes do nascimento ou adquiridas ao longo da vida. Destarte, concerne ao médico agir da melhor maneira possível, com cautela e prudência nos procedimentos, aplicando o conhecimento necessário e as técnicas mais avançadas. Já a cirurgia estética pressupõe uma obrigação de resultado, uma vez que, o

paciente encontra-se em estado normal de saúde, apenas de insatisfação corporal ligado, geralmente, com a baixa autoestima, entretanto, sem a necessidade de emergência. (ÁRIAS, 2005).

Marques (2011) coaduna com o mesmo pensamento, atribuindo à cirurgia reparadora a obrigação de meio, já que, não há a obrigação de curar o paciente. E a obrigação de resultado à cirurgia estética, pois, o médico se compromete a atingir um resultado combinado antecipadamente. Diante disso, o médico possui o dever de informar os riscos ao paciente, haja vista que, todo procedimento cirúrgico está sujeito a risco de morte. Ademais, a escolha pela dispensa à cirurgia, em face de um risco ainda maior. Outro aspecto imprescindível é a certificação de habilitação do profissional, com "médicos devidamente qualificados, utilizando técnicas habituais reconhecidas cientificamente", como previsto no artigo 2º, da resolução nº 1.621/2001, do Conselho Federal de Medicina.

Como já exposto, o paciente insatisfeito com o resultado cirúrgico tem direito, como *ultima ratio*, a inversão do ônus da prova, segundo ordenado no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. Por isso, conforme Oliveira (2013), o paciente por ter pago o serviço é classificado como consumidor e, "como tal, possui o direito opejudicis à inversão probatória, se o juiz considerar verossímil a alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente".

Portanto, o paciente poderá ser indenizado decorrente do resultado não almejado, ou mais gravemente, por danos estéticos, materiais e morais, que além da indenização, possui direito a restituição cirúrgica pelo dano causado (MARQUES, 2011).

Contudo, há autores que defendem a necessidade da cirurgia plástica, até mesmo a sua divisão, pertencer à obrigação de meio, visto que, o médico não tem como prever o resultado, pois há riscos e imprevistos em todas as áreas, além de haver as interferências reparadoras. Ademais, contesta quanto o parecer de a cirurgia embelezadora ser associada exclusivamente a busca pela aparência física, pois o indivíduo, embora se apresente saudável exteriormente, padece de saúde psicológica (QUEIROZ, 2012).

Nesta mesma visão, Miguel Kfouri Neto (2001, p. 160) pondera que:

> [...] não há dúvida que a cirurgia plástica integra-se normalmente ao universo do tratamento médico e não deve ser considerada uma 'cirurgia de luxo' ou mero capricho de quem a ela se submete. Dificilmente um paciente busca a cirurgia estética com absoluta leviandade e sem real necessidade, ao menos de ordem psíquica. Para ele, a solução dessa imperfeição física assume um significado relevante no âmbito de sua psique [...]

Outrossim, os defensores da cirurgia plástica como obrigação de meio utilizam como argumentos os artigos 3º e 4º da resolução nº 1.621/2001, do Conselho Federal de Medicina,

que estabelecem o não comprometimento do médico cirurgião plástico com o resultado, conforme exposto a seguir:

> Art. 3º - Na Cirurgia Plástica, como em qualquer especialidade médica, não se pode prometer resultados ou garantir o sucesso do tratamento, devendo o médico informar ao paciente, de forma clara, os benefícios e riscos do procedimento.
> Art. 4º - O objetivo do ato médico na Cirurgia Plástica como em toda a prática médica constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado.

Ressalta-se, ainda, a importância de observar as excludentes de responsabilidade do médico cirurgião, que são advindas de fatores externos, assimetrias, queloides e outras complicações, que independe do atuar médico, mesmo este agindo com toda a prudência e diligência.

Em face aos conceitos e posicionamentos doutrinários apresentados, é imprescindível, neste momento, averiguar como a jurisprudência do ordenamento jurídico pátrio os vem ponderando.

9 POSICIONAMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Depois de averiguada a jurisprudência dos diversos tribunais, nas decisões por relevância e entre os anos de 2014 a 2016, observou-se que boa parte das decisões por erro médico não tem provimento, visto que, este só se configura quando o profissional da medicina age com imprudência, imperícia ou negligência e pratica o desvio da boa conduta nos procedimentos, sem empregar os padrões necessários.

Nesse seguimento, embora de forma minoritária, as jurisprudências por erro médico faz-se presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu provimento parcial à apelação da autora, pela falta de diligência no atendimento realizado pela Unidade de Saúde do Município de Campinas. Em decorrência dos fatos ocorridos, a ação enseja indenização por danos morais, pelo sofrimento e constrangimento à vítima, cujo quantum fora estipulado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais). Dessa forma, o Tribunal de Justiça de São Paulo apresentou o seguinte parecer:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS – CRIANÇA QUE SUPORTOU QUEIMADURA NA MÃO ESQUERDA - FALHA NA REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CURATIVO – AUSÊNCIA DE CAUTELA – ADERÊNCIA DO DEDO POLEGAR À PALMA DA MÃO – Realização de curativos **sem a observância dos protocolos médicos recomendáveis ao caso**, os quais determinam o isolamento dos dedos na ocorrência de queimaduras – Aderência ocorrida decorrente dos curativos realizados equivocadamente – **Imputação de culpa, por negligência, ao**

> **atendimento realizado** na Unidade de Saúde do Município de Campinas – Aderência de dedo à palma da mão – Negligência configurada e atestada por perícia – Omissão nas cautelas necessárias ao tratamento – **Dever de indenizar** – O exercício da medicina deve ser entendido como atividade profissional de meio, todavia, isso não legitima a atuação descuidada de seus profissionais, o descompromisso com a ética e vida humana ou autorizado atendimentos precários – Sentença de improcedência da ação reformada, parcialmente, para condenar o Município a pagar indenização por danos morais. Danos estéticos não verificados em face da realização de cirurgia para correção da aderência, realizada com sucesso e sem sequelas. Recurso de apelação da autora parcialmente provido. (grifo nosso). (TJ-SP - APL: 00166855120118260114 SP 0016685-51.2011.8.26.0114, Relator: Leonel Costa, Data de Julgamento: 17/02/2016, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 18/02/2016).

Como já visto, sabe-se que a responsabilidade civil médica é caracteriza pelo erro médico ou conduta fora dos padrões esperados. Nesse sentido, no caso enunciado a seguir foi notória a falha no atendimento prestado à autora, sobretudo, a negligência dos médicos e a conduta destes em desconformidade com os padrões recomendados. Em decorrência disso, a responsabilidade civil foi caracterizada, em que, havendo o dano o agente causador é obrigado a repará-lo. Outro aspecto essencial para a indenização foi a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente causador do dano e a lesão sofrida pela autora. A mesma havia pedido uma indenização fixada no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), entretanto, após a Ré ter recorrido, o relator considerou o valor desproporcional e reduziu o quantum de indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais). O Tribunal de Justiça de São Paulo sentenciou da seguinte forma:

> EMENTA: Ação ordinária. **Responsabilidade civil. Erro médico.** Autora gestante atendida com dores abdominais. Medicada e dispensada, evoluiu para abortamento espontâneo, diagnosticando-se apendicite. Pretensão à indenização por danos material e moral. **Prova pericial médica que confirma erro no atendimento prestado. Nexo de causalidade presente**. Dano material afastado. Pensão alimentícia. Não cabimento. Mera expectativa de direito. Dano moral devido, em menor valor. Sentença de parcial procedência. Recursos oficial e voluntário parcialmente providos. (grifo nosso). (TJ-SP - APL: 00473988520098260564 SP 0047398-85.2009.8.26.0564, Relator: Carlos Violante, Data de Julgamento: 09/09/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 09/09/2015).

Em 2008, a jurisprudência seguiu a mesma vertente, ao imputar o médico pelo seu erro no atendimento, que acarretou em derrame cerebral no paciente. Pelo dano causado há a obrigação do profissional da medicina em indenizar a vítima. O juiz (fls 336/342) havia condenado a ré a um pagamento por danos materiais no valor de R$ 187.600,00 (cento e oitenta e sete mil e seiscentos reais), pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais) e a pensionamento mensal em favor do autor no valor de R$ 600,00 (seiscentos reais). A ré contestou e o relator VitoGuglielmi aplicou sanção pecuniária reparatória no valor de R$ 30. 000,00 (trinta mil reais), para a data do acórdão, com juros a partir da citação.

Desse modo, o Tribunal de Justiça de São Paulo posicionou-se pela:

> **INDENIZAÇÃO.** RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. OCORRÊNCIA. ATENDIMENTO PRE- OPERATORIO DEFICIENTE PELA RE. DERRAME CEREBRAL QUE ACARRETOU INCAPACIDADE PERMANENTE. NEXO DE CAUSALIDADE ATESTADO PELAS PROVAS. LUCROS CESSANTES DEVIDOS AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA À FALTA DE PROVA DOS RENDIMENTOS. ALEGAÇÃO, ADEMAIS, VEROSSÍMIL EM RELAÇÃO ÀS DEMAIS PROVAS. PENSIONAMENTO VITALÍCIO MANTIDO. RECURSO IMPROVIDO. INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MEDICO. OCORRÊNCIA. ATENDIMENTO PRE- OPERATORIO DEFICIENTE PELA RE. DERRAME CEREBRAL QUE ACARRETOU INCAPACIDADE PERMANENTE DANO MATERIAL. ENTRETANTO, INOCORRENTE VALOR NÃO JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO SENTENÇA MODIFICADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO INDENIZAÇÃO**. RESPONSABILIDADE. CIVIL ERRO MEDICO.** OCORRÊNCIA. ATENDIMENTO PRE - OPbRATORIO DEFICIENTE PELA RE. DERRAME CEREBRAL QUE ACARRETOU INCAPACIDADE PERMANENTE.DANO MORAL COMPROVADO. VALOR. ENTRETANTO EXCESSIVO. REDUÇÃO DETERMINADA **RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO**. [...] **A ação fora ajuizada sob o fundamento da ocorrência de erro médico sofrido pelo autor a partir da imperícia e negligência de prepostos da ré**, levando o requerente a lesão permanente incapacitante.(grifo nosso). (TJ-SP - CR: 5853134000 SP, Relator: VitoGuglielmi, Data de Julgamento: 21/08/2008, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/09/2008).

A responsabilidade dos hospitais também está claramente presente nos posicionamentos dos tribunais. A responsabilidade do hospital/Estado é caracterizada como objetiva, a qual presume a culpabilidade, sendo necessária apenas, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Assim aduziu o Tribunal de Justiça de Rondônia:

> EMENTA: Apelação cível. **Responsabilidade civil objetiva do Estado.Erro médico.** Hospital municipal. Procedimento cirúrgico. **Imperícia**. Lesão grave. **Indenização.** Danos morais. Danos materiais. Juros de mora e correção monetária nos termos da Lei 11.690/09. Recurso de apelação parcialmente provido. Recurso adesivo provido. Nos termos do art. 37, § 6º, da CF, o ente municipal responde pelos danos que seu agente, nessa qualidade, causar a terceiro, logo, **o erro médico praticado por servidor municipal deve ser objeto de reparação civil,** aplicando-se ao caso a teoria do risco administrativo. [...] **Recurso adesivo interposto pelo autora provido para majorar a indenização moral de R$20.000 para R$30.000,00.** (grifo nosso). TJ-RO - APL: 00054741120108220002, Relator: Desembargador Walter Waltenberg Silva Junior, Data de Julgamento: 31/03/2015, 2ª Câmara Especial, Data de Publicação: Diário Oficial 09/04/2015).

O Tribunal de Justiça do Ceará coadunou com o mesmo entendimento e majorou indenização por dano moral no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme segue a ementa:

> DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. SENTENÇA JULGADA PROCEDENTE. APELAÇÕES CÍVEIS INTERPOSTAS PELO HOSPITAL E PELO AUTOR DA AÇÃO, CONSORTE DA FALECIDA. DANOS MORAIS. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE HOSPITAL, CONSISTENTE EM DEMORA EXCESSIVA DE ATENDIMENTO ADEQUADO A PACIENTE DIAGNOSTICADA COM "AVC HEMORRÁGICO", A QUAL FINDOU POR VIR A ÓBITO NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO HOSPITALAR. RECURSO INTERPOSTO PELA OTOCLÍNICA. AFASTAMENTO DA PREFACIAL DE NULIDADE DA SENTENÇA, TENDO EM VISTA QUE FOI PROFERIDA EM CUMPRIMENTO AOS REQUISITOS ESSENCIAIS INSERTOS NO ART. 458 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA, PORQUANTO AS PROVAS COLACIONADAS SE REVELARAM SUFICIENTES PARA A

> FORMAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA MAGISTRADA. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA, DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE O HOSPITAL SE ESQUIVAR DE RESPONSABILIDADE POR ATOS REALIZADOS POR SEU CORPO MÉDICO. PRECEDENTE DO STJ. **COMPROVAÇÃO DE NEXO CAUSAL ENTRE A OMISSÃO DO NOSOCÔMIO RECORRIDO E O ÓBITO** DA ESPOSA DO PROMOVENTE DA AÇÃO. APELO MANEJADO PELO PROMOVENTE. MAJORAÇÃO DO "QUANTUM" FIXADO NA SENTENÇA A TÍTULO DE DANOS MORAIS, PARA MELHOR SE AJUSTAR ÀS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA DEMANDA, NÃO SE OLVIDANDO O CARÁTER PEDAGÓGICO-PUNITIVO DA CONDENAÇÃO, OBJETIVANDO COIBIR A REITERAÇÃO DE CONDUTAS OMISSIVAS SEMELHANTES. APELO MANEJADO PELA OTOCLÍNICA CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO INTERPOSTO POR MÁRCIO PAULO PINHEIRO NOBRE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, PARA MAJORAR O VALOR ARBITRADO POR DANOS MORAIS. [...] c)**considerou a responsabilidade objetiva dos hospitais**, citando a Lei nº 8.078/90 combinada com o art. 932, III e IV, do Código Civil e Súmula 341 do STF – é **presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo de seu empregado ou preposto**; d) **identificou a negligência do médico** [...]. (grifo nosso). (TJ-CE - APL: 04770487620108060001 CE 0477048-76.2010.8.06.0001, Relator: TEREZE NEUMANN DUARTE CHAVES, 2ª Câmara Cível, Data de Publicação: 02/12/2015).

Na mesma perspectiva, o caso ocorrido a seguir também demonstra a falta de prudência e diligência médica nos procedimentos. Desse modo, cabe a indenização pelo dano gerado e a responsabilidade do hospital, de acordo com o Tribunal de Justiça de São Paulo:

> EMENTA: **Responsabilidade civil –** Ação de indenização por danos morais e materiais – **Imperícia e negligência no primeiro atendimento médico hospitalar** – **Diagnóstico incompleto – Tratamento inadequado, com a demora na realização de cirurgia de urgência, que resultou na necrose e consequente perda do testículo esquerdo do paciente** – **Reconhecimento da responsabilidade do hospital em decorrência da conduta culposa dos médicos** – Procedimento incorreto configurado – Dano moral caracterizado – **Quantum indenizatório arbitrado na sentença que não merece redução (R$ 50.000,00)** – Juros de mora que devem ser calculados a partir do evento danoso (Súmula nº 54 STJ)– Aplicação da Lei nº 11.960/09, no que tange aos juros de mora e correção monetária, observando-se o decidido pelo Colendo Supremo Tribunal Federal quanto à Repercussão Geral (Tema nº 810) no RE 870.947 – Honorários periciais fixados de acordo com a complexidade do trabalho realizado. Recurso da Autarquia Hospitalar Municipal parcialmente provido, desprovendo-se os demais. (grifo nosso). (TJ-SP - APL: 00363357820018260100 SP 0036335-78.2001.8.26.0100, Relator: Luís Geraldo Lanfredi, Data de Julgamento: 01/09/2015, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 16/11/2015).

Diante disso, a responsabilidade solidária faz-se presente, como assevera o Tribunal de São Paulo, que adota:

> VOTO DO RELATOR EMENTA – **RESPONSABILIDADE CIVL** – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS – **ERRO MÉDICO** – Despacho saneador – Acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva arguida pelo plano de saúde e pelo hospital aonde ocorreu o ato cirúrgico objeto da demanda – Descabimento - Relação de consumo havida entre as partes, enquadrando-se, tanto o plano de saúde quanto o hospital aonde os fatos ocorreram, como fornecedores de serviços – Inteligência do art. 3, § 2º, do CDC – Precedentes – Médico e clínica que já integram o polo passivo da demanda - **Responsabilidade objetiva e solidária em relação ao consumidor que, caso estabelecido o nexo causal, responderão os réus nos limites da culpa de cada qual** – Precedentes, inclusive do C. STJ – Indeferimento da produção de prova oral que, no entanto, fica mantido – Decisão que determinou a realização de prova pericial médica (esta sim, imprescindível para o deslinde da controvérsia) – Prova testemunhal que não reuniria o condão de desfazer as conclusões da prova técnica a ser produzida

> – Decisão reformada - Recurso parcialmente provido. (grifo nosso). (TJ-SP - AI: 20038747120148260000 SP 2003874-71.2014.8.26.0000, Relator: Salles Rossi, Data de Julgamento: 21/10/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/10/2015).

Diferentemente dos hospitais, a responsabilidade médica é de natureza subjetiva. Nesse diapasão, a vítima deverá comprovar a existência do dolo ou da culpa para que possa ser indenizada. Como asseverado nas doutrinas, o posicionamento dos tribunais é pela classificação subjetiva à responsabilidade médica. De modo geral, a obrigação assumida por este, nas cirurgias gerais é de meio. Em contrapartida, as cirurgias plásticas pressupõem a obrigação de resultado. Outro aspecto fundamental são as excludentes da responsabilidade civil médica, como as complicações, fatores externos, reações do organismo etc. Nos acervos dos tribunais de justiça encontramos julgados favoráveis a esses aspectos.

Pelo entendimento do STJ, cujo relator foi Massami Uyeda, Resp. 1104665 RS 2008/0251457-1, a responsabilidade civil médica é claramente subjetiva e contratual e, no caso elencado, não se pode imputar a responsabilização pela complicação cirúrgica, tal como sucede na ementa:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - ERRO MÉDICO - MORTE DE PACIENTE DECORRENTE DE COMPLICAÇÃO CIRÚRGICA - **OBRIGAÇÃO DE MEIO** - **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO** - ACÓRDÃO RECORRIDO CONCLUSIVO NO SENTIDO DA **AUSÊNCIA DE CULPA E DE NEXO DE CAUSALIDADE - FUNDAMENTO SUFICIENTE PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL DA SAÚDE** - TEORIA DA PERDA DA CHANCE - APLICAÇÃO NOS CASOS DE PROBABILIDADE DE DANO REAL, ATUAL E CERTO, INOCORRENTE NO CASO DOS AUTOS, PAUTADO EM MERO JUÍZO DE POSSIBILIDADE - **RECURSO ESPECIAL PROVIDO.** I - **A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;** (Grifo nosso). (STJ - REsp: 1104665 RS 2008/0251457-1, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 09/06/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 04/08/2009).

Outrossim, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também manteve a responsabilidade médica subjetiva, além de dispor sobre a responsabilidade solidária. A responsabilidade civil médica foi evidenciada, por erro de diagnóstico e de procedimento, causando danos ao paciente, que possui direito à indenização, consoante segue a ementa:

> APELAÇÕES CÍVEIS. **RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO DE DIAGNÓSTICO E DE PROCEDIMENTO**. RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS. **RESPONSABILIDADE DOS MÉDICOS QUE PERMANECE SUBJETIVA**.O art. 14, caput, do Código de Defesa do Consumidor estabelece a **responsabilidade civil objetiva do fornecedor** decorrente de defeito do serviço por ele prestado. É o caso dos autos, já que a Clínica requerida, na qualidade de prestadora de serviços médicos, não possuía o equipamento de exame necessário para comprovar ou afastar hipótese diagnóstica e não informou a paciente acerca da necessidade/possibilidade de realizá-lo em outro

> estabelecimento. **A responsabilidade dos médicos, por sua vez, é subjetiva, restando comprovado o agir desidioso apenas de um deles (em razão do erro de procedimento adotado e falha no dever de informação), razão pela qual deve responder solidariamente pelos danos sofridos pela autora**. O erro de procedimento prolongou desnecessariamente o sofrimento da autora, dando ensejo a reparação por dano moral. Afinal de contas, o médico sabe da enfermidade, mas o paciente sabe de suas necessidades. **Quantum redimensionado para R$ 15.000,00 (quinze mil reais),** valor que se mostra mais condizente com as circunstâncias do caso. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. (Grifo nosso). (Apelação Cível Nº 70064800360, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 24/06/2015).

O ordenamento jurídico pátrio, geralmente, classifica as cirurgias plásticas estéticas como obrigação de resultado. Embora, a responsabilidade subjetiva prenuncie o dever da vítima em ratificar a culpa do agente causador do dano, a obrigação de resultado permite a inversão do ônus da prova, pela condição de hipossuficiência do paciente, tendo em vista, que este não possui todas as provas para culpar o médico. Contudo, o magistrado deverá comprovar a hipossuficiência da parte. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná aduziu:

> EMENTA: **Indenização -Cirurgia plástica - Obrigação de resultado** - Cicatrizes que afetaram a paciente responsabilidade do médico cirurgião e da clínica de cirurgia plástica de sua propriedade - **Inversão do ônus da prova** - Precedentes jurisprudenciais - Indenização por danos materiais consistentes no valor de cirurgia reparatória **e danos morais fixados em 50 (cinquenta) salários mínimos** - Sentença reformada - **Apelo conhecido e provido**. (Grifo nosso). (TAPR - Ap. Cível 156986600, 28-8-2000, 6º Câmara Cível - Rel. Anny Mary Kuss).

Na mesma vertente, sentenciou a relatora Nancy Andrigh pela inversão do ônus da prova:

> EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. **CIRURGIA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.** REGRA DE INSTRUÇÃO. ARTIGOS ANALISADOS: 6º, VIII, E 14, § 4º, DO CDC.1. Ação de indenização por danos materiais e compensação por danos morais, ajuizada em 14.09.2005. Dessa ação foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 25.06.2013. 2. Controvérsia acerca da responsabilidade do médico na cirurgia estética e da possibilidade de inversão do ônus da prova. 3. **A cirurgia estética é uma obrigação de resultado, pois o contratado se compromete a alcançar um resultado específico, que constitui o cerne da própria obrigação, sem o que haverá a inexecução desta**. 4. Nessas hipóteses, **há a presunção de culpa, com inversão do ônus da prova**. 5. O uso da técnica adequada na cirurgia estética não é suficiente para isentar o médico da culpa pelo não cumprimento de sua obrigação. 6. A jurisprudência da 2ª Seção, após o julgamento do Reps 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 21.09.2011, consolidou-se no sentido de que a inversão do ônus da prova constitui regra de instrução, e não de julgamento. 7. Recurso especial conhecido e provido. (Grifo nosso). (STJ - REsp: 1395254 SC 2013/0132242-9, Relator: Ministra NancyAndrighi, Data de Julgamento: 15/10/2013, T3 – Terceira turma, Data de Publicação: 29/11/2013).

Não obstante, sabe-se que há posicionamentos contrários a estas decisões, segundo Luciana Dadalto (2013), a obrigação do médico, independente de sua especialidade, é agir de forma diligente e prudente. Nas cirurgias plásticas, por exemplo, o resultado não depende

somente da conduta do médico, mas de fatores externos, cuidados com o pós-operatório, aspectos hereditários, entre outros. Diante disso, o mesmo só poderá ser responsabilizado se não informar corretamente ao paciente sobre os riscos da intervenção.

No que tange a divisão da cirurgia plástica, algumas jurisprudências sentenciam pela obrigação de meio pertencente à cirurgia plástica reparadora e a obrigação de resultado à cirurgia plástica estética. Sendo de meio, o médico não responde pelo resultado não satisfatório, embora tenha que agir com diligência e prudência, além de aplicar as técnicas médicas da melhor maneira possível. Por isso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais apresentou o seguinte parecer:

> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - **CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA - OBRIGAÇÃO DE MEIO -** AUSÊNCIA DE ILÍCITO A cirurgia plástica reparadora é obrigação de meio e não de resultado. Tratando-se de cirurgia reparadora e **ausente prova de negligência, imprudência ou imperícia do médico, não há ato ilícito indenizável**. (Grifo nosso). (TJ-MG - AC: 10145095577758001 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 24/04/2013, Câmaras Cíveis / 11ª Câmara Cível, Data de Publicação: 29/04/2013).

Recentemente, o Tribunal de Justiça de São Paulo também decidiu pelo mesmo posicionamento:

> EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO MÉDICO – **CIRURGIA PLÁSTICA REPARADORA DE ABDOMEN PÓS CIRURGIA BARIÁTRICA** – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - CICATRIZES APARENTES – **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO CIRURGIÃO - OBRIGAÇÃO DE MEIO - PROVA TECNICA QUE AFASTOU CONDUTA CULPOSA DO CIRURGIÃO PLÁSTICO** – PRETENSÃO INDENIZATÓRIA AFASTADA – INCONFORMISMO DA AUTORA NÃO ACOLHIDO - CONDENAÇÃO DO PLANO DE SAÚDE NO CUSTEIO DE NOVA CIRURGIA PARA MINIMIZAR AS CICATRIZES – PEDIDO NÃO FORMULADO NA INICIAL – PROVIMENTO JURISDICIONAL EXTRA PETITA - SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RESULTADO: Apelação da autora desprovida; apelação da ré provida. (Grifo nosso). (TJ-SP - APL: 00168943020108260510 SP 0016894-30.2010.8.26.0510, Relator: Alexandre Coelho, Data de Julgamento: 28/10/2015, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/10/2015).

Em relação às cirurgias plásticas estéticas, encontram-se, nos tribunais, julgados favoráveis ao dever do médico em indenizar pelo resultado. De acordo com o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a relatora Teresa Cristina da Cunha Peixoto estipulou um quantum indenizatório de R$18.000,00 (dezoito mil reais) e a sentença foi pela:

> EMENTA: **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CIRURGIA PLÁSTICA - RESULTADO NÃO ALCANÇADO** - DEVER DE INDENIZAR - CLÍNICA ESTÉTICA - RESPONSABILIDADE - ARBITRAMENTO. [..]. É devida a indenização por danos morais quando caracterizado o abalo psíquico da ofendida, oriundo de cirurgia plástica, cujo **resultado pretendido não foi alcançado, demonstrando a negligência do médico. A clínica médica mantém com o paciente que realiza em suas dependências cirurgia plástica relação de consumo, pelo que a sua responsabilidade no evento danoso é objetiva**. [...]. (Grifo nosso). (TJ-MG 200000046246240001 MG 2.0000.00.462462-

4/000(1), Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Data de Julgamento: 13/04/2005, Data de Publicação: 21/05/2005).

Diante dos posicionamentos dos tribunais, percebe-se que nem sempre há consonância entre doutrina e jurisprudência. Embora, seja justificada, uma vez que, novas situações fáticas surgem a cada dia. Nesse sentido, cabe ao ordenamento jurídico brasileiro estar atento e aberto a mudanças. Contudo, pelos pareceres já pacificados torna-se possível depreender certas conclusões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, a presente pesquisa pôde demonstrar a caracterização do erro médico e da sua conseguinte responsabilidade civil, tendo em vista, a relevância e atualidade da temática. A medicina é uma área que requer a atenção e atuação de ambas as partes, isto é, médico e paciente devem agir com todo o cuidado necessário a fim de alcançar o sucesso do tratamento.

Dessa forma, abrindo-se vistas aos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, o erro médico somente se configura quando este agir de forma negligente, imperita ou imprudente. Para que haja a responsabilidade civil médica, o mesmo deve praticar o erro médico ou agir de forma destoante a conduta do padrão esperado. Por este motivo, grande parte das jurisprudências, analisadas entre os anos de 2014 a 2016, sentencia pelo não provimento ao erro médico e da sua consequente responsabilidade civil.

Outro aspecto crucial foi a configuração da responsabilidade objetiva para os estabelecimentos/Estado e subjetiva para o profissional médico. Na primeira, há a presunção da culpa, sendo necessária para a indenização, apenas a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do agente causador do dano e a lesão causada à vítima. Em contrapartida, na responsabilidade subjetiva necessita-se que a vítima, a fim de ser indenizada, comprove, além do nexo causal, o dolo ou a culpa do responsável pelo dano.

Contudo, doutrina e jurisprudência asseguram a possibilidade de inversão do ônus da prova na responsabilidade subjetiva. Como analisado, a responsabilidade civil médica possui dois tipos de obrigação: de meio, para as cirurgias em geral e de resultado para as cirurgias plásticas. À vista desse último, o juiz pode sentenciar pela hipossuficiência do paciente, devendo o médico provar que agiu em consonância com a boa conduta médica.

Embora envolta de inúmeras controvérsias, depreendeu-se que a cirurgia plástica se subdivide em: cirurgia plástica reparadora, na qual o médico assume obrigação de meio, uma vez que, não se compromete com o resultado, restaurando apenas imperfeições decorrentes do nascimento ou adquiridas ao longo da vida e cirurgia plástica estética, em que o médico responde pelo resultado não alcançado.

Ademais, é imprescindível a averiguação das excludentes da responsabilidade médica. Como apresentado, nos posicionamentos doutrinário e jurisprudencial existem fatores genéticos, complicações, intercorrências médicas, reação de cada organismo, diligência do paciente no pós-operatório, sequelas, queloides e afins (para a cirurgia plástica) e fatores externos que escapam do atuar médico. Portanto, cabe a ele a exoneração da culpa.

Em suma, como qualquer outro profissional, o médico também está sujeito ao erro, sobretudo, pelos riscos em torno das cirurgias. Contudo, o mesmo possui o intuito de salvar vidas e, por isso, deve agir da melhor maneira possível, a fim de alcançar um resultado satisfatório. Inadmite-se, portanto, que o profissional da medicina aja com imprudência, negligência e imperícia nos procedimentos, ou ainda, em desconformidade com o padrão esperado, que na ocorrência, pode resultar em sua responsabilidade civil e indenização à vítima. Desse modo, cabe ao profissional agir com o todo zelo e prudência necessários para a prática da medicina.

REFERÊNCIAS

ÁRIAS, Elisangela Fernandez. Responsabilidade civil do médico cirurgião plástico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 23, nov. 2005. Disponível em <http://www.a mbito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=142>. Acesso em 16 jan. 2016.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Arts. 14 e 34, CDC. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ leis/l 8078.htm>. Acesso em 12 fev. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica – Res. (1931/2009) – Capítulo III – Responsabilidade profissional. Disponível em <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=20658:codigo-de-etica-medica-res-19312009-capitulo-iii-responsabilidade profissional&catid= 9: código- etica-medica-atual&Itemid=122>. Acesso em 13 jan. 2016.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1.621/2001. Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2001/1621_2001.htm>. Acesso em 14 fev. 2016.

_____. **Código Civil.**Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Arts. 186, 187, 927 e 951, CC. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406. htm>. Acesso em 12 fev. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Ceará**. Apelação Cível nº 0477048-76.2010.8.06.0001 - CE, da 2ª (segunda) Câmara Cível. Relator: Tereza Neumann Duarte Chaves. Data de Publicação: 02 dez. 2015. Disponível em <http://tj-ce.jus brasil. com.br/jurisprudencia/263712374/apelacao-apl-4770487620108060001-ce-0477048-7620108060001>. Acesso em 12 fev. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais.** Apelação Cível nº 462.462-4 - MG 2.0000.00.462462-4/000(1). Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto. Data de Julgamento: 13 abr. 2005. Data de Publicação: 21 abr. 2005. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5847023/200000046246240001-mg-200 0000462462-4-000-1>. Acesso em 13 fev. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível nº1. 0145.09.557775-8/001 - Comarca de Juiz de Fora - MG, da 11ª (décima primeira) Câmara Cível. Relator: Alexandre Santiago. Data de Julgamento: 24/04/2013. Data de Publicação: 29/04/2013. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil. com.br/jurisprudencia/ 114880301/apelacao-civel-ac10145095577758001-mg>.Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Paraná.** Apelação Cível nº 156986600, da 6ª (sexta) Câmara Cível. Relator: Anny Mary Kuss. Data de Publicação: 28 ago. 2000. Disponível em <http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5847023/ 2000000462462 40001-mg-2000000462462-4-000-1>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Apelação Cível nº 70064800360, Comarca de Guaíba - RS, da 9ª (nona) Câmara Cível. Relator: Eugênio Facchini Neto. Data de Julgamento: 24 jun. 2015. Data de Publicação: Diário da Justiça em 26 jun. 2015. Disponível em <http://tj-rs.jusbrasil. com.br/juris prudencia/202441 751/apelacao-civel-ac-70064800360-rs>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 0016894-30.2010.8.26.0510 - Comarca de Rio Claro – SP, da 8ª (oitava) Câmara de Direito Privado. Relator: Alexandre Coelho. Data de Julgamento: 28 out. 2015. Data de Publicação: 29 out. 2015. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurispru dencia/253380009/apelacao-apl-16894302010826051 0-sp-0016894-3020108260510>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 0036335-78.2001.8.26.0100 - Comarca de São Paulo – SP, da 2ª(segunda) Câmara de Direito Público. Relator: Luís Geraldo Lanfredi. Data de Julgamento: 01 set. 2015. Data de Publicação: 16 nov. 2015. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil. com.br/jurispru dencia/262327404/apelacao-apl-363357820018260100-sp-0036335-782001826010 0>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 0047398-85.2009.8.26.0564 - SP, da 2ª (segunda) Câmara de Direito Público. Relator: Carlos Violante. Data de Julgamento: 09 set. 2015. Data de Publicação: 09 set. 2015. Disponível em <http://tjsp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230679575/ apelacao-apl-473988520098260564-sp-0047398-8520098260564>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 0016685-51.2011.8.26.0114 – Comarca de Campinas –SP, da 8ª (oitava) Câmara de Direito Público. Relator: Leonel Costa. Data de Julgamento: 17 fev. 2016. Data de Publicação: 18 fev. 2016. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurispru dencia/306854696/apelacao-apl-166855120118260114-sp-0016685-512011826011 4>. Acesso em 19 fev. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Apelação com Revisão - CR: 58 5.313-4/0-00, da 6ª (sexta) Câmara de Direito Privado, Comarca de São Paulo. Relator: VitoGuglielmi. Data de Julgamento: 21 ago. 2008. Data de Publicação: 01 set. 2008. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3366768/apelacao-com-revisao-cr-5853134000-sp>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível nº 2003874-71.2014.8.26.0000 - Comarca de São Paulo – SP, 8ª (oitava) Câmara de Direito Privado. Relator: Salles Rossi. Data de Julgamento: 21 out. 2015. Data de Publicação: 21 out. 2015. Disponível em <http://tj-sp.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/ 253702856/agravo-de-instrumento-ai-20038747120148260000-sp-2003874-71201 48260000/inteiro-teor-253702872>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Tribunal de Justiça de Rondônia.** Apelação Cível nº 0005474-11.2010.822.0002 - RO, da 2ª (segunda) Câmara Especial. Relator: Desembargador Walter Waltenberg Silva Junior. Data de Julgamento: 31 mar. 2015. Data de Publicação: 09 abr. 2015, Diário Oficial. Disponível em <http://tj-ro.jusbrasil.com.br/ jurisprudencia/295396807/apelacao-apl-54741120108220002-ro-0005474-1120108 220002>. Acesso em 10 jan. 2016.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial – Resp nº 1.104.665 - RS 2008/0251457-1, da 3ª (terceira) turma – T3. Relator: Ministro Massami Uyeda. Data de Julgamento: 09 jun. 2009. Data de Publicação: 04 ago. 2009. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062245/recurso-especial-resp-1104665-rs-2008-0251457-1>. Acesso em 12 jan. 2016.

_____. **Supremo Tribunal de Justiça**. Recurso Especial – Resp nº 1395254 - SC 2013/0132242-9, da 3ª (terceira) turma – T3. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 15 out. 2013. Data de Publicação: 29 nov. 2013. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/101790779/djba-caderno4-08-10-2015-pg-235/p dfView>. Acesso em 13 fev. 2016.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Responsabilidade civil médica nas cirurgias plásticas estéticas e o termo de consentimento livre e esclarecido. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em <http://www.ambito-juridico. com.br / site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12704&revista_caderno=7>. Acesso em 20 nov. 2015.

CASTRO, João Monteiro de. **Responsabilidade civil do médico**. São Paulo: Método, 2005.

CHADE, Jamil. **Pela primeira vez, Brasil lidera ranking de cirurgias plásticas no mundo: País superou EUA e hoje representa 13% de todas as operações para fins estéticos.** ESTADÃO. 29 jul. 2014. Disponível em <http://saude.estadao.com. br/noticias/geral,pela-primeira-vez-brasil-lidera-ranking-de-cirurgias-plasticas-no-mun do,1535510>. Acesso em 10 jan. 2016.

CHENQUER, Paulo Ricardo. **O Erro Médico, CDC e a Jurisprudência.**(s.d.)Disponível em <http://advocaciachenquer.adv.br/artigos/o-erro-medico,-o-cdc-e-a-ju risprudencia -19>. Acesso em 10 fev. 2016.

COELHO, Aislan de Souza. **A responsabilidade civil do médico cirurgião plástico**. (s.d.) Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files /anexos/9654-9653-1-PB.pdf>. Acesso em 16 nov. 2015.

DADALTO, Luciana. **Repensando a responsabilidade civil na cirurgia plástica estética.** 12 nov. 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br /dePeso/16,MI 190194,71043-Repensando+a+responsabilidade+civil+na+cirurgi a +plastica+estetica>. Acesso em 15 nov. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. 17. ed.Vol.7. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O estado atual do Biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil:** responsabilidade civil. 10. ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Júlio Cézar Meirelles; FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico**. (s.d.) Disponível em <http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/ParteIVerromedico>. Acesso em 10 jan. 2016.

GOMES, Júlio Cézar Meirelles. **Erro Médico: Reflexões**. (s.d.). Disponível em <http: //revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/viewFile/459/342>.Acesso em 15 nov. 2015.

GONÇALVES, Eliane Freitas; FRANCO, Mirne Aparecida. Erro médico e a dignidade da pessoa humana. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos _leitura&artigo_id=12307>. Acesso em 15 jan. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** Responsabilidade civil. 7. ed. Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2012.

KFOURI NETO, Miguel. **Responsabilidade Civil do Médico.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARQUES, Maria Clara Vergara. **Responsabilidade civil do médico nos casos de cirurgia plástica embelezadora.** 20 jun. 2011. Disponível em <http://www 3. pu crs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos20111/maria_marques.pdf>. Acesso em 15 nov. 2015.

OLIVEIRA, Daniele Ulguim. A responsabilidade civil por erro médico. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 59, nov. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridic o.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3580>. Acesso em 14 jan. 2016.

OLIVEIRA. Samara Moura Valença. **A Responsabilidade Civil do médico sob uma análise crítica em busca da maior proteção dos interesses e direitos do consumidor lesado em função do**

insucesso de cirurgia plástica estética. Salvador, 2013. Disponível em <http://docplayer.com.br/13640093-Www-conteudo juridico-com-br-universidade-federal-da-bahia-faculdade-de-direito-programa-de-gra duacao-em-direito-samara-moura-valenca-de-oliveira.html>. Acesso em 16 fev. 2016.

QUEIROZ, Marcio. **Erro médico sob a ótica do direito civil constitucional: estudo de casos.** Rio de Janeiro, 2014. Disponível em <http://tauil.jusbrasil. com. br/artigos/114413885/erro-medico-sob-a-otica-do-direito-civil-constitucional-estudo-e-casos>. Acesso em 10 jan. 2016.

QUEIROZ, Rodrigo César Falcão Cunha Lima de. Responsabilidade civil subjetiva nos procedimentos estéticos: cirurgia plástica e obrigação de meio. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo id= 11602>. Acesso em 13 fev. 2016.

REIS, Filipe de Abreu. **A Responsabilidade Civil.** 2014. Disponível <http://rcsantos695.jusbrasil.com.br/artigos/112209728/a-responsabilidade-civil>. Acesso em 19 jan. 2016.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. 19. ed.Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2002.

SABRINO, Ana Carolina Melo Coelho. **A responsabilidade civil objetiva no Código de Defesa do Consumidor.** 28 set. 2012. Disponível em <http:// www.egov. ufsc.br/portal/conteudo/responsabilidade-civil-objetiva-no-c%C3% B3digo-de-defesa-do-consumidor>. Acesso em 03 fev. 2016.

SANTOS, Reginaldo. **A Responsabilidade Civil**. 2014. Disponível em <http://rcsa ntos695.jusbrasil.com.br/artigos/112209728/a-responsabilidade-civil>. Acesso em 22 jan. 2016.

SOUZA, Neri Tadeu Câmara. **Responsabilidade Civil e Penal do Médico.** 3. ed. São Paulo: Lzn, 2003.

A ESTABILIDADE DA GESTANTE E ASÚMULA 244 DO TST

WETTERMANN, Ana Claudia[1]
VIEIRA, Ellen Stefani Benites[2]
SILVA, Juliane Teixeira da[3]

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo analisar os aspectos relevantes acerca da discussão em torno do direito à estabilidade da gestante no curso do aviso prévio, principalmente após o advento da Súmula 244 do TST, em razão da divergência existente na jurisprudência dos tribunais trabalhistas superiores com relação ao tema, haja visto que se firmou o entendimento de que não há a necessidade de prévia comunicação ao empregador acerca da descoberta da gravidez. Também serão abordados os principais pontos relacionados ao contrato de trabalho, instituto que está intimamente ligado ao objeto de estudo deste artigo.

Palavras-Chave: Contrato de Trabalho, Estabilidade, Gravidez.

THE STABILITY OF PREGNANT AND PRECEDENT 244 OF TST

ABSTRACT

This article aims to analyze the relevant aspects about the discussion on the right to pregnant stability in the course of notice, especially after the advent of Precedent 244 of the TST, due to the divergent decisions of labor courts regarding the issue, given the fact that it confirmed the understanding that there is no need for prior notice to the employer about the discovery of pregnancy. Also will be discussed the main points related to the employment contract, an institute that is closely linked to the subject matter of this article.

Keywords: Labor contract, Stability, Pregnancy.

[1] Acadêmica Ana Claudia Wettermann, do curso de Direito – UDC.
[2] Acadêmica Ellen Stefani Benites Vieira, do curso de Direito – UDC.
[3] Acadêmica Juliane Teixeira da Silva, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O tema em questão – a estabilidade da gestante – apresenta enorme discussão nos tribunais superiores, mesmo após a edição da Súmula 244 do Tribunal Superior do Trabalho, que firmou o entendimento de que a confirmação da gravidez independe de comprovação perante o empregador.

A discussão em torno do tema se dá no que diz respeito a ocorrência ou não da estabilidade provisória no curso do aviso prévio, motivo que contribui para a insegurança jurídica eis que os tribunais superiores manifestam entendimentos divergentes no tocante a este ponto.

Sobretudo, há de se salientar que a proteção ao emprego da gestante tem previsão no artigo 10, inciso II, alínea "b" do Ato das Disposições Constitucional Transitórias, e se dá em razão da proteção do nascituro e para que a mãe possa recuperar-se devidamente do parto e cuidar da criança durante os seus primeiros cinco meses de vida.

O tipo de pesquisa utilizada foi o método dedutivo, em que foram realizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais para embasar as explanações apresentadas.

2 O CONTRATO DE TRABALHO

O contrato individual de trabalho, basicamente, é o acordo tácito ou expresso, correspondente a relação de emprego. A doutrina, através de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante[1], o define como:

> Negócio jurídico em que a pessoa natural, na qualidade de empregado, se obriga, mediante o pagamento de salário, a prestar trabalho não eventual para outra pessoa, natural ou jurídica, denominada empregador, a quem fica juridicamente subordinada.

Já a CLT traz a definição de contrato individual de trabalho em seu artigo 442, inserindo-o no âmbito da autonomia privada.

Quanto à sua duração, o contrato de trabalho pode ser dividido em duas espécies: por prazo indeterminado ou por prazo determinado, conforme o artigo 443 da CLT.

[1] JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

O primeiro é aquele em que as partes não estipulam seu prazo de duração, ou seja, não prefixam um termo extintivo. Sérgio Pinto Martins[1] acrescenta que "o contrato de trabalho por prazo indeterminado não é, porém, um contrato eterno, mas apenas que dura no tempo".

Já o segundo é aquele em que as partes manifestam a vontade de não se ligarem indefinidamente e sabem de antemão que se desligarão automaticamente. Acerca deste instituto, Orlando Gomes e Elson Gottschalk[2] discorrem:

> Nem sempre é fácil, na prática, precisar se determinada relação jurídica de trabalho é constituída a prazo determinado ou indeterminado. Um contrato de trabalho celebrado para vigorar dois anos é, evidentemente, um contrato a prazo fixo. Nenhuma dificuldade há em sua caracterização. Mas há contratos por prazo determinado cujo termo é incerto.

Portanto, quando o prazo do contrato é incerto, sua duração pode ser fixada por unidade de tempo ou pela natureza do serviço a ser executado, conforme disciplina a CLT, em seu artigo 443, §1º.

Importante destacar que a CLT, em seu artigo 445, estabelece que o contrato de trabalho por prazo determinado não poderá exceder o prazo de 02 (dois) anos, bem como o artigo 451 determina que o referido contrato somente pode ser prorrogado por uma vez, e, caso haja mais de uma prorrogação, tal contrato passará a ser por prazo indeterminado.

3 A ESTABILIDADE DA GESTANTE

As primeiras noções de estabilidade tiveram origem no serviço público haja visto que a Constituição Federal de 1824 proibia a dispensa de oficiais do Exército e das Forças Armadas, senão por sentença proferida por juízo competente. Essa ideia de estabilidade passou por diversas transformações durante o passar dos anos e passou a tratar também da estabilidade no setor privado, de acordo com o Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923.

Acerca de sua conceituação, Sérgio Pinto Martins analisa a estabilidade da seguinte maneira:

> A estabilidade é o direito do empregado de continuar no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, desde que inexista uma causa objetiva a determinar sua despedida. Tem, assim, o empregado o direito ao emprego, de não ser despedido, salvo determinação de lei em sentido contrário.

[1] MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 115.
[2] GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 190.

Dessa maneira, conclui-se que a estabilidade, assim como a indenização e o aviso prévio, constitui uma limitação ao poder de despedir do empregador.

Entretanto, há de se diferenciar a estabilidade da garantia de emprego, haja vista que a garantia de emprego está ligada a política de emprego, como por exemplo, medidas que asseguram o primeiro emprego a menores aprendizes, conforme consta no artigo 429 da CLT.

Quanto à sua classificação, a estabilidade pode ser dividida entre a decenal e a provisória. A primeira encontra-se amparada no artigo 492 da CLT, que prevê o direito a estabilidade àquele empregado, com mais de dez anos de serviço e não optante do FGTS na mesma empresa, exceto pelo cometimento de falta grave ou circunstancia de força maior, devidamente comprovado. Todavia, tal estabilidade foi extinta pela Constituição Federal de 1988, que tornou obrigatório o FGTS, mantendo-se apenas a estabilidade decenal a aqueles empregados que já possuíam direito adquirido antes da promulgação da atual Carta Magna.

Portanto, atualmente em nosso ordenamento jurídico vigoram apenas as hipóteses de estabilidades provisórias, que são aquelas que protegem o trabalhador, de maneira provisória contra a despedida arbitrária, enquanto ele gozar da estabilidade garantida por lei quanto a existência de alguma condição. Desta forma, entende-se que enquanto o empregado for estável e ocorrer sua dispensa, este deverá ser reintegrado ou indenizado, conforme a Súmula 386 do TST. Exemplo disso é a estabilidade conferida aos acidentados, dirigentes sindicais e, principalmente, à gestante.

Com base no artigo 10, inciso II, alínea “b” da ADCT, a empregada gestante não poderá ser dispensada, salvo por justa causa, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. É conferida a estabilidade a gestante em razão da proteção ao nascituro e também para que a mãe possa se recuperar do parto e cuidar da criança em seus primeiros meses de vida.

Quanto à confirmação da gravidez, existem duas teorias: a objetiva e a subjetiva. A primeira “é baseada na confirmação da gravidez para a própria empregada, logo, a estabilidade no emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador”, segundo Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante[1]. Já para os seguidores da segunda teoria, a empregada deve comprovar sua gravidez perante o empregador, por meio de apresentação de atestado médico ou exame laboratorial, por exemplo.

[1] JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2009. p. 311.

4 A ESTABILIDADE DA GESTANTE E A SÚMULA 244 DO TST

O Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a empregada não precisa comprovar sua gravidez perante o empregador, bastando haver a sua confirmação, conforme OJ nº 88 da SBDI-1, que posteriormente deu origem a Súmula 244, a seguir:

> SUM-244 GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs88 e 196 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
> I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT). (ex-OJ nº 88 da SBDI-1 - DJ 16.04.2004 e republicada DJ 04.05.2004)
> II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. (ex-Súmula nº 244 – alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)
> III - Não há direito da empregada gestante à estabilidade provisória na hipótese de admissão mediante contrato de experiência, visto que a extinção da relação de emprego, em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa. (ex-OJ nº 196 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000) [1]

Tal posicionamento do TST teve origem no julgamento no Supremo Tribunal Federal do AI nº 448572/SP, pelo voto do Ministro Celso de Mello, que entendeu que a gestante tem direito a estabilidade provisória, para efeito da inderrogável garantia social de índole constitucional, bastando a confirmação objetiva da gravidez, independente da prévia comunicação ao empregador.

Ressalta-se que a estabilidade só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade da gestante. Caso contrário, restringe-se apenas à indenização ao período de estabilidade.

Há divergência na jurisprudência quanto a possibilidade de a gestante possuir ou não estabilidade no curso do aviso prévio. Parte da jurisprudência manifesta-se favorável a estabilidade no curso do aviso prévio, fundamentando tal posicionamento no fato de que o aviso prévio faz parte do contrato de trabalho, para todos os efeitos legais, nos moldes do artigo 487 da CLT. Vejamos algumas importantes decisões a respeito do tema:

> ESTABILIDADE DA GESTANTE. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. EFEITO. A constatação de que o início da gravidez da empregada ocorreu durante o período relativo ao aviso prévio indenizado não afasta o seu direito à estabilidade provisória, pois a projeção dos efeitos desse período abrange todos os direitos ínsitos ao contrato de trabalho. Recurso Ordinário da reclamada a que se nega provimento.

[1] BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 244. Disponível em:<http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 30/03/2016.

> (TRT-2 - RO: 14567920125020 SP 00014567920125020067 A28, Relator: SIDNEI ALVES TEIXEIRA, Data de Julgamento: 19/02/2014, 8ª TURMA, Data de Publicação: 24/02/2014).[1]
>
> ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. AVISO-PREVIO. A SBDI -1 desta Corte já decidiu que - sendo o direito à estabilidade provisória da gestante reconhecido desde o momento da concepção, não há como se afastar a mencionada estabilidade no caso da concepção ter ocorrido no curso do aviso-prévio, uma vez que, no referido período, o contrato de trabalho ainda se encontra vigente. Precedentes. Recurso de revista de que não se conhece.
> (TST - RR: 2027006120095020068 202700-61.2009.5.02.0068, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 22/08/2012, 6ª Turma).[2]

Todavia, a parte da jurisprudência contrária à estabilidade da gestante durante o aviso prévio entende que a Súmula 371 do TST prevê apenas o direito a salários e vantagens correspondentes ao período e seus reflexos, não alcançando a estabilidade. É o que se extrai dos seguintes julgados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. GESTANTE. ESTABILIDADE. CONCEPÇÃO DURANTE O PERÍODO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. Agravo de instrumento a que se dá provimento para processamento do recurso de revista, por violação do art. 10, II, b, do ADCT. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. GESTANTE. ESTABILIDADE. CONCEPÇÃO DURANTE O PERÍODO DO AVISO-PRÉVIO INDENIZADO. Nos termos do art. 10, II, b, do ADCT, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante. Na hipótese em exame, no momento da dispensa, a reclamante não estava grávida. A concepção ocorreu quando o contrato de trabalho estava sob prorrogação em decorrência do aviso-prévio indenizado. Tal prorrogação tem seus efeitos limitados às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, assim entendidas: salários, reflexos e verbas rescisórias (Súmula nº 317, primeira parte, do TST). Acórdão em que se reconheceu a estabilidade provisória atenta contra a literalidade da norma constitucional. Recurso de revista conhecido e provido.
> (TST - RR: 709404020055040531 70940-40.2005.5.04.0531, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 13/05/2009, 1ª Turma,, Data de Publicação: 22/05/2009).[3]
>
> ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE. AVISO PRÉVIO INDENIZADO. No caso em tela, como a Autora engravidou no curso do aviso prévio indenizado, não tem direito à estabilidade provisória prevista na Súmula n.º 244 do TST, devendo ser considerado o entendimento da Súmula 371 do TST, o qual limita os efeitos do aviso prévio às vantagens econômicas obtidas no período de pré-aviso, ou seja, salários, reflexos e verbas rescisórias. Recurso de Revista não conhecido.
> (TST - RR: 569005320065150065 56900-53.2006.5.15.0065, Relator: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, Data de Julgamento: 25/03/2009, 2ª Turma,, Data de Publicação: 17/04/2009)[4]

[1]<http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25002002/recurso-ordinario-ro-14567920125020-sp-00014567920125020067-a28-trt-2>. Acesso em: 30/03/2016.
[2]<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22190695/recurso-de-revista-rr-2027006120095020068-202700-6120095020068-tst>. Acesso em: 30/03/2016.
[3]<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4159911/recurso-de-revista-rr-709404020055040531-70940-4020055040531>. Acesso em: 30/03/2016.
[4]<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3706057/recurso-de-revista-rr-569005320065150065-56900-5320065150065>. Acesso em: 30/03/2016.

Desta feita, de acordo com tal posicionamento, o contrato de trabalho se extingue no momento em que o empregador dispensa a empregada.

Já nas hipóteses de contrato de experiência, Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante[1]entendem que "em face do término do prazo, não constitui dispensa arbitrária ou sem justa causa", tendo em vista que predeterminação faz com que empregador e empregada tenham ciência do termo final da contratação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se ao finalizar o trabalho que no caso de a empregada engravidar no curso do aviso prévio, a proteção ao direito à vida do nascituro se sobrepõe ao direito potestativo de dispensa do empregador, em razão da previsão do ADCT em seu artigo 10, inciso II, alínea "b", somados ao artigo 7º, inciso I da Constituição Federal e artigo 487, §6º da CLT.

Dessa forma, ocorrendo tal situação o empregador deverá retratar-se de sua decisão, haja vista que o aviso prévio faz parte do contrato de trabalho, pois a OJ nº 82 do TST dispõe que a data de saída a ser anotada na CTPS é a do término do aviso prévio, ainda que indenizado. Deste modo, reconhecida a estabilidade da gestante, a mesma faz jus ao direito à reintegração.

Por fim, conclui-se que a tendência é de que os tribunais regionais pacifiquem o entendimento a favor da estabilidade da gestante no curso do aviso prévio, garantindo-se, portanto, uma maior segurança jurídica com o fim dos posicionamentos divergentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula 244. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 30/03/2016.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

[1]JORGE NETO, Francisco Ferreira. CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2009. p. 312.

OS EMBATES ENTRE O DIREITO À INFORMAÇÃO E DO DIREITO À PROPRIEDADE INTELECTUAL

LIMA, Layla Moreira[1]
FELL, Elizângela Treméa[2]

RESUMO

A partir das questões que envolvem o direito privado e coletivo é possível perceber os embates que tangem a questão da propriedade imaterial intelectual e da propriedade pública informacional. Dessa forma fica claro a necessidade de se discutir os mecanismos atuais de defesa de ambos e onde se encontram seus limites. O objetivo desse trabalho se pauta na discussão da ambição de algumas corporações e instituições, que se apropriam do conhecimento geral, desconsiderando todo o processo de produção deste conhecimento. Esse quadro torna-se instrumento de alienação e manipulação de um grande contingente populacional, motivada por grupos detentores de poder econômico e intelectual sendo assim necessário o entendimento motivacional dos defensores da informação livre. A metodologia utilizada para a formulação do artigo foi a dedutiva, onde do fato real chega-se à noção particular. Diante do exposto podemos concluir que, considerando o papel fundamental de ativistas e de fundações que lutam pela informação livre no meio cibernético, é preciso responsabilizar o estado e algumas corporações e instituições por serem coniventes com a alienação pública e a partir disso buscar uma solução possível que seja compatível com nosso sistema econômico e com o ideal de liberdade de informação.

Palavras-chave: Educação, Propriedade intelectual, Pirataria.

THE CONFLICTS BETWEEN THE RIGHT TO INFORMATION AND RIGHT TO INTELLECTUAL PROPERTY

ABSTRACT

From issues involving the private and collective right you can see the conflicts that concern the issue of intellectual property and intangible informational public property. Thus it is clear the need to discuss current defense mechanisms of both and where its limits. The aim of this work is guided discussion on the ambition of some corporations and institutions that appropriate general knowledge, disregarding the whole process of production of knowledge. This picture becomes alienation instrument and manipulating large populations, motivated by holders groups of economic and intellectual power must therefore be the motivational understanding of free information advocates. The methodology used for the formulation of the article was deductive, where the real fact comes to the particular notion. Given the above we can conclude that, given the fundamental role of activists and foundations that fight for free information in the cyber environment, we must charge the state and some corporations and institutions for being complicit with the public alienation and from that seek a possible solution that is compatible with our economic system and the ideal of freedom of information.

Keywords: Education, Intellectual property, Piratary.

[1] Acadêmica Layla Moreira Lima, do curso de Direito – UNIOESTE.
[2] Professora Doutora Elizângela Treméa Fell – Orientadora – UNIOESTE.

1 INTRODUÇÃO

Como já dizia Francis Bancon (1561-1626) em Meditationes Sacrae (1597) "*ipsascientiapotestas est*"- Conhecimento, por si só, é poder. Durante os séculos X e XIV europeus, correspondentes a Alta Idade média, o conhecimento era concentrado em um grupo minoritário de indivíduos que pertenciam ao mais alto escalão da instituição medieval, o Clero. Dessa forma, essas pessoas controlavam ideologicamente, tanto a organização do Estado, quanto a população deste.

Com a reforma protestante, provocada por Martinho Lutero (1483-1546), e com as inovações de Johannes Gutenberg (~1400-1468), na invenção da prensa móvel, o conhecimento tornou-se mais facilmente difundido e o desenvolvimento dessa tecnologia em particular foi extremamente importante para a ciência do povo comum sobre a principal ideologia que os cercava. Em função de todo esse cenário foi necessário que a igreja realizasse uma reforma interna a fim de não perder mais poder.

Após esse quadro de inicial democratização da informação, mais especificamente no século XVIII, com o advento do iluminismo, foi possível notar um grande avanço principalmente na área das ciências naturais, garantido à humanidade inclusive, importantes conquistas tecnológicas. Com o amadurecimento desses ideias, os principais idealizadores do positivismo, tal Auguste Comte (1798-1857), acreditavam no desenvolvimento do capitalismo e da sociedade industrial, garantindo a evolução da humanidade, inclusive no sentido racional.

Sob o ponto de vista da fundação do pensamento liberal, a democratização do ensino e automaticamente, da informação, mostra-se necessária para o progresso científico. Sem essa intenção inicial muitos intelectuais importantes para o pensamento contemporâneo, não teriam como particularmente financiar a escolarização e assim contribuir para o progresso da humanidade.

Hoje, no século XXI, não vivemos uma realidade muito diferente, conhecimento continua sendo sinônimo de poder. Com o desenvolvimento da rede mundial de computadores a facilidade com que a informação vem sido difundida, facilitou o acesso a conteúdos culturais e educacionais, conferindo uma realidade muito mais mutável a quem não tem condições econômicas de frequentar determinado espaço educacional privilegiado. No entanto, mesmo que observado um grande avanço nos intercâmbios informacionais, determinados domínios infligem tratados internacionais que garantem a proteção à propriedade intelectual e aos direitos autorais, conferindo importantes questões a serem resolvidas.

Em matéria publicada no G1[1] no dia 5 de Fevereiro de 2016 o Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenções Arbitrárias publicou suas conclusões sobre o caso de Julian Assange, exilado há três anos e meio na baixada do Equador, em Londres. Assange é um dos idealizadores do site Wikileaks que desde dezembro de 2006 pirateia informações sobre instituições, estados e organizações.

O caso de Assange é um dos vários de idealistas que foram punidos por seus ideais de difusão da informação livre e que motivou o objetivo desse artigo, levantando importantes questões como: Como se configura, nos tempos atuais, a garantia de direito ao patrimônio cultural e o direito à propriedade intelectual? Seria o patrimônio cultural humano eticamente passível de mercantilização? Qual o papel dos governos no desenvolvimento do patrimônio cultural e informacional e na remuneração dos envolvidos?

A partir dessa problemática, domínios como *Wikileaks*, *The piratebay*, *Pop* corn time e outros tem uma política de democratização comparável aos tempos da prensa móvel. Mais que um site de *downloads* é a possibilidade de tornar público o acesso à informação e a produção cultural contemporânea.

Conforme o artigo 5º, IX da Constituição Federal brasileira e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 26 e 27, o direito à educação torna-se responsabilidade fundamental do Estado, tanto na disponibilidade, quanto no facilitado acesso para garantir o desenvolvimento da paz e de todas as pessoas, cujo direito de fazer parte da vida cultural humana não pode ser negado.

A partir do reconhecimento dessas informações e da resolução das questões principais, percebemos a importância da garantia da informação livre, mas também a igual importância de reconhecimento da produção do autor. É possível garantir ambos, mas não deveria jamais ser negado o direito de evolução.

2 O DIREITO PATRIMONIAL

Primordial na construção da ideologia econômica atual, o direito patrimonial é uma das partes que mais influencia o imaginário social e que fundamenta diversas irregularidades no direito comum, as vezes até se contrapondo com alguns direitos fundamentais. O direito

[1] Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/02/onu-considera-que-detencao-do-fundador-do-wikileaks-e-arbitraria5.html>

patrimonial, como definição, se encontra singular, de maneira que para cada um dos envolvidos existe um titular determinado, com exclusão de todos os demais. Dessa forma, apenas os primeiros são reconhecidos em igual forma e medida, e aos outros envolvidos resta a desigualdade, tanto qualitativa quanto quantitativa.

O direito patrimonial, no entanto, é confundido com o direito fundamental de "ser proprietário" o segundo se encontra sujeito do primeiro, e em matéria de direito, os direitos fundamentais são inalienáveis. Para a subprocuradora-geral da República e coordenadora da 6ª Câmera de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, Deborah Duprat:

Os direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei. Assim, enquanto os direitos fundamentais são normas, os direitos patrimoniais são predispostos por normas. Aqueles decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional, enquanto estes dependem da intermediação de um ato. De modo que esses direitos, a par de não serem equivalentes, têm, entre si, relação óbvia de hierarquia, homologada pelo próprio texto constitucional. (DUPRAT, 2006)

Dessa forma, a ideia defendida pela matéria de propriedade intelectual, que todo conhecimento ou produção deva ser comercializado livre e obrigatoriamente para a população leva a um segundo pensamento do que de fato essas empresas estão se beneficiando. Se existe uma produção genuinamente impar no meio intelectual e quem financia o conhecimento.

Para o filósofo Noam Chomsky a propriedade intelectual se comporta como um eufemismo para direitos de preços de monopólios instituídos pelo governo. Enquanto o Estado investe em educação, segurança e saúde, investe ao mesmo tempo em futuros monopólios do conhecimento produzido em instituições estatais. No Brasil os contribuintes que pagam pelo ensino superior e pela pesquisa realizada nesses institutos e seguindo pela lógica capitalista, quem deveria se beneficiar diretamente do produto são seus investidores, o que não é a realidade. Usando como argumento a indústria farmacêutica, Chomsky afirma que:

> Propriedade intelectual significa direitos de patente extraordinariamente altos que nunca existiram na história, para as corporações farmacêuticas e algumas outras para manter o preço das drogas altos e os lucros astronômicos. Existe um pretexto, as empresas farmacêuticas dizem "nós precisamos disso (investimento público) para pesquisa e desenvolvimento" isso tem sido investigado, acontece que pelo menos metade da P&D não é feita pelas empresas farmacêuticas, é feita pelo setor estatal.

Desse modo há discussões que levam uma decisão judicial internacional a derrubar "piratas", organizações políticas e transnacionais, ativistas estes que defendem o acesso livre a informação, pois é de direito fundamental do cidadão tomar parte para com o que contribui. O famoso caso do Wikileaks, do The piratebay e outras fundações/organizações precisam ter uma

visão diferente da sociedade civil, pois não se configuram como "fora da lei" por interesse da sociedade e sim de detentores de conteúdos produzidos historicamente e financeiramente por essa sociedade, precisa-se então ser discutido se a lei é justa e a quem ela beneficia.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A PIRATARIA

A pirataria moderna, que inclui a distribuição, exposição à venda ou distribuição, configura caráter criminal no Brasil. São dispositivos que defendem claramente o Direito à propriedade que claramente não consideraram de fato os direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 tem a responsabilidade de traçar princípios fundamentais ao funcionamento do Estado. Para o Ministro do STF Celso de Mello a Constituição apresenta um forte caráter de supremacia:

> Esse postulado fundamental de nosso ordenamento normativo impõe que preceitos revestidos de menor grau de positividade jurídica guardem, necessariamente, relação de conformidade vertical com as regas inscritas na Carta Política, sob pena de ineficácia e consequente inaplicabilidade. Atos inconstitucionais são, por isso mesmo, nulos e destituídos, em consequência, de qualquer carga de eficácia jurídica. (STF, Pleno, ADIn 652-5-QO/MA, Rel. Ministo Celso de Mello, v. u., j. em 2-4-1992, DJ de 2-4-1993, Ementário de Jurisprudência n. 1698-03 apud BULOS, 2015, p. 138)

Especificamente no Art.5º, IX, o legislador assegura a todos os cidadãos "IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;" Já em na Declaração Universal Dos Direitos Humanos, é ressaltado importantes objetivos a serem trilhados para o desenvolvimento da sociedade. Nesse documento, no Art. 26, inciso I e II:

> Artigo 26 I. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional deve ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito.
> II. A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz.

Já no Art.27 desse mesmo documento:

> Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.

Mesmo havendo descompromisso com a Constituição Federal e com a Declaração Universal Dos Direitos Humanos, outros legisladores que não levaram em consideração o objetivo principal dessas cartas, que é claramente a garantia de uma liberdade informacional à população brasileira e mundial. Encontramos dispositivos como as Leis 9.456/97, 9.609/98, 9.610/98, que instituem, respectivamente a Lei de Proteção de Cultivares, a proteção da Propriedade intelectual de programa de Computador e sua comercialização no País tal qual a última que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais da terceira.

Já em 19 de fevereiro de 1998, com o advento da Lei 9.609, para a proteção da propriedade intelectual nos programas de computador, o Direito Intelectual passa a ter maior proteção legal, nesse dispositivo, discorrido no Capítulo II, da Proteção aos Direitos do Autor e do Registro, Art. 2º, §§1º e 2º

> Art. 2º O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei.
> § 1º Não se aplicam ao programa de computador as disposições relativas aos direitos morais, ressalvado, a qualquer tempo, o direito do autor de reivindicar a paternidade do programa de computador e o direito do autor de opor-se a alterações não-autorizadas, quando estas impliquem deformação, mutilação ou outra modificação do programa de computador, que prejudiquem a sua honra ou a sua reputação.
> § 2º Fica assegurada a tutela dos direitos relativos a programa de computador pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação.

Na Lei 9.610 da mesma data que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais, dá outras providências a lei 9.609, onde, principalmente no Art. 7º desse dispositivo fica assegurado:

> Art. 7º São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.

Como demonstrado nos incisos desse artigo, programas de computador, Conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; Obras artísticas sejam elas literárias, plásticas, fotográficas, traduções ou musicais, e especificamente, como diz o artigo constituem propriedade intelectual, e como assegurado no inciso XIII desse mesmo artigo, as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

Já a Lei 10.695, de 1 de julho de 2003 adere a noção punitiva a quem viola os direitos de autor, aumentando inclusive a pena a quem o infringir, antes prevista na Lei 9.610. O Art. 184 desse documento garante penas de até 4 anos de prisão, e/ou multa para aqueles que a

infringirem, realizando a reprodução total ou parcial da obra intelectual com intuito financeiro, direto ou indireto, sem autorização expressa sob o bem intelectual.

A intenção é mostrar que mesmo em confronto com tratados internacionais e preceitos nacionais o Direito a propriedade configura ainda bases demasiadamente solidas para ser confrontado. É necessário que essas leis sejam revistas e que ambos os lados, tanto do produtor, quanto do cidadão, sejam considerados.

4 O PARADIGMA DO ACESSO LIVRE À INFORMAÇÃO

Com o nascimento do direito à propriedade intelectual instituído no século XIX, após a revolução industrial, a propriedade abstrata passa a ter proteção legal, sendo aconselhado legalmente a criação de patentes para todo o bem intelectual comercial produzido. Dessa forma, a concessão de patentes mostra-se benéfica exclusivamente a uma parcela ínfima da comunidade científica e para a economia do país em que é patenteada.

A OMPI (Organização Mundial de Propriedade Intelectual) tem por objetivo promover a proteção da atividade intelectual criativa e a facilitação da transferência de tecnologia relacionada à propriedade industrial para os países em desenvolvimento de forma a acelerar seu desenvolvimento econômico, social e cultural, constitui um importante órgão internacional, junto à OMC (Organização Mundial do Comércio) na intenção de tornar viável o progresso econômico mundial. No entanto, mesmo com essa intenção utópica, os envolvidos não se preocupam com o papel social da produção intelectual, fazendo com que parte da comunidade científica se envolva na intenção de garantir o desenvolvimento da informação.

Um estudo publicado pela Seton Hall University, em 2011, demonstra os problemas do alto custo de jornais científicos prejudicando o desenvolvimento dos estudantes universitários daquela instituição (ROSE-WILES 2011). Diante desse quadro, que também pode ser aplicado a demais instituições, o observou-se desde o início do século XX um cenário um tanto excluso, de difícil acesso e comunicação entre os projetos e seus produtores. A partir dessa adversidade houve o surgimento das NTIC (Novas Tecnologias de Informação e Comunicação), traçando alternativas para facilitar o acesso aberto às Iniciações científicas.

Em outubro de 1999, foi realizada a convenção da *Open Archives Initiative* (Iniciativa de Arquivos Abertos - tradução livre) em Santa Fe (Novo México) que iniciou o interesse em facilitar ao público arquivos e-print às organizações interessadas na prestação de serviços, tais como interfaces de busca ou citação aberta, com base nos dados daqueles arquivos. Quatro

anos após, em Berlim foi definido, para as universidades europeias, diretrizes de como disponibilizar a produção científica na união europeia, o que refletiu muito na educação brasileira.

À importância do ocorrido na Europa, no dia 13 de setembro de 2005, o Brasil se manifestou a favor de apoiar o acesso livre à iniciação científica. Nessa reunião foram discutidas, com as comunidades científicas nacionais, a importância das recomendações constantes do manifesto brasileiro, a construção de repositórios institucionais e publicações de acesso livre, inclusive foi discutido o estabelecimento de uma Política Nacional de Acesso livre e também outros assuntos que abrigam a viabilidade do projeto.

A partir dessas reuniões foi possível estabelecer um projeto ideal de compartilhamento livre do conhecimento científico produzido nas universidades. Deu-se assim a criação de repositórios estatais como a CoPrints (Cognitiv Science Eprin Archive), NSCTRL (Networked Digital Library o The sisan Dissertations), SCIelo (Scientifi Electronic Library Online)- de âmbito internacional - e de instituições como CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), IBICT (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia) - de âmbito nacional - que têm a fundamental importância de viabilizar à pesquisa científica em território nacional diretamente, ao progresso da intelectual da humanidade, mostrando assim o compromisso adverso do estado em privatizar o conhecimento.

5 A BATALHA DOS DEFENSORES DA INFORMAÇÃO LIVRE

Além das intenções estatais - motivadas pela comunidade científica - de democratizar a informação, outras instituições filantrópicas mostraram-se fortemente interessadas em integrar o projeto de acesso livre à informação, mas agora colocando em risco f5inanceiro e estrutural grandes empresas, Estados nacionais, bancos, personalidades, e enfim, ampliando o projeto de acesso livre em níveis jamais imaginados na história mundial, sendo inclusive taxados de terroristas, assassinos, subversivos e criminosos. Estamos falando de domínios e grupos ativistas como Wikileaks, The pirateBay (Partido Pirata), Anonymous, o mais novo Sci-hube outros aparentemente inofensivos como o Wikipedia e o Pop Corn Time. No entanto todos eles têm a mesma intenção, colaborar na construção e desenvolvimento da democracia real, de uma forma transparente e justa.

Parafraseando a definição do Wikipedia (pt.wikipedia.org/wiki/Partido_Pirata), o Partido Pirata é uma instituição que utiliza como bandeira a luta contra as atuais leis de

propriedade intelectual e industrial, incluindo copyright e patentes, contra a violação do direito à privacidade e a favor do respeito ao domínio público, da promoção de práticas de *copyleft*, dos sistemas operativos livres e das práticas do compartilhamento. O partido pirata teve sua fundação na intenção de primeiramente manter o domínio do The PirateBay (auto-intutulado"*O trackerBitTorrent mais resiliente da galáxia")* sem maiores complicações, deu-se na Suécia e assim mantém seus ideais na proteção política desse Estado. Defendem os direitos civis, da democracia direta, do compartilhamento livre de conhecimento (Open content), da privacidade e transparência pública, servindo inclusive de plataforma ao refúgio de grandes personalidades ativistas da informação livre.

No entanto, o PirateBay sofreu, no final de 2005, um processo envolvendo direitos autorais, sendo pedido primeiramente remoção de conteúdo, pedido ignorado pela organização. No dia 31 de maio de 2006 foi derrubado pela primeira vez sendo seu servidor invadido por policiais, invasão que não se sustentou por mais de 3 dias. Após uma série de processos e perseguições a alguns membros considerados representantes do partido, oPirateBay se enfraqueceu, mas felizmente ideal continua.

O norte-americano Julian Paul Assange, principal porta-voz do site WikiLeaks, atualmente exilado na embaixada do Equador, na Inglaterra, é considerado pelo governo dos Estados Unidos um terrorista e exige a governos internacionais que ele seja entregue para responder por crimes de espionagem. Suas ações de distribuição de arquivos confidenciais de Estados nacionais e personalidades políticas fez com que Assange conquistasse inimigos perigosos a continuidade do domínio e inclusive a própria vida de Assange. Em entrevista a Amy Goodman, do jornal e rádio americano Democracynow, explicita-se que:

> O Vice-presidente dos Estados Unidos Joe Biden qualificou Assange de ''terrorista de alta tecnologia", enquanto representantes eleitos e comentadores políticos de ambos os partidos têm expressado publicamente que Assange deveria ser assassinado. A este respeito Assange disse-me na embaixada: "A investigação dos Estados Unidos contra a Wikileaks por denúncias penais é considerada a maior investigação jamais realizada contra um meio de comunicação. É extraterritorial. Está a lançar novos precedentes sobre a capacidade do Governo dos Estados Unidos perseguir os diretores de qualquer meio de comunicação da Europa ou do resto do mundo e tentar julgá-los. Eles dizem que os delitos cometidos são conspiração, conspiração para cometer espionagem, violação da Lei de Abuso e Fraude Informática, pirataria informática, apropriação indevida e roubo de documentos do governo". A serem confirmadas as acusações de espionagem poderiam levar Assange a ser condenado à pena de morte. A Suécia, assim como a maioria dos países europeus, não pode extraditar uma pessoa que considera que poderá ser condenada à pena capital.(GOODMAN, 2016)

No dia 16 de fevereiro de 2016 um grupo de trabalho da ONU se mostrou favorável a libertação de Assange. Alfred de Zayas, especialista independente da ONU sobre a promoção de uma ordem internacional democrática e equitativa, em entrevista à imprensa comunicou que:

> Delatores são importantes defensores dos direitos humanos no século XXI, em que uma cultura do segredo, dos acordos a portas fechadas, da desinformação, da falta de acesso à informação, da vigilância das pessoas ao estilo '1984', da intimidação e da autocensura levam a graves violações dos direitos humanos (ZAYAS, 2016)

Diante do quadro de censura a informação, a par das fundações e dos grupos ativistas citados, alguns cidadãos sem a mesma organização política constituem comunidades que pretendem garantir que organizações não impeçam mútua cooperação cidadã. Essas comunidades constituem o movimento do Software Livre, que não possui hierarquia, apenas um ideal comum.

O Projeto Software Livre Brasil é uma rede de pessoas, mantida pela AssociaçãoSoftwareLivre.org, que reúne universidades, empresários, poder público, grupos de usuários, hackers, ONG's e ativistas pela liberdade do conhecimento. Temos como objetivo a promoção do uso e do desenvolvimento do software livre como uma alternativa de liberdade econômica, tecnológica e de expressão. Estimulando o uso de software livre, o projeto investe na produção e qualificação do conhecimento local a partir de um novo paradigma de desenvolvimento sustentado e de uma nova postura, que insere a questão tecnológica no contexto da construção de mundo com inclusão social e igualdade de acesso aos avanços tecnológicos.(Disponível em: <http://softwarelivre.org/portal/quem-somos> Acesso em: 15 de Janeiro de 2016.)

Pode-se entender o conceito de software livre por um software que compreende a liberdado e o senso de comunidade entre os usuários. Assim, de forma simplificada, esses usuários podem modificar, distribuir, executar, estudar esse software afim de melhorá-lo ou mesmo entendê-lo. Para os desenvolvedores do Sistema Operacional GNU

> Quando os usuários não controlam o programa, o programa controla os usuários. O desenvolvedor controla o programa e, por meio dele, controla os usuários. Esse programa não-livre e "proprietário" é, portanto, um instrumento de poder injusto. (Disponível em: http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html. Acesso em: 15 de março de 2016.)

Luciana Fujii, ativista de software livre, formada em Ciência da Computação pela UFMG, em palestra à Campus Party 2016 (evento científico anual), mostrou sua preocupação relacionada ao Software proprietário. Os softwares são o modo operacional que configuram

grandes aspectos da vida do homem contemporâneo, desde os exemplos mais óbvios como o computador e celular, como os mais imperceptíveis tais marca passos, desfibriladores e freios ABS. Quando alguma organização se apropria daquela programação, pode usar tais configurações de forma prejudicial às pessoas dependentes daquele equipamento. Quando o Software é aberto, qualquer tipo de bug (falha) que houver no sistema é de interesse daquela comunidade ser corrigido.

Considerando esses casos amplamente discutidos pela mídia, outros domínios e Softwares livres estão sendo criados, caminhando para a real democracia. A sociedade científica continuará a lutar pelos seus ideais e vão forçar o restante da sociedade e o governo a se adequar a esses ideais. A opção que os estados nacionais têm, a exemplo da Finlândia, é adequar as estratégias de suas instituições fundamentais a construção do Estado à consolidação do Estado Democrático Real. Caso isso não ocorra por espontaneidade, seus crimes de guerra e toda sua irregularização serão virtualmente expostos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto é importante considerar que toda organização política, principalmente no âmbito legal é pautada nos interesses de um grupo minoritário que detém poder suficiente para tornar aceitável sua exploração. Em respeito aos grandes filósofos da humanidade e principalmente, ao progresso da sociedade, é necessário que esses dispositivos sejam revistos no sentido que de a ciência seja livre para então atingir plenamente seus limites.

Nos tempos atuais, a garantia de direito ao patrimônio cultural e o direito à propriedade intelectual mostraram-se tendenciosas a atingir apenas um grupo populacional. Já presenciamos esse episódio diversas vezes na história da humanidade, antes com os interesses do absolutismo monárquico, hoje com Estados disfarçados pelo discurso democrático.

O patrimônio cultural humano jamais poderá ser, de forma ética, passível de monopolização. A produção do coletivo precisa ser democrática, e sua remuneração compatível de forma que configure a proteção intelectual, mas ele não pode ser negado de forma que impeça esse conhecimento de ser desenvolvido.

E por fim, o papel dos governos o desenvolvimento do patrimônio cultural e informacional e na remuneração dos envolvidos é essencial para que a democracia seja real. O principal objetivo do Estado é não facilitar a política de monopólios, assim não impedindo que o conhecimento cresça por si, não dificultando as relações culturais entre os povos e de fato dar

condições de todos os cidadãos de se desenvolver, depois de feito isso, valorizar aquele que canalizou o conhecimento transformando-o em produto, de forma que ele não perca o incentivo.

REFERÊNCIAS

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

_____. LEI Nº 9.609 , DE 19 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/L9609.htm>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2016.

_____, Lei Nº 9.610, de 19 De Fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 de fev. de 1998; . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 23 fev 2016.

_____. Lei Nº 10.695, de 1º de Julho de 2003. Altera e acresce parágrafo ao art. 184 e dá nova redação ao art. 186 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, alterado pelas Leis nos 6.895, de 17 de dezembro de 1980, e 8.635, de 16 de março de 1993, revoga o art. 185 do Decreto-Lei no 2.848, de 1940, e acrescenta dispositivos ao Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1º de julho de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.695.htm> . Acesso em: 23 fev 2016.

BULOS, Uadi. Curso de Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CHOMSKY, Noam. *Noam Chomsky 2014 IPhones And Intellectual Property*. Disponível em: < https://www.youtube.com/watch?v=SOgwNJgH7CE> Acesso 24 de Janeiro de 2016

DECLARAÇÃO DE BERLIM, ONU, 2003. Disponível em: <http://www2.abed.org.br/documentos/ArquivoDocumento540.pdf> Acesso 1 de Abril de 2016

DIDEROT, D. "Plano de uma universidade" in DIDEROT, D. *Obra I Filosofia e Plítica.* São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

Duprat, Deborah. *Direitos fundamentais e direitos patrimoniais*. Disponível em: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/o-papel-do-judiciario/direitos-fundamentais-e-direitos-patrimoniais> Acesso em: 22 de Janeiro de 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948

The Free Software Foundation (FSF) is a nonprofit with a worldwide mission to promote computer user freedom and to defend the rights of all free software users.<https://www.fsf.org/about/> Acesso em: 11 de Fevereiro 2016.

MENEZES, Wellington. *Capitalismo, Monopólio e Patentes: Propriedade intelectual e a desmedida exploração dos bens intangíveis*. UNESPDisponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/capitalismo%20-monopolio-e-patentes.pdf> Acesso em: 14 de fevereiro 2016.

FREITAS, Ana. *Comandado por uma neurocientista, este site é o PirateBay da ciência.*Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/02/15/Comandado-por-uma-neurocientista-este-site-%C3%A9-o-Pirate-Bay-da-ci%C3%AAncia> Aceso em: 16 de fevereiro de 2016.

FUJI, Luciana. Como contribuir com projetos de Software Livre. Palestra proferida no 9 Edição do evento científico Campus Party. São Paulo, em 27 de Janeiro de 2016.

GARCIA, Gabriel. *10 momentos marcantes da história do The PirateBay.* Disponível em: <http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/9-momentos-marcantes-da-historia-do-the-pirate-bay> Acesso em: 16 de fevereiro de 2016.

GOODMAN*,* Amy. *O castigo de Julian Assange: Condenado sem ter sido acusado*. Disponível em: <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/O-castigo-de-Julian-Assange-Condenado-sem-ter-sido-acusado/6/33638> Acesso em: 16 de Fevereiro 2016.

KURAMOTO, Hélio. *Mesa redonda: Tecnologias da Informação - 1º Seminário de Gestão da Informação Jurídica em Espaços Digitais*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/sijed/09.pdf> Acesso em: 11 de Fevereiro 2016

ZAYAS, Alfred. *Reino Unido e Suécia devem dar exemplo e encerrar detenção arbitrária de Assange, diz perito da ONU*.Entrevista concedida a Agência ONU. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/reino-unido-e-suecia-devem-dar-exemplo-e-encerrar-detencao-arbitraria-de-assange-diz-perito-da-onu/> Acesso em: 16 de fevereiro de 2016.

O que é o software livre?. Disponível em: <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.pt-br.html> Acesso em 15 de Março de 2016.

Quem Somos. Disponível em: <http://softwarelivre.org/portal/quem-somos> Acesso em: 15 de Janeiro de 2016.

Rose-Wiles. *The Hight cost ofscience journals: a case study and discussion*Disponívelem: <http://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lib_pub>Acessoem15 de março de 2016.

MEDIDAS DE HARMONIZAÇÃO DO CUMPRIMENTO DA PENA

MAZZURANA, Marcos[1]
SILVA, Kelly Cardoso da[2]

RESUMO

Fundamentado nos objetivos da sanção penal o presente estudo tem a intenção de demonstrar a importância da progressão de regime carcerário, bem como da harmonização do cumprimento da pena privativa de liberdade como solução provisória para a deficiente estrutura prisional brasileira e para a garantia dos direitos dos apenados. Baseado no Código Penal e na Lei de Execução Penal, e utilizando da jurisprudência e da visão doutrinaria, este artigo analisa a flexibilização da execução penal como resposta a inércia do Estado no cumprimento da legislação.

Palavras-chave: Execução Penal, Progressão de Regime, Harmonização do Cumprimento da Pena, Prisão Domiciliar.

HARMONIZATION MEASURES OF SERVING A SENTENCE

ABSTRACT

Based on the objectives of the criminal sanction this study is intended to demonstrate the importance of progression system of the prison and harmonizing the enforcement of deprivation of libertyasa temporary solution for the Brazilian prison structure and to guarantee the rights of convicts. Using the case law and doctrinal view this article demonstrates the flexibility of criminal enforcement in response to the state of inertia of the state.

Keywords: Penal Execution, Progression System, Harmonization of serving a sentence, Home Prison.

[1] Acadêmico Marcos Mazzurana, do Curso de Direito – UDC.
[2] Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

Este texto propõe a necessidade de flexibilização e adequação dos requisitos necessários para a progressão de regime no cumprimento da pena privativa de liberdade, visto o descaso da administração pública com o sistema prisional brasileiro.

No primeiro momento é analisado o objetivo da sanção penal, especialmente no que se refere à intenção de reinserção social do condenado, utilizando a progressão de regime como modo de reintegrar parcialmente as liberdades que foram retiradas do indivíduo, analisando como este reage.

Analisa-se a partir do Código Penal e da Lei de Execução Penal as características dos regimes de cumprimento de pena bem como a fundamental participação do apenado para a progressão de regime.

De outro lado, o desinteresse da administração pública por investimentos no sistema prisional vem negando direitos aos sujeitos sentenciados, vez que por sua inércia, estes são impedidos de progredir a um regime mais benéfico.

Afinal demonstra-se o entendimento dos doutrinadores sobre o problema e como o Poder Judiciário visando a manutenção dos direitos dos condenados vem se adequando precariedade e a lotação dos estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena privativa de liberdade.

2 PROGRESSÃO DE REGIME

Na execução da penal o Estado exerce seu direito de punir castigando o indivíduo que possuir sentença condenatória transito em julgado, e o faz com intenção de reprovar seu comportamento e inibir o surgimento de novos delitos, todavia a execução também deverá oferecer condições de ressocialização ao sujeito, para que possa retornar com dignidade ao convívio social.

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, em seu artigo primeiro define que além do cumprimento efetivo da sanção, a finalidade da pena também será de ressocializar o condenado, de modo que o estado possa fornecer a estrutura necessária para reintegrá-lo a sociedade. *In verbis:*

> Art. 1º. A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Dentro deste contexto, a legislação brasileira adota o sistema progressivo de cumprimento de pena, entendendo que a reinserção gradual da liberdade do sentenciado facilita a sua reintegração social, além de que a fragmentação do cumprimento da pena permite que o Estado observe como o indivíduo reage à concessão da liberdade, podendo monitorá-lo com maior facilidade. De outro lado, manter um sujeito por muito tempo trancafiado se demonstra ineficaz, o convívio diário com a realidade prisional pode deixar o indivíduo ainda mais perigoso.

Progressão de regime em suma é a passagem de um regime mais gravoso para outro mais brando, desde que o condenado preencha os requisitos objetivos e subjetivos. Disciplina o art. 112 da Lei de Execuções Penais que:

> A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

Dessa maneira destaca-se como requisito objetivo o tempo de cumprimento da pena, que deverá ser de no mínimo 1/6 da pena no regime inicial, salvo em caso de crime hediondo, onde o requisito será de 2/5 para réus primários e 3/5 para reincidentes. E o requisito subjetivo refere-se à necessidade de comprovação de requisitos de ordem pessoal, ou seja, o bom comportamento carcerário, baseado na autodisciplina e senso de responsabilidade. Outra particularidade relevante é que para se progredir do regime semiaberto para o aberto há que respeitar mais dois requisitos, descritos no art. 114 da LEP, o condenado precisa estar trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente, e ainda, apresentar fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

Logo, o condenado possuirá mobilidade no sistema prisional, sendo que seu comportamento é fator determinante no processo de recuperação de seus direitos. Nesse sentido, é prudente o entendimento de Fernando CAPEZ:

> Assim, o fato de alguém ter recebido um determinado regime de cumprimento de pena não significa que tenha de permanecer todo o tempo neste mesmo regime. O processo de execução é dinâmico, e como tal, está sujeito a modificações.

Nesse contexto é necessário destacar o princípio da individualização da pena, consolidado no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal determina que as penas impostas

aos infratores deverem ser personalizadas e de acordo com a natureza e as circunstâncias dos delitos cometidos e baseado nas características pessoais do infrator, de modo que as penas busquem ser justas e proporcionais.

Porém, há de se questionar-se até que ponto o Estado tem capacidade para proporcionar a progressão de regime em conformidade com as características e necessidades do sentenciado. Diariamente é comum observar, inclusive em noticiários, réus cumprindo suas penas em regimes diferentes dos que lhes foram estabelecidos.

3 REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

O Brasil adota três regimes para o cumprimento da pena privativa de liberdade que são disciplinados pelo Código Penal e pela Lei de Execução Penal.

No regime fechado, segundo o art. 34 do Código Penal, a pena é cumprida em penitenciária, ficando submetido a trabalho no período diurno, e a isolamento durante o período de repouso noturno. Entretanto o texto legislativo é meramente teórico, praticamente a superlotação carcerária impede o isolamento dos sentenciados.

O trabalho externo é permitido em serviços ou obras públicas da administração direta e indireta, ou ainda de entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e em favor da disciplina.

O regime semiaberto é disciplinado no Art.35 do Código Penal e consiste na execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar. Onde o condenado fica sujeito a trabalho comum diurno desenvolvido na própria colônia penal, ou ainda, é admitido trabalho externo e a frequência à atividade de ensino fundamental, médio, profissionalizante, ou superior desde que o sentenciado retorne a colônia penal no período noturno.

O artigo 36 do Código afirma que o regime aberto se baseia na autodisciplina e senso de responsabilidade do preso, uma vez que poderá fora do estabelecimento penal e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou atividade profissionalizante, desde que a noite e nos dias de folga retorne a casa de albergado.

Através da análise da legislação é notável que o trabalho se apresente como um dos aspectos mais importantes para a reinserção social daqueles que se encontram cerceados de sua liberdade, além de ser um direito social consagrado pela Constituição Federal em seu Art.6°, e defendido pelos doutrinadores penais.

> É preparando o indivíduo pela profissionalização (mão de obra qualificada), pela segurança econômica que vai adquirindo, pela ocupação integral de seu tempo em coisa útil e produtiva e, consequentemente, pelo nascer da razão de viver, pelo reconhecimento dos direitos e deveres, das responsabilidades e da dignidade humana que se obterá o ajustamento ou reajustamento desejado. (MIRABETE, Júlio Fabrini. Execução penal. p. 91/92).

4 ESTRUTURA PRISIONAL

Todavia é de conhecimento geral que a realidade carcerária no Brasil é outra, a intenção do legislador não chegou a prática, tanto pela ausência de estrutura quanto pela falta de interesse da sociedade em investimentos no sistema penitenciário. É claro o preconceito que rodeia a causa, as penitenciárias são estereotipadas como "lugar de bandido", e vista a precariedade de outros setores sociais, a estrutura carcerária não está entres as prioridades da administração pública.

O art. 203 da Lei de Execução Penal n° 7210/84, *caput* e §1°. Dispõe:

> No prazo de 6 (seis) messes, a contar da publicação desta lei, serão editadas as normas complementares e regulamentares, necessária à eficácia dos dispositivos não autoaplicáveis".
> §1. "° Dentro do mesmo prazo deverão as unidades federativas, em convenio com o ministério da justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta lei.

No entanto, 30 anos se passaram e muito pouco foi feito, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN), atualmente a população carcerária brasileira ultrapassa 600.000 pessoas, enquanto existem 260 estabelecimentos penais destinados ao regime fechado, 95 ao regime semiaberto, 23 ao regime aberto em todo o país.

Claramente a quantidade de estabelecimentos penais não consegue atender as exigências e finalidades da execução penal. A maioria dos 260 estabelecimentos destinados ao cumprimento da pena em regime fechado está com uma superlotação contundente, oferecendo a mínima qualidade de vida aos presos, sujeitos a violência, fugas, rebeliões, além do contágio de doenças, lugares aonde de fato, a dignidade da pessoa humana foi suprimida. Tão pouco se concretizaram as exigências do texto da Lei de Execução Penal que em seu artigo 88, dispõe sobre as penitenciárias:

> O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

No que se refere aos estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena em regime semiaberto e aberto não se questiona a condição estrutural destas unidades, mas sim a quantidade irrisória de estabelecimentos construídos, e nesse sentido, o texto legislativo parece meramente utópico, *verbi gratia* a Lei de Execução Penal em seu artigo 95, a respeito das casas de albergado, afirma: “Em cada região haverá, pelo menos uma casa de albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras”.

5 MEDIDAS DE HARMONIZAÇÃO

Atualmente, seria impossível fazer cumprir-se efetivamente as normas de progressão de regime estipuladas pela LEP, tanto pela questão da ausência de recursos humanos quanto pela precariedade estrutural do sistema carcerário. Desse modo é natural que se busque métodos alternativos de adequação a realidade da execução penal brasileira.

Uma vez que a progressão de regime é um direito do preso, mantê-lo em regime mais gravoso sob a prerrogativa da inércia do estado é inconstitucional. Afirma o art. 5º, XLVIII, Constituição Federal: "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito a idade e o sexo do apenado".

Logo, um réu condenado ao regime semiaberto, não poderá iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, fundamentado na ausência de colônia agrícola, industrial ou similar, para que não se caracterize constrangimento ilegal. Este aguardará em caráter temporário e excepcional em regime mais benéfico, até a abertura de vaga em estabelecimento adequado.

É prudente a visão do doutrinador René Ariel Dotti:

> A mais adequada aplicação dos princípios de Direito Penal e de Direito Processual Penal recomenda que em tais hipóteses deve o preso ser transferido para o regime aberto ou nele iniciar o cumprimento da pena, pois o condenado não pode pagar pela omissão dos poderes públicos.

Impor o cumprimento da pena em regime mais gravoso contrariaria a vigência de normas constitucionais e penais, bem como o Código de normas da Corregedoria Geral da Justiça TJ/PR, que prevê a adoção de medidas que harmonizem a execução penal.

> 7.3.2 - A remoção do condenado a pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semiaberto deve ser providenciada imediatamente, via fax. E, enquanto não ocorrer, não poderá o condenado permanecer todo o tempo preso na cadeia pública, devendo o juiz sentenciante, a cada caso, adotar medidas que se harmonizem com o regime semiaberto.

Todavia, a transferência de um sentenciado do regime semiaberto para o regime aberto tem pouca relevância, uma vez que o número de casas de albergado construídas ao longo do território nacional é ainda menor do que o de colônias agrícolas, industriais ou similares.

Desse modo, como alternativa para a ausência de casas de albergado, reservadas ao cumprimento de pena em regime aberto, surge à prisão domiciliar, que basicamente opera da mesma maneira que a casa de albergado. O apenado trabalhará durante o dia, retornando a sua residência no período de repouso noturno e dias de folga, não devendo ausentar-se do local onde reside sem autorização judicial e comparecer a juízo para informar e justificar suas atividades, quando lhe for determinado.

Os requisitos da prisão domiciliar são definidos pelo artigo.117 da Lei de Execução Penal, *in verbis:*

> Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:
> I - condenado maior de 70 (setenta) anos;
> II - condenado acometido de doença grave;
> III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;
> IV - Condenada gestante.

Apesar de à primeira vista terem caráter taxativo, os requisitos da prisão domiciliar vêm sendo flexibilizados pela doutrina e jurisprudência. Através de Recurso Ordinário em Habeas Corpus, o STJ proferiu:

> Inexistindo vaga em Casa de Albergado, o cumprimento da pena em estabelecimento destinado a condenados submetidos a regime mais rigoroso configura manifesto constrangimento ilegal. Impõe-se a possibilidade de que o sentenciado a que foi determinado o regime aberto cumpra sua pena em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento próprio. Recurso provido.

A prisão domiciliar desponta como a melhor alternativa para manter o direito do apenado a progressão de regime, bem como sua reinserção social, sem prejuízo do cumprimento dos objetivos da sanção penal.

O Ministério Público do estado de Sergipe interpôs ao STJ recurso especial questionando a concessão de cumprimento de pena em regime domiciliar, que assim entendeu:

> LEI DE EXECUÇÃO PENAL - AGRAVO CRIMINAL - APENADO EM REGIME SEMIABERTO - CONCESSÃO DO DIREITO DE CUMPRIR A PENA EM REGIME ABERTO DOMICILIAR - CARÁTER EXEPCIONAL E PROVISÓRIO DA MEDIDA - INEXISTÊNCIA DE ESTABELECIMENTO ADEQUADO - ILEGALIDADE DO CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O ESTABELECIDO NA SENTENÇA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS -AUSÊNCIA DE OITIVA DO ÓRGÃO MINISTERIAL - INFRINGÊNCIA AO DISPOSTO NO ART. 112 DA LEP - NULIDADE PARCIAL DA DECISÃO DE PISO - AGRAVO CRIMINAL PARCIALMENTE PROVIDO - POR MAIORIA.(HC 289.112/RS, Rel. Min. Felix Fischer, QUINTA TURMA, DJe 3/10/2014, grifei).

No presente caso, o Tribunal de origem reconheceu a nulidade em razão da concessão de progressão de regime sem a manifestação do Ministério Público, todavia manteve o paciente em regime aberto. Assim, embora constatado vício formal no acórdão recorrido, não se mostra razoável o retorno do paciente a regime mais gravoso, devendo ser autorizado, excepcionalmente, o cumprimento da pena em regime mais benéfico, tendo em vista que o apenado não pode ser prejudicado por nulidade à qual não deu causa.

Da mesma maneira a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná entende:

> Protocolo: 2014/428220. Comarca: Foz do Iguaçu. Vara: Vara de Execuções Penais e Corregedoria dos Presídios. Ação Originária: 0025405-39.2014.8.16.0030 Recurso de Agravo. Recorrente: Ministério Público do Estado do Paraná. Recorrido: Sergio Lucas dos Santos. Advogado: Simone de Fátima de Oliveira Silva. Órgão Julgador: 4ª Câmara Criminal. Relator: Des. Renato Naves Barcellos. Julgado em: 21/05/2015 DECISÃO: ACORDAM os Senhores Desembargadores integrantes da Quarta Câmara Criminal do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Desembargador Relator, vencido o Desembargador Luiz Taro Oyama que dava provimento ao recurso. EMENTA: RECURSO DE AGRAVO - INTERPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - DECISÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO QUE CONCEDEU PRISÃO DOMICILIAR, MEDIANTE CONDIÇÕES, A APENADO EM REGIME SEMIABERTO, DIANTE DA AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO - PEDIDO DE REFORMA DO DECISUM COM A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE HARMONIZAÇÃO DECORRENTES DO ITEM 7.3.2 DO CNCGJ - NÃO ACOLHIMENTO - MANOBRA DO JUÍZO SINGULAR QUE SE AFIGUROU ESCORREITA, ANTE AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO - DECISÃO QUE JUSTIFICOU A AUTORIZAÇÃO À PRISÃO DOMICILIAR EM FACE DA SUPERLOTAÇÃO NOS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS LOCAIS, DA INVIÁVEL POSSIBILIDADE DE HARMONIZAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO COM A APLICAÇÃO DO ITEM 7.3.2 DO CNCGJ, E DA INEXISTÊNCIA DE UNIDADES EXCLUSIVAS DE REGIME SEMIABERTO, BEM COMO DE CASA DE ALBERGADO NA COMARCA - PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - DECISÃO MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO (MAIORIA DE VOTOS).

Nesse sentido, as decisões são pautadas na razoabilidade, uma vez que seria injustificável exigir-se a adequação de indivíduos a estabelecimentos onde não existem vagas para recebê-los, tão pouco condená-los a um regime de cumprimento de pena mais gravoso vista a incapacidade do estado em proporcionar a estes sujeitos estruturas que respeitem as finalidades da execução penal.

Aplica-se também o princípio da proporcionalidade no direito penal, que tem por objetivo tem de coibir excessos injustificados, por meio da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa do Estado, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas e ainda para evitar penas brandas que protejam o réu e contrariem o interesse social.

É necessário salientar ainda que a harmonização do cumprimento da pena não entra em conflito com a Súmula 491 do STF. “É inadmissível a chamada progressão per saltum de regime prisional. ”

Na progressão *per saltum* o sujeito passa do regime fechado para o aberto. Enquanto na harmonização, o sujeito é transferido para o regime semiaberto, inexistindo estrutura estatal para mantê-lo no regime, este em caráter excepcional e temporário buscará vaga em regime aberto, inexistindo novamente vagas, aguardará em prisão domiciliar até que haja disponibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A progressão de regime é de fundamental importância para a reinserção social do sentenciado, permite que ele voluntariamente coopere com a sanção de cumprimento de pena, buscando sua remição perante o estado e a sociedade. Nesse sentido, o trabalho se destaca como aspecto transformador em qualquer um dos regimes, através dele o indivíduo ocupa sua mente e se integra com a sociedade.

Porém, a reintegração do condenado é comprometida com a ausência de estrutura física, principalmente no regime semiaberto e aberto. A ineficiência estrutural do estado não pode ser usada como pretexto para abandono do preso em um regime mais gravoso do que este teria direito. Há a necessidade eminente investimentos estatais, além de ser fundamental trazer a sociedade o debate sobre a precária situação tanto de penitenciárias, como colônias agrícolas, penais e albergues. De modo contrário, a procrastinação levará a ruína o sistema carcerário brasileiro.

A flexibilização da prisão domiciliar é um recurso eficaz quando inexiste na região vaga em estabelecimento adequado, porém, ela concede ao indivíduo mais liberdade do que este teria se estivesse em estabelecimento adequado, logo, não deve ser entendida como uma solução definitiva para o problema, ela deve ser usada apenas como medida excepcional, devendo o juiz analisar as circunstancias de cada caso concreto.

REFERÊNCIAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**, vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 18 ed. Vol.01. São Paulo: Saraiva, 2014.

Conselho Nacional de Justiça. **Conheça os diferentes tipos de estabelecimentos penais.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79914-conheca-os-diferentes-tipos-de-estabelecimentos-penais>. Acesso em 28 de março de 2016.

Diário de Justiça do Estado do Pará, **Página 699 • 27/06/2011 • DJPA.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/27933463/pg-699-diario-de-justica-do-estado-do-para-djpa-de-27-06-2011>. Acesso em 27 de março de 2016.

Diário de Justiça do Estado do Paraná. **Andamento do Processo n. 1316927-0 - Recurso de Agravo - 09/07/2015 do TJPR.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/206680004/andamento-do-processo-n-1316927-0-recurso-de-agravo-09-07-2015-do-tjpr?ref=topic_feed>. Acesso em 28 de março de 2016.

DOTTI, Rene Ariel**. Curso de Direito Penal**: parte geral. 3 ed. São Paulo: RT, 2010

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8 ed. Vol.01. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2006.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. **Progressão de regimes e a súmula 471 do STJ.** Disponível em: <http://jpomartinelli.jusbrasil.com.br/artigos/121938071/progressao-de-regimes-e-a-sumula-471-do-stj>. Acesso em 26 de março de 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini.; **Manual de Direito Penal**: parte geral. 27 ed. Vol.01. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini**. Execução Penal**: Comentários à Lei n° 7210. 11ª Ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2004.

NAGIMA, Irving Marc Shikasho. **Da ausência de vagas no regime semiaberto.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19855/da-ausencia-de-vagas-no-regime-semiaberto>. Acesso em 27 de março de 2016.

QUEIROZ JÚNIOR, Aderaldo Ribeiro de. **A realidade carcerária: um retrocesso à ressocialização.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29379/a-realidade-carceraria-um-retrocesso-a-ressocializacao>. Acesso em 27 de março de 2016.

RIBEIRO, Carolina Melo, **Progressão e Regressão de regime.** Disponível em: <http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23881/progressao-e-regressao-de-regime>. Acesso em 27 de março de 2016.

SILVA, Elisângela de Oliveira, **Progressão de regime.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31904/progressao-de-regime>. Acesso em 26 de março de 2016.

Superior Tribunal de Justiça, **Página 7185 • 29/02/2016 • STJ.** Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/109934988/stj-29-02-2016-pg-7185>.Acesso em 26 de março de 2016. Acesso em 28 de março de 2016.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **Código de Normas.** Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/11900/499063/C%C3%B3digo+de+Normas+-+

O HORIZONTE HISTÓRICO DA DIGNIDADE HUMANA

SÁVIO, Atanásio[1]
SÁVIO, Eliane Dávilla[2]

RESUMO

O presente artigo visa apresentar um alinhamento da reconstrução da Dignidade Humana, a partir do contexto dos Direitos Humanos. Nesse sentido, analisar-se-á tal dignidade com o amparo das transformações ao longo do tempo, no campo social, político e econômico voltado ao homem como condição de sobrevivência. Contudo, em um determinado momento da História, o reconhecimento dos Direitos Humanos esteve umbilicalmente relacionado com os documentos históricos do século XVIII. Desta forma, aquele momento serviu como um divisor de águas para se compreender o antes e o depois acerca do horizonte histórico. Logo, o que justifica o estudo apresentado é discorrer sobre as vertentes que oferecem uma melhor compreensão da Dignidade Humana e, naturalmente, dos Direitos Humanos na História. Para o desenvolvimento do estudo, traçam-se alguns passos, longe do esgotamento do assunto, desde a História da filosofia grega como ponto de partida, os acontecimentos do século XVIII que balizaram a afirmação desses direitos e ainda, a sua normatização na Constituição Federal de 1988, o que garante a sua concretização neste limiar do século XXI.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Reconstrução, Constituição Federal de 1988.

THE HISTORICAL HORIZON OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

This article intends to present an alignment of the reconstruction of human dignity through the context of Human Rights. In this sense, this dignity will be analyzed with the support of transformations that happened through time in the social, political and economical fields for men as conditions for survival. However, in a certain moment of history, the recognition of Human Rights was closely tied to historical documents from the XVIII century. Therefore, that moment worked as a divider to understand the before and after of history. Thus, what justifies this paper is the discourse on theories that provided a better understanding of Human Dignity and, naturally, of Human Rights throughout history. For the development of this paper, some steps where traced, not fully exhausting the subject, from greek philosophy history, the main happenings on the XVIII century, which guided the affirmation of these rights and also their normatization on the Federal Constitution of 1988, which guarantees its concretization in the XXI century.

Keywords: Human Rights, Reconstruction, Federal Constitution of 1988.

[1] Professor Mestre Atanásio Sávio – UDC.
[2] Professora Eliane Dávilla Sávio – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O tema apresentado é relevante para se entender a reconstrução da Dignidade Humana que tem como condição essencial os Direitos Humanos. A exploração apresentada é meramente bibliográfica, mas fornece, a partir do Direito Natural, uma evolução necessária e demonstrações de que naquele tempo o homem já procurava o seu espaço como um ser dotado de razão, pois o isolamento não contribuía para o seu desenvolvimento como espécie.

Desta forma, os objetivos traçados oferecem uma compreensão do caminho trilhado para a reconstrução da Dignidade Humana até os dias atuais. São as transformações ao longo do tempo que justificam as mudanças ocorridas. Sendo certo que é preciso remontar à História do próprio homem para entender os desafios dessa reconstrução.

Nesse sentido, é certo que a evolução desta dignidade está vinculada ao próprio homem na sua perfeita essência. Assim sendo, apoia-se no conceito filosófico da natureza humana mesmo antes da filosofia grega e, posteriormente, na própria obra de Aristóteles "A Ética para Nicômano". Assim, resta afirmar que muitos valores intrínsecos do homem são fundamentais nos dias de hoje, correspondem às raízes da filosofia clássica.

Sendo assim, da filosofia clássica à Revolução Francesa no século XVIII, os direitos dos homens estão em constante reconstrução, permitindo que suas gerações sejam melhores a cada tempo. É sob esse prisma que garante-lhe portar direitos natos, valores absolutos, compreendidos sob o manto da universalidade.

Não obstante, é desta reconstrução da evolução do homem até o limiar do século XXI, que permeia a fundamentação da Dignidade Humana, atualmente inserida como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro.

2 DESENVOLVIMENTO

Estabelecer, na História, a fundamentação dos Direitos Humanos será sempre de grande valia aos estudiosos do assunto. Nesse sentido, o mais importante será dizer que todos os seres humanos ainda que tenham inúmeras diferenças biológicas, culturais e outras que permeiam o imaginário de cada um fazendo com que haja uma distinção entre eles, merecem igual respeito. Afinal, são os únicos seres no mundo que podem apresentar

as capacidades de amar, descobrir a verdade e (re)criar a beleza.[1]

O momento representado hoje é, sem dúvida alguma, o resultado de todas as transformações que ao longo do tempo ocorreram, sejam elas no campo social, político e econômico que o homem necessita para sua sobrevivência. Todavia, um divisor do reconhecimento dos Direitos Humanos está simetricamente relacionado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 e, consequentemente, com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Outrora, já se questionava sobre os fundamentos dos Direitos do Homem. Para a compreensão nos tempos de hoje, o mais lógico seria argumentar a questão dos fundamentos e trazer os Direitos Humanos como uma justificativa intersubjetiva, panorâmica e universal. Somente o referencial de solidariedade fará com que haja afirmação dos direitos do homem.

Ao longo da história da humanidade momentos díspares ocorreram naquilo que se refere à evolução do pensamento humano. Para tanto, é possível verificar que por meio da filosofia e da religião muitos ensinamentos influenciaram diretamente o pensamento jusnaturalista, no qual o homem pelo fato de sua existência era portador de direitos naturais e inalienáveis. Porém, o homem daquele período da história era dominado pela religião e dogmas filosóficos que fortemente tolhiam à sua liberdade. Fato marcante que pode ser observado pelo historiador *Coulanges* na seguinte afirmação:

> Singular erro é, pois, entre todos os erros humanos, acreditar-se que nas cidades antigas o homem gozava de liberdade. O homem não tinha sequer, a mais ligeira concepção do que esta fosse. Ele não se julgava capaz de direitos, em face da cidade e dos deuses. Veremos, dentro em pouco, que o governo muitas vezes mudou de forma; mas a natureza do Estado permaneceu mais ou menos a mesma, a sua onipotência em quase nada diminuída. O sistema do governo tomou vários nomes, sendo uma vez monarquia, outra aristocracia, ou ainda democracia, mas como nenhuma destas revoluções ganhou o homem a sua verdadeira liberdade, a liberdade individual. Ter direitos políticos, poder votar e nomear magistrados, poder ser arconte, a isto se chamou liberdade; mas o homem, no fundo, jamais deixou de ser escravo do Estado. Os antigos, sobretudo os gregos, exageravam muito sobre a importância e os direitos da sociedade, e isto, sem dúvida alguma, devido o caráter sagrado e religioso de que a sociedade se revestiu na origem.[2]

Não obstante, são as transformações que ocorreram na história que justificam, sobremaneira, as mudanças profundas que marcaram no decorrer do tempo uma nova

[1] COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.
[2] FUSTEL, de Coulanges Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 210.

etapa de reconstrução, principalmente no século XVIII[1], época em que paulatinamente o homem conquista sua liberdade diante da opressão e da indiferença.

Essas transformações podem ser vivenciadas, atualmente, como consequências positivas aos primeiros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, os valores da liberdade e da igualdade. Assim, ainda que tenham sido materializados na filosofia clássica e no pensamento cristão, pode-se perfeitamente dizer que *a dignidade da pessoa humana* é o fundamento máximo de todos os direitos do homem, portanto, a sua essência fundamental.

Todavia, é bom frisar que a dignidade humana historicamente pode ser mutável, e ainda, de lugar para lugar essa *dignidade* pode ser alterada pela compreensão de cultura. Do mesmo modo, em alguns lugares deste planeta a *dignidade da pessoa humana* ainda não é reconhecida na sua plenitude, perfazendo assim, inúmeros acontecimentos de violência e um verdadeiro descrédito aos direitos do homem. Portanto, todo questionamento sobre os direitos do homem tem seu início nas referências sobre a sua natureza e, indubitavelmente, à sua razão de existir.

Assim, é possível afirmar que a evolução dos Direitos Humanos está entrelaçada ao desenvolvimento do próprio homem em sua essência. Nesse contexto, é perfeitamente correto delinear momentos históricos que norteiam todo esse pensamento, de forma que não há esgotamento do assunto. Portanto, os direitos fundamentais, somente foram alinhavados e perquiridos no final do século XVIII com as mudanças substanciais que ocorreram.[2]

Entretanto, a história afirma que a filosofia grega é um conveniente ponto de partida para a exploração da genealogia do direito humano.[3] Ao longo do tempo as

[1] Muitos são os marcos que determinam uma nova roupagem dos direitos fundamentais hoje vivenciados. Assim, como afirma Ingo Wolfgang Sarlet, dois documentos são importantes nessa análise, ou seja: A Declaração de Direitos do Povo da Virginia, de 1776 e a Declaração Francesa de 1789. Ambas tinham como características comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44.

[2] A segunda metade do século XVIII, que a partir de então serviu como um marco do rompimento do antigo regime Absolutista. Assim, é possível citar que as mudanças mais profundas são determinadas de dois lados do planeta. Primeiro, nos Estados Unidos da América, pela Declaração do "bom povo da Virgínia" e, logo depois pela Declaração da Independência Americana, ocorrida em 1776 pelas treze colônias britânicas, que representou o ato inaugural da democracia moderna. O segundo, na Europa, pela Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Esses documentos, conforme ensina Comparato que: "As declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração francesa de 1789, representaram a emancipação histórica do indivíduo perante os grupos socais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas". COMPARATO, Fabio Konder. op. cit., p. 65.

[3] DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Coleção Díke. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007. p. 40.

gerações são substituídas e desta maneira as chamadas "*leis não escritas*" são esquecidas, ou mesmo trocadas de nomes. Importante afirmação de Costas Douzinas onde relata que a conquista por uma sociedade mais justa tem sido desde a era clássica, evidentemente com o Direito Natural, no qual predominava as "leis não escritas" de *Antígona*[1], um constante aprendizado pelo homem. É nesse sentido, que esse autor persevera em suas afirmações:

> O Direito Natural foi por muitos séculos a capital da província da jurisprudência e da filosofia política. Seu pensamento era profundamente hermenêutico, tratavam de fins e propósitos, significados e valores, virtude e dever. As modernas leis da natureza são universais, imutáveis e eternas, um conjunto de regularidades ou de padrões repetidos [...]. O Direito Natural seria uma ordem objetiva de regras ou normas um pouco como as leis naturais da ciência moderna.[2]

Percebe-se que homem buscava o seu espaço através do seu reconhecimento, principalmente um ser dotado de razão, ética e moral.

De outra maneira, em Aristóteles essas leis que perderam a razão de ser, "*as não escritas*", são denominadas de "*leis comuns*", mas reconhecidas de forma universal[3] em oposição as leis particulares. Nesse sentido, é em Aristóteles que a ideia de lei natural apareceu totalmente desenvolvida pela primeira vez.[4] Em sua obra *Retórica*, ele nos diz que:

> De um lado, há a lei particular, e do outro lado, a lei comum: a primeira varia segundo os povos e define-se em relação a estes, quer seja escrita ou não escrita; a lei comum é aquela que é segundo a natureza. Pois há uma justiça e uma injustiça, de que o homem tem, de algum modo, a intuição, e que são comuns a todos, mesmo fora de toda comunidade e de toda convenção recíproca. É o que expressamente diz a Antígona de Sófocles, [...].[5]

O marco importante deste momento é que no conceito de lei comum, a sociedade

[1] Aqui Antígona responde a Creonte sobre a afirmação da lei não escrita, desta forma: "É que essas não foi Zeus que as promulgou, nem a justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram. [...]".SÓFOCLES, Antígona. Introdução, versão do grego e notas Maria Helena da Rocha Pereira. Brasília: UnB, 1997. esp. p. 45 *apud* ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

[2] DOUZINAS, op. cit., p. 40.

[3] Na lição de Engelmann, sobre o reconhecimento da lei dos deuses invocada por Antígona a qual faz referencia a Aristóteles onde: "no sentido de uma lei que vale em todos os lugares, cuja validade não depende de uma aceitação individual, dado o seu caráter universal". Nesse especial apontamento Engelmann, também preleciona no seguinte: "É importante destacar que uma das características que geralmente acompanha as teorias sobre o Direito Natural refere a sua universalidade. Seria, por assim dizer, um direito válido em qualquer lugar onde o ser humano se encontrasse". ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 135.

[4] DOUZINAS, op. cit., p. 42.

[5] Ibidem, p. 42.

romana também adota a expressão *ius gentium*, estabelecendo assim, um direito unânime a todos os povos. Por outro lado, a Natureza como um conceito filosófico remonta a tempos anteriores com os *Sofistas* e os *Estoicos*[1] e mesmo depois com Sócrates e Platão. Pode-se afirmar que o *estoicismo* nos remete a uma tendência filosófica que perdurou nas culturas gregas e romanas da Antiguidade.

No que se refere aos *Sofistas* à questão da natureza desenvolveu um conceito crítico com aceitação filosófica que os mesmos usavam para combater as convenções e a lei. Os *Sofistas* representavam os jovens privilegiados de Atenas[2], que assim como os *Estoicos* desprezavam qualquer tipo de tabu religioso. Outra argumentação dos *Sofistas* é que estabeleciam que qualquer tipo de convenções sociais e também a lei não respeitava a ordem natural, onde diziam que a natureza era a norma mais elevada e seus instintos faziam com que os homens pudessem "raciocinar", ou seja, "criticar", "desejar".[3]

No debate empreendido entre Platão e os *Sofistas* a relevância seria encaixar a questão dos significados de *physis* e *nomos*, fazendo com que a base da civilização clássica e todo questionamento pudesse dar origem à filosofia política e ao mesmo tempo a jurisprudência. O objetivo seria transformar a natureza em norma ou padrão do direito, que resultou no passo inicial da civilização, servindo ao mesmo tempo contra os sacerdotes e governantes da época.[4]

O desprendimento dos *Sofistas* representava uma mistura de selvagem com a questão universal, ou seja, o direito do mais forte e ao mesmo tempo a igualdade para todos. É nesse parâmetro que *Platão* dá uma resposta ao desafio *Sofista* que caracteriza em refinar a essência da natureza, dizendo que de maneira alguma queria contradizer a lei, mas que a natureza estabelece o fundamento de cada ser. Foi com *Platão*, em seu último diálogo, *As Leis*, que traz um conceito ampliado de *Physis (natureza)*, abarcando todo o cosmos.[5]

No que se referem aos *estoicos ou estoicismo*, eles trazem um fundamento universal para a vigência do direito, estabelecendo, assim, a natureza *(physis)*. O estoicismo é representativo do universalismo filosófico da Antiguidade, que se funda na ideia do *Logos*, que constitui uma força superior da natureza, que une as diferentes partes do

[1] MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 295.
[2] DOUZINAS, op. cit, p. 42.
[3] Ibidem, p. 43.
[4] Ibidem, p. 42.
[5] Ibidem, p. 43.

cosmos.[1] De outra maneira, a dificuldade na aceitação das leis do *logos* pelo homem, com certeza maior será sua infelicidade, pois como afirma, toda virtude reside em aceitar a lei da natureza da forma como ela se apresenta, ou seja, ao homem da época não cabia fazer questionamentos.

Ponto importante, é que para o *estoicismo* a felicidade é alcançada a partir da virtude da apatia, da indiferença universal, da libertação de toda preocupação.[2] Esses mesmos pensadores preconizavam que a moral pressupõe a indiferença em relação a todos os bens do mundo, onde os fatos percorrem um curso programado. Logo, a doença, a saúde, a riqueza, a pobreza, a fama e a obscuridade são produtos de uma ordem natural das coisas, não cabendo ao ser humano valorar a seu respeito, muito menos reagir contra o seu destino, pois, o homem, decorre do *Logos*.[3]

Como a visão era universalista do *estoicismo* surgem às bases do Direito Natural Romano, que seria a parcela das leis do *logos* que norteia fundamentalmente a vida na sociedade. Nesse sentido, se há uma ordem cósmica racional que orienta todos os fenômenos da natureza, dela deverá derivar também uma razão que direcione as condutas humanas. Todavia, é justamente nessa premissa que surge a ideia de um Direito Natural inspirado por uma razão universal, aplicável igualmente a todos em todas as épocas e lugares.[4] Por outro lado, o *estoicismo* fundamenta o indivíduo na sua emancipação, pois ensina ao homem a existência de uma dignidade, não de cidadão, mas sim de ser humano. E persevera que o homem tem deveres para com a lei e, consequentemente, para consigo próprio.[5]

Consequentemente, é aqui com os *estoicos* que ocorre uma junção da questão da *Physis* e *nomos*, já que eles foram os precursores. Por um lado os *estoicos* permaneciam

---

[1] MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo op. cit., p. 296.
[2] Ibidem, p. 296.
[3] "O *Logos* é a capacidade que o homem tem de diferenciar-se dos animais. Portanto, é dotado de sentido, razão e pensamento. Nesse contexto, o *logos* deve ser interpretado como a *linguagem".* Esse é o ensinamento de Engelmann ao compreender Gadamer. "Desse modo, a capacidade para o diálogo é um atributo natural do homem, meio onde a linguagem é considerada fundamental. A relação entre diálogo e linguagem aponta para uma circunstancia fundamental, isto é, a perspectiva de novos rumos ao constitucionalismo: a capacidade de comunicação favorecida pela linguagem não tem limites, a qual poderá ser utilizada para pensar o comum, ou seja, "conceitos comuns e sobretudo aqueles conceitos comuns, pelos quais se tornam possível a convivência humana sem assassinatos e homicídios, na forma de uma vida social, de uma constituição política, de uma convivência social articulada na divisão do trabalho". GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complementos e índices. Tradução de Enio Paulo Gianchini. Revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 173; ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolsan de (org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.
[4] MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo op. cit., p. 296.
[5] CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 30.

fiéis à superioridade de uma vida privada de tranquilidade e reflexão[1], ao mesmo tempo em que além de ensinar, praticavam o autocontrole sobre todo tipo de paixão e a irracionalidade. Noutra senda, para os *estoicos* eles não tinham interesse na jurisprudência, ou pelo menos não estavam muito interessados, mas que foram importantes contribuintes no pensamento jurídico. Desta forma, o caráter universal[2] representava a essência racional do homem e principalmente nos direitos iguais do homem.

Pode se afirmar ainda que, com algumas diferenças, os filósofos clássicos estabeleciam a natureza como um padrão, não somente como o mundo físico, ou seja, a forma como as coisas são ou tudo que nela exista. Representavam que a natureza era a arma da filosofia[3], do qual se valia contra a autoridade e a lei, corroborando assim, a origem do direito natural.

Consequentemente, o próprio direito natural isoladamente parece não sobreviver sem o embrião da lei. Logo, não existe uma natureza individual isolada fora do grupo, não há indivíduos isolados a serem encontrados na condição natural, a não serem os monstros.[4] Talvez esteja aqui a grande questão que é o fato da evolução da raça humana, onde para o seu aperfeiçoamento ela precisa estar inserida em comunidade política, organizada com o desenvolvimento da justiça e da virtude.

Essa mesma justiça era vista na filosofia clássica como o complemento do direito natural, tanto é que para investigar a questão da justiça, essa envolvia duas dimensões[5] que, ao mesmo tempo, permaneciam relacionadas: a primeira tratava do respeito à ordem política, ao passo que a segunda era voltada especificamente ao trato jurídico. Assim, a primeira tinha como precursor *Platão* e que, em momentos diferentes, também os *estoicos* os quais buscavam o método do direito natural, concomitantemente como o convívio

[1] DOUZINAS, op. cit, p. 46.
[2] O caráter universal que representa os direitos iguais do homem deve estar intrinsecamente ligado ao *"logos",* portanto, a linguagem, pois sem ela não há mundo e, consequentemente, também não há direitos humanos. Assim sendo, significa dizer que o homem só pode ser compreendido como homem, a partir das possibilidades projetadas pela linguagem. Engelmann afirma: "A linguagem aponta para a totalidade do mundo onde ocorre a experiência da tradição". Contudo, o autor adverte que na compreensão de Gadamer, a linguagem não é simplesmente um acontecer pelo simples fato da experiência, mas que ela deve ser por si só. Logo, acrescenta neste sentido: "A linguagem surge como a condição de possibilidade de toda experiência hermenêutica, ou seja, "é o *médium* universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação". GADAMER, Hans-Georg. Verdade e Método II: complementos e índices. Tradução de Enio Paulo Gianchini. Revisão da tradução de Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 173; ENGELMANN, Wilson. A Crise Constitucional: a linguagem e os direitos humanos como condição de possibilidade para preservar o papel da Constituição no mundo globalizado. In: MORAIS, José Luis Bolsan de (org). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2005. p. 225-271.
[3] DOUZINAS, op. cit, p. 48.
[4] Ibidem, p. 48.
[5] Ibidem, p. 49.

social; ao largo que a segunda dimensão era tratada por *Aristóteles*. Todavia, a teoria clássica de justiça pode ser descrita sob a afirmação de Costas Douzinas como:

> Uma doutrina ética e política que visa produzir por meio do debate, da persuasão e da ação política a "melhor república ou regime" na qual a perfeição e a virtudes humanas na associação com os outros possam ser alcançadas. Suas ferramentas metodológicas são a observação da natureza e o argumento racional.[1]

Para *Aristóteles* em sua obra *A Ética para Nicômano*[2] a qual influenciou de maneira indelével o Direito Ocidental, a questão da justiça ainda é discutida, ao passo que esse filósofo inicia fazendo uma distinção entre justiça geral e justiça particular. A última diz respeito às virtudes, ou seja, que a justiça representa a totalidade das virtudes. Em outro sentido a justiça geral é a disposição moral que tornam os homens aptos a fazerem as coisas justas, e que faz com que eles ajam com justiça e desejem o que é justo.[3] O pensamento filosófico afirma que a justiça geral alcança um patamar muito maior que a moralidade da modernidade, ao mesmo tempo em que o homem justo do tempo de *Aristóteles*, apresentava todas as virtudes, exercendo-as para a ajuda dos outros e da sua própria cidade.[4]

Nesse sentido, a justiça geral anunciada por *Aristóteles* contém, ao mesmo tempo, elementos que enfatizam a moralidade política e também a social e, mais importante ainda, que está relacionada com a própria lei. Porém, essa justiça tem uma dimensão maior, ao passo que a lei pode conter aspectos da essência humana e apresentar o justo e o lícito, sendo que, em algum momento eles podem confundir-se. Desta forma, "o homem 'injusto' é, em primeiro lugar, alguém que viola a lei e, em segundo lugar, alguém que fica com mais que aquilo que lhe é devido". Porém vai mais longe, afirmando que uma lei pode ser injusta quando ela não promove o bem ao outro. No conceito de *Aristóteles*, ele não via diferença entre a lei e a justiça. Dessa forma, hoje a justiça é um princípio ou ideal ao quais as sociedades modernas aspiram à alma (ausente) do corpo das leis.[5]

Assim, nessa envergadura da história, importante ressaltar que os direitos fundamentais do homem ainda não existiam. Entretanto, cumpre frisar que o homem da antiguidade vislumbrava alguns direitos envolvidos pela sua natureza. Logo, não há dúvidas

[1] DOUZINAS, op. cit, p. 52.
[2] A principal obra de Aristóteles, do qual trata principalmente da Ética, envolvendo a racionalidade prática e a sua concepção *teleológica e eudaimonista*, envolvendo a felicidade do homem que por sinal, referencia as virtudes. A essência suprema de *Aristóteles* estava na busca da felicidade que não envolvia prazeres, riquezas ou honra, e sim, o homem deveria viver uma vida virtuosa, onde o justo seria fazer aquilo, agindo, portanto com justiça.
[3] Ibidem, p. 53.
[4] Ibidem, p. 53.
[5] Ibidem, p. 54.

em afirmar que alguns valores intrínsecos tão aclamados nos dias de hoje estão voltados às raízes da filosofia clássica, mais precisamente na greco-romana e no pensamento cristão.[1]

É nesse sentido que valores como a dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade que sempre são discutidos exaustivamente, estão presentes na Carta Magna como valores fundamentais da sociedade brasileira. A dignidade da pessoa humana que representa a fundamentação inicial será amplamente discutida, afinal, refere-se à essência do homem. Justamente essa essência que se busca compreender que o homem pela sua simples existência sempre foi titular dos direitos naturais, perfazendo aquilo que se afirma hoje, a universalidade, indivisibilidade e a inalienabilidade desses direitos.

Consequentemente é neste caminho para o reconhecimento dos direitos do homem, principalmente às ocorrências do século XVIII, que são de primordial importância mencionar, além de que a doutrina jusnaturalista foi à base de toda forma de evolução que permeiam todo o imaginário da história. E na Idade Média[2] que encontram-se marcos importante que materializam o homem como ser pensante e dotado de razão. É nesse período que criam se as ideias de postulados de ordem suprapositivo que tinham por objetivos orientar e limitar o poder das autoridades, passo que, serviam como base de legitimação de seu exercício.

Na história, um momento ímpar foi o pensamento de Santo Tomás de Aquino que mantinha a concepção cristã que o homem era igual e semelhança de Deus e, afirmava duas concepções: uma que dizia que o direito natural caracterizava a natureza racional do homem; a outra, formulada no direito positivo onde a desobediência ao direito natural por parte de governantes, isso em casos extremos, justificaria o direito de resistência da própria população.[3] Para Aquino, que tinha forte influência *Aristotélica*, em muitos momentos as semelhanças de pensamento eram as mesmas, principalmente, na referência de uma justiça geral suas ideias se entrelaçavam:

> Aquilo que é correto nos mecanismos da justiça, aliado à referência direta do agente [que pertence a todas as outras virtudes], é constituído por uma referência à outra pessoa. É o caso, portanto, que em nossos mecanismos, o que responde ao outro, de acordo com as exigências de uma igualdade certa

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.
[2] A Idade Média aqui referida é aquela que compreende o tempo decorrido entre os séculos V a XV da era Cristã. Por outro lado, sustenta uma classificação a qual se divide em três períodos: Alta idade média, Idade Média Plena e Baixa Idade Média.
[3] SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p 38.

(*aequalitatem*), é o que é chamado direito *justum).*[1]

Foi assim que o valor fundamental da dignidade humana assumiu uma tendência no pensamento tomista que na esteira da tradição jusnaturalista, incorporado pelo humanista Pico Della Mirandola, por volta do período renascentista e, assumindo o pensamento de Santo Tomás de Aquino enalteceu que a personalidade humana tem uma essência própria, inalienável a qual se justifica na dignidade de ser humano. Portanto, representa um valor natural, incondicionado do qual resulta da personalidade do homem.[2]

Consequentemente, o raciocínio que se pode perceber é que foram os momentos substanciais da trajetória dos direitos naturais que representavam a expressão da natureza do homem e, materializada por pensadores que contribuíram sobremaneira para o desenvolvimento desse mesmo ser. Para Guilherme de Ockham (1285(90)-1347)[3] que trabalhava com a origem do individualismo estabelecendo o desenvolvimento do direito subjetivo, inato ao homem, aparecendo, portanto, reproduzido na obra do pensador Hugo Grócio (1583-1645)[4] que já no final da idade moderna advogava sobre a faculdade ou aptidão que o homem tem para possuir ou fazer algo justamente.[5]

Contudo, o desenvolvimento de dignidade humana tomou curso caracterizador a partir dos séculos XVI ao XVIII, que na voz dos direitos naturais esses se mantinham inafastados do homem, perfazendo assim, um marco indelével de sua característica de liberdade e dignidade da pessoa humana. Por sua vez, no crivo dos direitos naturais, as

[1] DOUZINAS, Costas. op.cit., p. 71.
[2] SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.38.
[3] BONI, Luiz Alberto de; OCKHAM, GUILHERME DE. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos / Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 615-618. Muitos consideram Ockham como o fundador dos direitos subjetivos. Ockham estabelece algumas premissas basilares como: "Absoluto é somente o poder de Deus; entre os homens, o poder é limitado, a priori, pelos direitos pré-estatais dos cidadãos, pelas liberdades concedidas aos mortais por Deus e pela natureza". Nesse mesmo sentido, afirma que: "A legitimidade do poder, uma vez constituído, não é algo que possui duração garantida para sempre. Aquele que foi investido de autoridade precisa corresponder àquilo que se espera da autoridade". Com a mesma ideia, era preciso entender que "Os poderes que os governados conferem ao governante têm, pois, um limite: a liberdade e os direitos dos cidadãos. Os amplos poderes conferidos à autoridade não são uma carta em branco, pela qual o príncipe fica autorizado a fazer o que bem entende e apropriar-se do que cobiça". A ideia central de Ockham era o bem comum, pois aos súditos repousa a origem do poder, que somente são legítimos os poderes quando decididos por um consenso livre espontâneo dos indivíduos.
[4] PENALTA VITA, Caio Druso de Castro. HUGO GRÓCIO. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos / Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 387-390. "Hugo Grócio contribui de forma decisiva para a construção de uma linguagem nova sobre os direitos das gentes e dos homens. Foi ele quem, de forma consciente, embora ainda hesitante, abriu os caminhos para uma concepção racionalista dos direitos, e para uma concepção normativa das razoes e dos embates entre as nações, na guerra e na paz. De outro modo, os teóricos do iluminismo o consideram como o real fundador do Direito Natural moderno, o verdadeiro pai dos direitos das gentes, hoje se pode dizer que, sem embargo de portar toda a tradição moral da escolástica, Hugo Grócio também antecipou uma visão nova das coisas e das leis dos homens".
[5] SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 38.

autoridades, necessariamente, deveriam estar submissas aos ditames desse mesmo direito.

É neste contexto que se pode afirmar a contribuição deixada por alguns historiadores da época, nos mostra a verdadeira base de sustentação que hoje se encontra o homem.

Apenas como exemplos, pois não são apenas esses dois historiadores que estabeleceram uma amplitude no que se refere aos direitos do homem, de esclarecimentos do quanto naquele momento já suscitavam que o homem é merecedor de todos os direitos, sendo estes, inalienáveis em sentido absoluto, assim, destacam-se:

> Os jusfilósofos alemães Hugo Donellus (1589), ensinava seus discípulos na cidade de Nuremberg, afirmando que o direito à personalidade englobava os direitos à vida, à integridade corporal e a imagem [...]. Nesse mesmo sentido, o pensamento de Johannes Althusius (1603), defendia a ideia da igualdade humana e da soberania popular, professando que os homens estariam submetidos à autoridade apenas à medida que tal submissão fosse produto de sua própria vontade e delegação, pregando, ainda, que as liberdades expressas em lei deveriam ser garantidas pelo direito de resistência.[1]

Diante deste contexto, percebe-se que os direitos do homem do período jusnaturalista o tem acompanhado no seu desenvolvimento. Esses direitos que motivaram os debates nas teorias contratualistas, e que nos dias atuais estão pormenorizados no texto constitucional. Ou seja, aquilo que o homem sempre desejou nas suas gerações está sedimentada de maneira muito clara no século XXI como direitos fundamentais ou garantias do próprio homem.

Assim, apenas para explicitar a ideia, elenca-se aquilo que no século XVIII já se pontuava como direitos indiscutíveis do homem. Contudo, na nossa seara constitucional, alguns de forma expressa, somente apareceram no final do século XX, concretizando os ideais de um país democrático.

> 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:
> II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;
> XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.[2]

Esses são alguns exemplos que levam a compreensão do entrelaçamento do

[1] SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.39.
[2] VADE Mecum. **Constituição Federal de 1988**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 9-11.

tempo passado e, principalmente, a história recente sobre os direitos humanos.[1] Se há um substrato na legislação que garante que o homem é portador de direitos, logo, representa uma intrínseca relação que envolve a dignidade como fundamento dos direitos humanos. Todavia, quando se estabelece na legislação pátria, é perfeitamente compreensível que essa mesma dignidade representa uma estreita conexão com a cidadania[2], a qual nos dá uma ideia de direitos. Afinal é essa junção entre cidadania e dignidade que envolve um mesmo patamar de compreensão, uma universalidade de valores.

Nessa esteira, o que se analisa é estabelecer que a dignidade humana precisa ser compreendida sob o manto da universalidade, não cumprindo aqui destacar outras espécies, ou mesmo qualidades do homem. Para tanto, o elemento caracterizador dessa premissa, segundo Kant está legitimamente estabelecido na autonomia, pois esta supõe moralidade e ao longo de sua existência outros comportamentos podem aderir. Assim, o homem, tem a capacidade de autodeterminação, dotado de razão e consciência que muitas vezes podem ser suprimidas ou mesmo afetadas.[3]

No mesmo olhar, Kant assevera que o homem deve ser um fim em si mesmo, ou seja, afirma que esse possui dignidade e esta característica fundamental é o que fará distinto dos demais. Fato este que o torna portador da racionalidade, e desta deriva a moralidade, perfazendo assim, algo em si mesmo. Nessa vertente, este mesmo homem manifestar-se-á na expressão da sua plenitude, livre e independente.[4]

Nesse pensamento, importante entender na análise Kantiana que "o conceito de liberdade é a chave no pensamento e com ele se pode chegar à definição de dignidade humana".[5] Desta forma, o homem tendo liberdade e autonomia poderá estabelecer normas e diretrizes universais que ele próprio poderá submeter-se. Ou seja, o respeito recíproco

[1] François Ost quanto trabalha na sua obra "O tempo do Direito", parte do princípio de três teses: a primeira ela fala do Tempo, que representa além de um fenômeno físico, também é uma instituição social. O tempo é que mostra tudo o que homem constrói, perde, ganha e recupera etc. O tempo está umbilicalmente voltado as conquistas e desastres humanos. Por outro lado, a segunda tese, é o Direito que na sua vertente contribui para a instituição social. Com diz Host, *"o direito é um discurso performativo, um tecido de ficções operatórias que exprimem o sentido e o valor da vida em sociedade".* A terceira é, exatamente, a imbricação das duas primeiras, ou seja, uma interação dialéctica entre tempo e direito. Ambos se conjugam. Como afirma o autor: "o direito afecta directamente a temporalização do tempo, ao que, em compensação, o tempo determina a força instituinte do direito". A expressão do direito somente se acentua com o tempo. É exatamente essa premissa que se pode observar a partir do Estado de Natureza, da Sociedade Civil e o Estado Moderno e, a partir de então, com os Direitos Humanos como fundamentos de sobrevivência do homem. OST, François. **O Tempo do Direito**. São Paulo: Instituto Piaget, 1999. p. 12-15.

[2] MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 21.

[3] KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Texto Integral. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret. 2005. p. 61-63.

[4] Ibidem, p. 64-65.

[5] BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 69.

dependerá da racionalidade que esse mesmo homem implantará dentro do seu próprio sistema. Logo, duas máximas deverão estar presentes: "Não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana".[1] Quanto à última máxima, pode-se afirmar que uma dessas "necessidades vitais" é a proteção do direito à vida, viabilizado pelo direito à segurança.

Assim, a dignidade sob o aspecto universal representa uma qualidade que não pode ser renunciada pela condição humana. Mas, respeitada, mantida, promovida, protegida, edificada, consolidada, pois é o resultado que decorre intrinsecamente da natureza do ser humano. Da mesma forma, todo o questionamento oriundo da história e manutenção de justificação dos direitos humanos está substanciado diretamente a ideia de dignidade humana, não restando outra opção, senão o seu entrelaçamento genuíno.

Nesta perspectiva, pode se evidenciar que o homem é dotado de dignidade. Dignidade esta que precisou constar no Texto Constitucional no limiar do século XXI materializando um dos fundamentos da República. Todavia, essa dignidade humana não é coisa nova, ela remonta suas raízes na "história da filosofia Ocidental"[2], como referendado na introdução deste trabalho. Ainda, no mesmo sentido, essa mesma dignidade não foi construída de uma só vez, e sim, em diferentes épocas valores foram agregados, novas avaliações foram introduzidas pelos historiadores, remodelando o que se conclui hoje, como valor supremo do homem.

De fato, é esse horizonte que permeia à discussão que está imbricada diretamente com a evolução do homem, materializando à sua essência. É esse viés da dignidade da pessoa humana que está presente como vetor nas mais diversas constituições, de forma quase universal, formalizando o fundamento dos direitos humanos. É nesse sentido, que essa dignidade humana está muito bem representada no pensamento de Vicente de Paulo Barreto, onde preconiza de forma muito objetiva e magistral o seguinte:

> A dignidade humana é, principalmente, um direito do homem que surge em função da necessidade do reconhecimento de outros direitos da pessoa, que se situem para além dos direitos individuais. Essas novas categorias de direitos fundamentais, reconhecidos nos textos constitucionais, aparecem paralelamente ao surgimento de ideias jurídicas como a de humanidade ou de espécie humana. E assim continua, o principio da dignidade humana constitui, também, a fonte legitimadora de todos os demais direitos fundamentais.[3]

Compreendendo esta similitude, chega-se à conclusão de que não há possibilidade

[1] Ibidem, p. 70.
[2] Ibidem, p. 58.
[3] BARRETO, op. cit., p. 72.

nenhuma de qualquer materialização dos direitos fundamentais sem uma ordem justa e equânime como balizador de preceitos fundamentados na dignidade humana, como resposta ao passado e presente, principalmente hoje, no pensamento da Democracia a qual representa o Estado Brasileiro como signatário dos direitos humanos.

Dessa maneira, não podia ser diferente o interesse demonstrado no que realmente configura a dignidade humana. Bem supremo do homem. Como bem assinala Fabio Konder Comparato:

> A dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado.[1]

Consequentemente, é essa autonomia que antes já afirmada por Kant, e no mesmo sentido por Comparato, confirma ao homem essa dignidade, pois o homem não tem preço, ele é dotado da razão de ser.

Portanto, no sentido de buscar o horizonte histórico da dignidade humana é importante frisar que muito longe de esgotar o assunto é permear o interesse pela abordagem e mostrar que essa dignidade se torna incontestável diante da evolução dos direitos e, principalmente àqueles estabelecidos pela Carta Magna de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao abordar a dignidade humana, oferecendo um horizonte histórico de sua afirmação, quer-se mostrar a sua imensurável importância no aprimoramento dos direitos fundamentais. Justifica-se a ideia de um trajeto de reconstrução, de real importância e significativo valor agregado ao homem pela condição que representa no cenário do Estado Democrático.

De outro modo, a dignidade humana representa um direito necessário ao reconhecimento de outros direitos, assim como fundamento dos direitos humanos vivenciados nos dias de hoje. Desta feita, exatamente por pertencer à própria condição humana, também é necessário frisar que essa dignidade de hoje, pode não ser aquela de amanhã. Contudo, o caráter de construção será sempre para melhor, não se permitindo uma condição de redução, tendo em vista que o seu portador inato é mutável.

[1] COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

Desta maneira, o cunho de universalidade que a Dignidade Humana alcança, representa uma condição de segurança para a própria Democracia a qual está alicerçada o Estado Brasileiro como legítimo signatário dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

BONI, Luiz Alberto de; OCKHAM, GUILHERME DE. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos / Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Coleção Díke. Direção de Vicente de Paulo Barreto. Tradução de Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

ENGELMANN, Wilson. **Direito Natural, Ética e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FUSTEL, de Coulanges Numa Denis. **A Cidade Antiga**: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma. Tradução de J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Texto Integral. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret. 2005.

OST, François. **O Tempo do Direito**. São Paulo: Instituto Piaget, 1999.

MENDONÇA, Paulo Roberto S. Stoicismo. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MORAIS, José Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PENALTA VITA, Caio Druso de Castro. HUGO GRÓCIO. In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos / Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VADE Mecum. **Constituição Federal de 1988**. 11. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011

O RETROCESSO DO SISTEMA PENITENCIÁRIO, MEIOS ALTERNATIVOS PARA A SOLUÇÃO DA SUPERLOTAÇÃO E A EDUCAÇÃO COMO MEIO FUNDAMENTAL DE INIBIÇÃO DA CRIMINALIDADE

PRESA, Bruna Cavalca[1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo abordar o atual retrocesso do sistema penitenciário pela sua superlotação, a ressocialização falha dos indivíduos e a falta da dignidade da pessoa humana dentro do encarceramento. Visa ainda meios de restaurar isso através de políticas preventivas ao crime e penitenciárias que atendam de fato o objetivo prioritário do sistema que é a ressocialização. Para tanto a trajetória a ser percorrida irá desde um caráter histórico das penas e das prisões, até a estruturação desse sistema e dilemas vivenciados pelos detentos. Será enfoque também diretrizes penais a serem aplicadas, assim como alternativas as penas privativas de liberdade como forma de resolução das problemáticas. Além disso, um dos pontos desse trabalho é desenvolver a ideia de que a educação é o principal meio solucionador para a criminalidade, fato comprovado através de dados e pesquisas realizadas por grandes instituições.

Palavras-chave: Penitenciárias, Ressocialização, Alternativas.

THE REGRESSION OF PRISON SYSTEM, ALTERNATIVE MEANS TO SOLUTION THE OVERCROWDING AND THE EDUCATION WITH ESSENTIAL MEANS FOR INHIBITION OF CRIME

ABSTRACT

The objective of this present article is the overall regression of the prison system by your overcrowding, the fault resocialization and fault of human dignity inside the prison. Also aims effective means to restore this by the criminal preventing and good prisons. For this the trajectory starts in the history of sentences, the system structure and problems experienced by prisoners. The objective also is alternatives for the custodial sentences with solution to the problems. In addition, one point of this work is develop the idea with education as the criminal solution, fact proven through data and researches by large institutions.

Keywords: Penitentiary, Resocialization, Options.

[1] Acadêmica Bruna Cavalca Presa, do curso de Direito – UDC.

1 INTRODUÇÃO

Um dos grandes desafios dos homens é crer na capacidade das autoridades políticas de não só criar, mas tornar os programas econômico-sociais eficazes.

No Brasil o tripé trabalho-profissionalização/ educação/ assistência (social e econômica) que sustenta a ordem da sociedade é falho, trazendo um retrocesso aos tempos modernos.

A administração pública brasileira vem, na prática, se demonstrando incapaz de sanar seus principais problemas. Conviver com aquilo que está no papel e que não se transpõe a realidade é o maior fator da descrença perante a um governo falho em uma lista interminável, como: Sistema de abastecimento de água falho, falta de saneamento básico, falta de qualidade e existência de transporte público, precariedade em atendimentos médicos clínicos e hospitalar, insuficiência na oferta de vagas escolares e creches, ensino público deficitário, dificuldade de achar colocação no mercado de trabalho, estabelecimento carcerários superlotados, impunidade, criminalidade falta de segurança.

Frente à possibilidade de que qualquer cidadão, indiferente de classe ou raça está exposto aos problemas decorrentes dos descasos da administração pública o sentimento de insegurança aflora. A população cada vez mais sofre com a possibilidade de ter o seu bem mais precioso vilipendiado – a vida. Não é incomum o confinamento de famílias atrás de muros altos e privilégios da segurança privada. Tão pouco em lugares onde os privilégios não são uma opção, ser feita a justiça com as próprias mãos quando a justiça oficial é incapaz de agir em meio a um mosaico onde convivem trabalhadores bandidos, trabalhadores e bandidos. A impunidade acarreta a insegurança e o descaso administrativo acarreta a criminalidade.

2 SISTEMA PENITENCIÁRIO

2.1 AS PENAS E O ASPECTO HISTÓRICO DA PRISÃO

A princípio a prisão não tinha a finalidade de cumprir um papel de condenação ao violador da norma. A prisão veio como um meio de custódia, com caráter tão somente processual, onde o indivíduo aguardava a condenação que ora seria aplicada penas aflitivas de maneira corporal ou a pena de morte.

São consideradas penas aflitivas aquelas que importem em sofrimento físico do condenado que não ocasione a morte. A pena aflitiva é dividida entre diretas e indiretas. Basicamente as penas aflitivas diretas ou positivas são aquelas em que ou não há uma sequela visível no corpo do executado pois trata-se de uma tortura que impedia a sua comprovação por não haver marcas, ou há sequelas permanentes e evidentes como por exemplo amputação de membros e marcas, principalmente no rosto como forma de expô-lo a sociedade. Já as penas aflitivas indiretas correspondem aquelas que impedem o condenado de praticar a sua liberdade natural, como exemplo a detenção, mas ela nada mais era do que uma medida cautelar onde o condenado aguardaria preso a aplicação de uma pena corporal, de natureza aflitiva ou até mesmo a morte, ou seja, a privação de liberdade era somente uma necessidade processual.

Manuel de Lardizábal y Uribe critica com veemência as penas aflitivas diretas e o afastamento da finalidade essencial da prisão e da pena que é recuperar o infrator e prepará-lo para a sociedade novamente:

> Qual será a utilidade, para a República, de um homem, a quem, para lhe corrigir, se lhe cortou um pé ou uma mão? Essa pena cruel, que somente serve para deformar os homens, em vez de corrigir o delinquente, que é o fim principal das penas, faz com que piore, pois, privando-lhe dos membros que a natureza deu como necessários para que os racionais ganhem honestamente a vida, o obriga, quando menos, a viver ocioso na sociedade, em prejuízo dos demais.

A pena de morte é uma das penas mais antigas aplicadas pela maioria dos povos. Sua execução podia ser lenta e dolorosa como as crucificações, ou rápida como as decapitações. A pena de morte nunca teve um caráter retributivo, ou seja, de pagar-se pelo dano causado, mas sim de conservação da soberania do Estado. O problema é que havia altos índices de erro, uma vez que o Estado condenava as pessoas utilizando a tortura como meio legal de obter a confissão, muitas vezes o acusado preferia confessar falsamente do que continuar sendo torturado. Mas, o período iluminista teve fundamental importância no pensamento punitivo, modificando o processo penal a ser seguido, a necessidade de provas e sobretudo quais penas deveriam ser impostas. As penas extremamente desproporcionais passaram a ser graduadas conforme os fatos e se houvesse alguma lei que proibisse determinada conduta, só seria cabível de punição se o fato fosse posterior a lei, surgindo então um esboço do princípio da anterioridade penal.

Até mesmo a pena de morte foi aperfeiçoada para acarretar menor sofrimento possível para o condenado, como a criação da guilhotina.

Beccaria, um humanista defensor dos direitos individuais naturais traz em sua obra intitulada Dos Delitos e das Penas, a pena de morte em casos excepcionais como em revoluções

contra a forma do governo estabelecida. Atualmente, porém, algumas sociedades – consideradas pós- modernas, praticam a pena de morte em crimes comuns, como exemplo os Estados Unidos, Japão e China[1], já outros como o Brasil aplicam somente em casos de guerra declarada.

Segundo a Anistia Internacional, em 2013 foram registradas 1925 sentenças de mortes em 57 países. E ainda, 778 foram executadas em 22 países, sendo a maioria na China, Irã, Iraque, Arábia Saudita, Estados Unidos e Somália. Os métodos utilizados variam de decapitação, eletrocussão, enforcamento, injeção letal e tiros, sendo em alguns países realizados de maneira pública (Irã, Coréia do Norte, Arábia Saudita e Somália). E as confissões não foram obtidas conforme padrões internacionais de julgamentos, mas sim por meio de tortura. Há casos ainda de condenações por crimes cometidos por menos de 18 anos na Arábia Saudita.

A maioria dos países já vem avançando contra a tortura e a aplicação da pena de morte, baseados em que ao ocorrer erro judicial, os danos da pena de morte são irreversíveis e ainda, ela não possui caráter inibidor da criminalidade, a única característica que a compõe é a ofensividade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Pacto são José da Costa Rica – 1969 já trazia a vida como um dever dos Estados e direito dos protegidos, defendendo-a desde o momento da concepção, sendo que ninguém pode ser privado de maneira arbitrária. Traz em seu rol que nos países onde a pena de morte não foi abolida, ela só poderá ser aplicada em crimes mais graves e nunca por delitos políticos, ficando proibido também a sua aplicação aquele que consumou o crime com menos de 18 anos e mais de 70 anos e em mulheres em estado de gravidez. Ainda traz a impossibilidade de restituir uma pena de morte em um país em que foi extinta e concede a toda pessoa condenada à morte o direito de solicitar a anistia, indulto ou comutação da pena. [2]

A virada do século XVIII para o século XIX foi o marco para o estabelecimento da pena privativa de liberdade como sansão, a partir daí a prisão começou a ganhar um status de medida principal e então surgiu a necessidade de locais para o cumprimento dessa sanção, como cita Ana Lúcia Sabadell: “A privação de liberdade, enquanto modalidade punitiva, surge no século XVIII, tendo sido mencionada pela primeira no projeto de codificação penal aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte Francesa. ”

[1] Segundo dados fornecidos pela Anistia Internacional em 2008, a China é responsável por 72% das execuções realizadas em todo o mundo. Ainda segundo a Anistia Internacional somente 25 dos 59 países adeptos a pena de morte, tiveram execuções em 2008.

[2] A anistia é de competência da União e está prevista no artigo 48, VIII, da Constituição Federal. Geralmente possui um cunho político e através dela o Estado renuncia o seu *ius puniendi,* perdoando a prática de um ato criminoso. A graça e o indulto são de competência do Presidente da República. A graça é concedida individualmente a uma pessoa, sendo o indulto concedido de maneira coletiva a fatos criminosos.

O sistema penitenciário começou e seguiu em falência. Antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, a Alemanha desencadeou um sistema cruel e arbitrário, uma caça aos estranhos à comunidade, como deficientes, homossexuais, prostitutas, moradores de rua para leva-los aos campos de concentração, razão pela qual surgiram inúmeros movimentos de abolição do sistema penitenciário.

A primeira prisão no Brasil surgiu em 1551 em Salvador – BA, mas somente em 1821 passa a existir uma preocupação das autoridades com as condições em que os presos estavam expostos. Enquanto o preso ainda era jogado em celas escuras e úmidas o propósito real do sistema não era cumprido. Por isso em 1824 a Constituição Federal trouxe no seu corpo que as prisões deveriam ser limpas, arejadas, seguras e deveria haver uma separação em celas conforme a natureza do crime, isso estava disposto no seu artigo 179, XXI: "As Cadeias serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes. "

Somente em 1935 o Código Penitenciário da República propôs que além do sistema efetivar o cumprimento da pena ele deviria regenerar o indivíduo. Fato que gerou as penas de prisão atreladas ao trabalho.

> Era, de fato, o surgimento das penas de prisão com trabalho – o condenado tinha a obrigação de trabalhar diariamente dentro dos recintos dos presídios, que em alguns casos podia ser perpétua, e de prisão simples, que consistia na reclusão pelo tempo marcado na sentença, a ser cumprida nas prisões públicas que oferecerem maior comodidade e segurança e na maior proximidade que for possível dos lugares dos delitos. [1]

2.2 A LEI E AS ESTRUTURAS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

Para assegurar os direitos do preso e sua dignidade foi criado o Direito penitenciário. No corpo da Constituição Federal de 1988 é assegurado ao preso sua integridade física e moral em seu artigo 5°:

> 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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Além disso, a LEP – Lei de execução penal assegura, na teoria, em seu artigo 88 que o cumprimento da pena seja feito em celas individuais com área mínima de 6 metros quadrados

[1] Carvalho Filho, 2002, p.38.

e ainda um ambiente salubre pelos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico necessário para à existência humana – na prática esse é o maior dilema do sistema.

Determina também que o Estado deve prestar ao preso assistência material através da alimentação, vestuário, instalações higiênicas; Assistência saúde tanto preventiva como curativa; Assistência Jurídica com o fornecimento da defesa gratuita para o infrator; Ofertar ensino, sendo o primeiro grau obrigatório; Assistência social através do amparo ao preso, promovendo grupos de apoio, recreações e inclusive o preparo para a reintegração em sociedade; A liberdade religiosa deve ser mantida e os estabelecimentos penitenciários deverão ter locais apropriados para manifestações religiosas.

Os estabelecimentos penais destinam-se ao submetido às medidas de segurança, ao preso provisório e ao egresso. Ainda segundo a LEP as penitenciárias devem possuir em suas dependências áreas e serviços destinados à educação básica e profissionalizante – com local adequado para a prática de estágio do universitário, recreação, trabalho e pratica esportiva. Para as mulheres o estabelecimento deverá possuir exclusivamente agentes do sexo feminino nas dependências internas e deverá conter berçários, onde a condenada possa cuidar e amamentar o filho por no mínimo seis meses de idade.

Há ainda algumas regras que definem uma separação em seção diferentes entre o preso provisório e transitado em julgado: O primário do reincidente; E por fim aquele que pertencia a Administração da Justiça Criminal se preso deverá ficar em dependência separada.

As penitenciárias destinam-se ao condenado à pena de reclusão, porém no Brasil pela grande escassez de colônias agrícolas e casas de albergado, sendo 74 e 64 respectivamente em todo país, as penitenciárias que somam 470 instituições acabam superlotas e não aderindo aos preceitos legais instituídos a elas.

3 O RETROCESSO DAS PRISÕES

3.1 DILEMAS E DESAFIOS: O AUMENTO DA CRIMNALIDADE, A SUPERLOTAÇÃO E A RESSOCIALIZAÇÃO NO AMBIENTE ATUAL CARCERÁRIO

A Anistia Internacional trouxe em seus dados de fevereiro de 2015 o Brasil como um dos países mais violentos do mundo. Há um parecer de 130 homicídios diários e ainda uma estimativa de que 85% desses homicídios não sejam solucionados, o que gera sensação de impunidade e impulsiona o cometimento de fatos criminosos. Além disso, a impunidade está

presente até mesmo dentro dos presídios, onde em alguns casos a sentença se transforma em uma colônia de férias devido a corrupção do sistema.

O crescimento da criminalidade urbana no Brasil gerou uma população carcerária de 711.463 mil pessoas, sem levar em consideração os mandados ainda pendentes o que geraria uma população em torno de um milhão. O Brasil se tornou o terceiro país com a maior população carcerária. [1]

O sistema penitenciário brasileiro conhecido pelo seu rol de deficiências já foi classificado como "medieval" pelo Ministro da Justiça José Eduardo Cardozo, pois em um momento onde teoricamente a dignidade humana deveria ser respeitada, ela é na verdade dilacerada por esse sistema.

Dentre os principais problemas dos presídios encontramos a infraestrutura como principal através da superlotação onde o déficit atual de vagas pulou para 354 mil, também há falta de condições de higiene e maus tratos.

Em realidade, a superlotação carcerária passou a ser regra em todas as prisões. As consequências disso geram a promiscuidade, rebeliões, práticas de crimes dentro das prisões e ainda a corrupção dos próprios agentes carcerários que submetem os presos a extorsões, exigindo contraprestações para fornecer condições dignas de sobrevivência, o que, na verdade, seria obrigação do Estado com o preso. Desde o papel higiênico, a cela com alguma entrada de luz solar, até aparelhos de televisão e celulares são passíveis de negociação dentro do ambiente carcerário.

Nilo Batista Zaffaroni, Alagia e Slokar apontam, ainda:

> Que os riscos de homicídios e suicídios em prisões são mais de dez vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins e abusos sexuais, corrupção e carências medicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios. Assim, a prisonização é feita para além da sentença, na forma de pena corporal e eventualmente de morde, o que leva ao paradoxo da impossibilidade estrutural da teoria. Quando uma instituição não cumpre sua função, por regra não deve ser empregada.[2]

Essas questões não são somente um problema dos países relativamente pobres. Em uma visão geral, Luís Francisco Carvalho Filho trata que:

[1] Dados fornecidos pelo site oficial do CNJ referente a junho de 2014.
[2] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro, volume I, página 126.

“Países pobres e ricos enfrentam dificuldades. Cárceres superlotados na Europa, América, Ásia, no Oriente Médio. Prisões antiquadas na Inglaterra. Violência entre presos na Finlândia. Violência sexual nos EUA. ”

Fernando Capez define a sansão de caráter aflitivo como aquela imposta pelo Estado objetivando a retribuição punitiva a infração penal, promovendo sua readaptação social e ainda visando à prevenção de novas transgressões. Possuindo uma finalidade de reeducar o preso, atualmente, ao contrário do que se espera, há uma aprendizagem criminal, um amadurecimento criminoso dentro dessas instituições, gerando uma quantidade alarmante de ex-detentos sendo jogados na sociedade sem qualquer tipo de reabilitação, o que por consequência gera a regressão do indivíduo ao sistema prisional.

Dados fornecidos pela anistia internacional em 2015 mostram que as condições desumanas do sistema carcerário impossibilitam a ressocialização acarretando uma enorme reincidência onde a cada 10 presos 7 retornam ao cárcere, ou seja, a prisão não compre seu principal objetivo, como citado em afirmação de Enrique Ruiz Vadillo:“É de fundamental importância que o processo de reeducação e de reinserção social passem necessariamente pelo respeito profundo e incondicionado à dignidade do preso e à sua personalidade.”

Mas como esperar que um condenado que nunca aprendeu um ofício ou a ler e a escrever seja ressocializado? O conceito de ressocialização deve ser submetido a novos debates, pois não cabem tentativas extraordinárias para tentar restaurar alguém que não foi moldado.

Os presídios na verdade são “fabricas de presos”, onde o condenado é jogado e privado de cumprir uma pena pautada na dignidade da pessoa humana. A superlotação tornou-se regra e com ela veio as rebeliões, crimes internos e a corrupção inclusive daqueles que deveriam trabalhar para manter a ordem do local, os presos passam a ser submetidos a situações pelos agentes para terem aquilo que, em tese, é obrigação do Estado fornecer e, isso vai desde uma escova de dentes até televisores nas celas e um telefone celular.

São essas situações que também contribuem ao aumento da taxa de criminalidade, uma vez que o preso não é moldado para inserção na sociedade e dependendo da situação ora encontra-se em uma colônia de férias dentro dos presídios ora encontra-se em um inferno.

A consequência de como caminha o sistema prisional brasileiro pode ser observada no massacre da Prisão de Carandiru em 1992 onde 111 pesos foram mortos por policiais durante uma suposta rebelião, sendo noticiado ainda o porte de armas pelos detentos.

A Prisão de Carandiru, criada em 1920 serviu de exemplo, sendo considerado um dos complexos penitenciários com padrão de excelência por 20 anos. Criado para abrigar 1200 presos, os detentos do local ficavam encarregados dos trabalhos necessários para a manutenção

do local, como a limpeza, a cozinha e até mesmo na lavoura e serviços na clínica e hospital. Porém, os problemas começaram quando a população começou a exceder o limite. Em 1956 por haver uma necessidade de acomodar os presos a construção do complexo foi aumentada para suportar 3250 detentos, mas com isso a penitenciaria perdeu o seu formato e foi taxada como um celeiro de presos, onde esses eram jogados e amontoados para cumprir suas penas, chegando a abrigar aproximadamente oito mil presos. Em 2002 houve um processo de desativação do Carandiru e sua demolição.

No Brasil, embora haja complexos penitenciários considerados modelos e de segurança máxima, ainda existe a corrupção interna que permite que organizações criminosas sejam mantidas. Os "chefes" dessas facções criminosas conseguem atuar de dentro dos presídios comandando rebeliões e o tráfico, como é o caso do PCC- Primeiro Comando da Capital, de São Paulo, que em 2006, o seu líder comandou uma rebelião simultânea em 73 presídios paulistas, além de atentados no Estado, fazendo com que 82 ônibus fossem incendiados culminando a morte de 152 pessoas.[1]

As rebeliões possuem sua razão de existir. No século XX e no início do século XXI, penitenciárias foram encontradas sem qualquer trabalho ou educação ofertados aos presos. As comidas oferecidas a eles algumas vezes estavam vencidas e os presos eram submetidos a comer com as mãos. As visitas tornaram-se vexatórias pela revista sem os devidos equipamentos. O contato de condenados por crimes de natureza grave, de alta periculosidade em contato com um detendo que poderia ter sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direito, fazendo do presídio não um local de ressocialização, mas uma escola do crime. Há ainda a questão do alto índice de doentes que se encontram no sistema, muitas vezes privados de atendimento médico adequado, como é o caso da AIDS, doentes mentais que estão no cárcere quando deveriam estar internados para tratamento.

Os problemas parecem insolúveis e intermináveis, mas podem ser minimizados através da adoção de um direito Penal mínimo, onde diminui-se o número de condenações obtendo um resultado positivo nas políticas penitenciárias e acarretando a diminuição da superlotação.

[1] GRECCO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativa à privação da liberdade, página 184.

4 MEDIDAS ALTERNATIVAS PARA A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL

4.1 DIREITO PENAL MÍNIMO

Atualmente no direito penal há uma grande tendência de positivação de novos tipos penais, acredita-se que com o crescente número de leis haverá maior segurança.

Devido a esse fato, o poder legislativo encontra-se pressionado pela mídia - que representa a opinião pública, a editar novos tipos penais incriminadores e a aumentar as penas já existentes. Essa inflação legislativa ao contrário do que muitas pessoas pensam não ajuda no combate à criminalidade, justamente pelo seu excesso há uma sensação de descumprimento e impunidade, uma vez que as políticas de execução penal não conseguem acompanhar esse crescente.

O que existe hoje nada mais é do que a aplicação de um direito penal em *prima ratio*, abrangendo o máximo de bens possíveis, não dando espaço aos demais ramos do direito, contrariamente ao raciocínio de sua natureza subsidiária, de atuar em *ultima ratio.* A ideia de que o direito penal somente deveria proteger os bens mais importantes e necessários aparenta ter sido apagada, quando na verdade o direito penal deveria ser, conforme Roxin:

> A última dentre todas as medidas protetoras que se deve considerar, quer dizer que somente pode intervir quando falharem outros meios de solução do problema – como a ação civil [...], as sansões não penais, etc. – Por isso, se denomina a pena como a ultima ratio da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.[1]

A finalidade do direito penal nada mais é do que proteger bens de maior importância para a sociedade, aqueles bens que se outros ramos do direito atuassem em sua proteção seriam ineficazes. Esperanza Vaello traz que:

> Os bens jurídicos constituem valores ou interesses protegidos pelo Direito na medida em que são pressupostos necessários para que as pessoas desenvolvam sua vida social, podendo ser de natureza individual (vida, liberdade, honra, etc.) ou comunitária (saúde, segurança do Estado, meio ambiente, entre outros).[2]

Diferentemente do que ocorre no Brasil através das contravenções penais, embora os bens tratados nelas tenham sido considerados relevantes para a sociedade, para atingir o princípio da intervenção mínima, outros ordenamentos jurídicos deveriam atuar na sua proteção e se eficientes tirariam a sobrecarga e a desmoralização lançadas ao direito penal.

[1] ROXIN, Claus. Derecho penal – parte general, t. I, página 65.
[2] ESQUEDO, Esperanza Vaello. Introducción al derecho penal, página 42.

> O Direito Penal é secundário ou subsidiário, porque a pena somente deve ser aplicada quando o ataque ao bem jurídico não pode sancionar-se de maneira apropriada através dos meios de protege-los de que dispõe os outros ramos do ordenamento jurídico. A pena é, pois, um recuso de ultima ratio. O mesmo se deve dizer das medidas de segurança e correção. Este caráter secundário ou subsidiário do Direito Penal é uma consequência das tendências político- criminais do presente, inspiradas pelo princípio da humanidade.[1]

O problema na verdade está em classificar os bens "vitais" para serem abrangidos pelo direito penal. Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya trazem a dificuldade em limitar essa situação:

> [...] O critério de seleção ou hierarquização dos valores e interesses que o Direito Penal é chamado a proteger, de lesões ou colocações em perigo, não tem regra geral imutável, e sim depende da estrutura social determinada em um momento histórico. A decisão entre uma e outra postura não depende das bases valorativas que o próprio direito penal elaborou. A Constituição só constitui uma fonte de referência, mas tão pouco estabelece os limites à seletividade ou hierarquização, já que a sociedade evoluiu de maneira vertiginosa.[2]

Por isso, o legislador no momento de escolha do bem, aferindo sua importância individual e coletiva na sociedade, deve observar e se limitar ao princípio da intervenção mínima e atuação do direito penal em *ultima ratio,* observando se outros ramos do ordenamento jurídico podem se mostrar eficientes e eficazes na proteção daquele determinado bem.

Medidas despenalizadoras ou ainda medidas de substituições da pena privativa de liberdade se trazidas com maior frequência como forma de sansão acarretariam um grande avanço ao sistema prisional brasileiro.

4.2 ALTERNATIVAS A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

4.2.1 Mediação Penal

A mediação penal é meio de atingir a reparação do dano e evitar prisões desnecessárias. Tem como objetivo aumentar o respeito e confiança entre as partes e criar uma comunicação que importe na resolução do conflito de maneira adequada e rápida.

Em muitas situações, principalmente naquelas de menor potencial ofensivo, o que a vítima deseja é somente a reparação do dano ou um pedido de desculpas, que o autor do delito se sinta culpado e queira ressarcir o prejuízo, não importando a privação da liberdade desse.

[1] CURY URZÚA, Enrique. Derecho penal – parte general, t. I, página 54-55.
[2] BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Santos Montes. Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático, página 92.

Para que ocorra a mediação é necessário que o autor da infração reconheça sua culpa e a vítima valorize a vontade daquele de satisfazer os prejuízos causados. Faz-se o autor refletir sobre seu comportamento, despertando sua culpa e vontade de reparar o prejuízo. Através disso evita-se prisões, processos extensos e incentiva-se a reparação dos danos causados em benefício a vítima. No Brasil a lei já traz um ideal em seu rol as reparações convertidas em favor da vítima, impedindo então que o Ministério Público ou a própria vítima deem início a uma ação penal.

Além disso, já busca-se um avanço em relação a evitar os longos processos para infrações de menor potencial, em 1995, foi editada a Lei dos Juizados Especiais Criminais, onde é possível naqueles crimes que não possuem pena superior a dois anos que se proponha a transação penal (acordo feito pelo Ministério Público) ou que ocorra a suspensão condicional do processo, também prevendo que nas ações penais de iniciativa pública mas condicionadas a representação, que o ofendido faça acordos para a reparação dos danos extra autos, o que acarretará a renúncia ao direito de representação.

A justiça penal Brasileira está abarrotada de processos que aguardam julgamento e muitas vezes prescrevem nesse caminho ou a prolação da sentença deixa de cumprir sua finalidade de reprovar a prática do fato delituoso e impedir novas práticas de infrações penais. Não se consegue resolver em tempo hábil os conflitos levados até a Justiça e a mediação penal é um grande passo para suprir essa situação e aliviar o sistema prisional.

A proposta da mediação penal é uma justiça restaurativa onde sem ritos ou processos formais, haja uma resolução dos conflitos através da própria sociedade em relação a determinados fatos previamente estabelecidos.

De maneira simplificada haveria a criação de Juizados, mas informais, onde não haveria a figura de Juízes, Ministério Público ou advogados, mas sim a figura de conciliadores ou mediadores, preparados para conduzir a situação a um acordo entre as partes. O mediador nessa relação, segundo Maria Pilar, Sánchez Álvarez:

> Não é aquele que se valerá da força para impor a solução ao caso que lhe foi apresentado, mas si, com toda destreza e capacidade, diminuirá a distância existente entre o autor do fato e a vítima, permitindo que iniciem um diálogo de confiança, pois que a mediação é consequência da livre decisão de cada pessoa (vítima e infrator) e não a de um terceiro (mediador), de sentar-se à mesa para discutir os fatos que as envolveram, permitindo, assim, uma solução pacífica e racional do conflito que se formou.[1]

[1] SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. Mediación penal comunitária: desde donde y hacia donde. Página 29.

A justiça restaurativa geraria acordos então como “títulos extrajudiciais”, ou seja, no descumprimos do que foi estabelecido caberia apelação ao Poder Judiciário, resguardando o direito da vítima e a atuação do Estado.

Dessa maneira o princípio da subsidiariedade do direito penal seria atendido e acarretaria diminuição nas demandas judiciais penais e ainda o processo de deflação do sistema penitenciário.

4.2.2 Penas alternativas a prisão

No Brasil há, como meio de substituição das penas privativas de liberdade, as penas restritivas de direito e as penas de multa.

As penas restritivas de direito são aquelas estabelecidas conforme o artigo 43 do Código Penal: Prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária e limitação de fim de semana. Da interdição de direitos ainda se extrai a proibição do exercício do cargo, proibição do exercício da profissão, suspensão da habilitação para dirigir veículos e proibição de frequentar determinados lugares. Essas penas são substitutivas, ou seja, primeiro aplica-se pena privativa de liberdade e posteriormente se presentes os requisitos legais é feita a substituição.

Os requisitos legais para a substituição estão elencados no artigo 44 do Código Penal e são cumulativos, ou seja, para a concessão de substituição é necessário que todos os requisitos sejam atendidos. O primeiro requisito é objetivo e traz que é possível a substituição quando a pena privativa de liberdade não for superior a 4 anos e que o crime não tenha sido aplicado com violência e grave ameaça, ou ainda qualquer que seja a pena, desde que culposo. É necessário também que não haja reincidência por crime doloso. E como requisito subjetivo, ficando a critério do poder judiciário a decisão, a culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do acusado bem como se os motivos e circunstâncias indiquem que a substituição é meio suficiente de reprovação.

A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário de uma quantia fixada na sentença, estabelecida por dias-multa, esse valor não corresponde ao dano causado pelo acusado, é uma sanção de natureza patrimonial

As penas substitutivas das penas privativas de liberdade constituem um meio de solução, ainda que parcial, para os problemas relativos ao sistema carcerário.

Evita-se por ela os males gerados pelo encarceramento, principalmente quando se trata de presos que cometeram pequenos delitos, mas se encontram com delinquentes perigoso.

Através das penas alternativas será evitado a prisionização e que o acusado se adeque ao status de delinquente, dessa maneira a ressocialização é facilidade, pois o condenado continua mantendo vínculos familiares e seu emprego (como regra), ficando apenas restrito de determinadas situações ou encarregado de determinado encargo. Além disso há uma facilidade maior em reparação do dado causado a vítima e a reincidência se torna menor do que aqueles agentes que cumprem pena privativa de liberdade.

As penas são um mal necessário para a proteção de bens juridicamente tutelados, não havendo outro meio eficaz e suficiente para a sua proteção, mas o Estado Social e Democrático de Direito deve presar pela dignidade da pessoa humana e ao constituir uma pena observar sempre o princípio da necessidade, ou seja, a aplicação de uma pena necessária ara reprovar a prática de um fato – a qualidade da pena, e também pelo princípio da suficiência, que nada mais é do que o quantum estabelecido.

Por meio desses princípios as penas alternativas as prisões são formas de preservar a dignidade dos homens e evitar que se adentre em um sistema carcerário cheio de problemáticas que muitas vezes acarretam um prejuízo maior do que uma melhoria.

Mas, é verdade que o nosso ordenamento jurídico permite que haja prisões antes e após o trânsito em julgado da ação penal condenatória, por isso além das prisões posteriores cabe prisões cautelares, que muitas vezes levam alguém ao ambiente carcerário e que ao final do processo pode ser absolvido ou ter sua pena convertida a uma alternativa. Da mesma maneira que se aplica penas alternativas as prisões por sentença condenatória, deve-se aplicar medidas cautelares como substitutivas da prisão preventiva. O Código de Processo Penal em seu artigo 288, parágrafo 6° (criado pela lei 12.403 de 2011), assevera que a prisão preventiva só pode ser feita quando não for cabível outra medida cautelar, que são as elencadas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

4.3 A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO COMO MEIO UTÓPICODE SOLUÇÃO PARA A SUPERLOTAÇÃO

Há no Brasil uma dupla responsabilidade entre a administração do Estado conjuntamente com a terceirização de serviços como construção e funcionamento, manutenção

da saúde, alimentação, vestuário, trabalho, lazer, estudo, segurança interna (travas, algemas, etc.) para os presídios.

> Há basicamente quatro modelos de intervenção: a empresa financia a construção e arrenda o estabelecimento por determinado número de anos (30, por exemplo), diluindo-se os custos ao longo do tempo; a empresa transfere unidades produtivas para o interior de presídios e administra o trabalho dos presos; a empresa apenas fornece serviços terceirizados no âmbito da educação, saúde, alimentação, etc.; e, por fim, a forma mais radical, a empresa gerencia totalmente o presídio, conforme regras ditadas pelo Poder Público, sendo remunerada com base num cálculo que leva em consideração o número de presos e o número de dias administrados.[1]

Quando o Estado terceiriza busca-se um corte de custos e evitar gastos considerados, teoricamente, desnecessários.

Supostamente, aqueles serviços prestados por empresas privadas possuem o dever de qualidade e excelência, uma vez que passam por licitações públicas e competem umas com as outras, não devendo o custo ser o único fator de escolha. Na teoria, escolhe-se aquela que possui um preço razoável e qualidade na prestação de serviços, sendo que se não prestado o serviço de maneira adequada caberá rescisão contratual.

Mas quem fiscaliza essa atuação no Brasil? O Estado, em amplo sentido, e o Ministério Público possuem esse dever, mas é algo que se torna impossível, uma vez até mesmo as licitações encontram-se corrompidas e a má prestação de serviços se justifica na superlotação, onde nem mesmo as estruturas dos sistemas penitenciários permitem que os serviços terceirizados sejam prestados de maneira adequada.

A privatização total do sistema carcerário, onde a empresa seria remunerada pelo número de presos e pela total administração, vem então como uma luz para a solução dos problemas, mas infelizmente não é o que ocorre. Com a privatização adentra-se o preso a um sistema comercial, onde empresas passariam a disputar um mercado de “hotelaria” para pessoas que cometem crime.

Ao passo que, a princípio, os serviços melhorariam, pois haveria preferência de presídios com melhores condições, as empresas estariam sedentas em aumentar cada vez mais os seus números de presos, o que acarretaria em uma população carcerária cada vez maior.

Os Estados Unidos são um exemplo dessa situação. A partir da década de 80 eles tomaram iniciativas da privatização total de seus sistemas devido aos altos custos e superlotação. A privatização na verdade gerou somente um aumento no número de pessoas presas, uma vez que esse é o intuito das empresas lucrarem cada dia mais.

[1] CARVALHO FILHO, Luís Francisco, A prisão, página 63.

Há ainda fatores como a corrupção em relação a superfaturamentos das obras e prestações de serviços e ainda a impossibilidade daquele que não é administrador público impor regras de punição administrativas para faltas relativas ao ambiente carcerário que poderiam prejudicar a concessão de benefícios por bom comportamento avaliados pelo Ministério Público e juízes.

Diferentemente de um funcionário público que possui autonomia para agir, respeitando o devido processo legal, ao agente particular não incumbiria essa função, ficando ele encarregado de levar ao judiciário e ao Ministério Público todos os fatos passíveis de punição.

É claro que em países onde a privatização total foi efetivada, os problemas melhoraram, isso porque a cobrança da empresa privada é pautada em um contrato que estabelece penalidades relativas ao desempenho dos serviços, mas os problemas não foram resolvidos em sua totalidade, como é o caso da corrupção interna e punições abusivas, que ainda é o fato presente.

5 RELAÇÃO ENTRE A EDUCAÇÃO E A ATIVIDADE CRIMINAL: A EDUCAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO

A criminalidade é um problema social que afeta de maneira negativa a qualidade de vida de todos os cidadãos, gerando não somente prejuízos econômicos, mas também prejuízos morais.

Em uma sociedade individualista, a civilização tem como efeito desenvolver a concentração de riquezas. Para Marx[1] a atividade criminal é processo do capitalismo e, no capitalismo onde há acumulo de riqueza de um lado há pobreza do outro. O crime é apenas uma resposta do indivíduo ao meio em que ele vive.

> Não julgo que possamos esperar que a miséria seja curável. Podemos entrever paliativos para os males que ela determina, mas são bem difíceis de propor em nossas sociedades individualistas. O excesso de civilização tem por efeito desenvolver o luxo e concentrar a riqueza; à medida que as necessidades artificiais se tornam mais numerosas, são mais custosas de satisfazer; a riqueza de uma sociedade não é inesgotável e o aumento da parte de uns corresponde, inevitavelmente à diminuição da dos outros. [2]

[1] Karl Marx expõe a ideia em seu livro “O capital”, volume 1.
[2] J. MAXWELL, apud FERNANDES, 2002: 393.

Há no Brasil cerca de 6,5 milhões de pessoas que vivem abaixo das condições mínimas de sobrevivência, sem qualquer dignidade preservada, cenário que poderia ser diferente mantendo-se uma condição econômica estável através da política do salário, saúde pública, habitação de qualidade, regime de aposentaria e educação.[1]

No Piauí mesmo havendo 53% de pobreza e embora a falta de investimento na educação pública ainda esteja entre as maiores, os índices em relações criminosas são menores do que em estados ricos como São Paulo onde26% da população vivem na pobreza.[2]A aproximação de um jovem da criminalização está ligada diretamente as desigualdades sociais e a dificuldade de inserção no mercado de trabalho por falta de uma educação de qualidade e sistemas profissionalizantes, a criminalidade não engloba somente a pobreza, mas sim todo um contexto de educação dentro e fora de casa.

A educação de uma pessoa é um processo de acúmulo entre convivências ao longo da vida, partindo da estrutura familiar o indivíduo que ingressa em um sistema educacional que oferte qualidade e segurança tem diminuída a possibilidade de adentrar na criminalidade, o papel da educação é a revitalização, é introduzir a ideia da cidadania – e da falta dela, ao meio em que o indivíduo vive.

Em economia, a maioria das pesquisas realizadas sobre atividades criminosas se baseia no modelo teórico proposto por Becker (1968) onde o indivíduo parte de uma escolha racional para cometer um crime sendo que o benefício da sua execução deve ser maior do que o custo de sua execução, ou seja, o criminoso avalia questões como custo moral, custo de planejamento, a punição e probabilidade de ocorrência, entre outros.

A literatura brasileira reconhece que há dois pontos na teoria de Becker: A relação entre educação e atividade criminosa ocorre em função do custo de oportunidades, pois o indivíduo mais educado executará seus crimes de melhor forma, mas como ele também possui oportunidades melhores no mercado de trabalho, haverá um custo maior pelo delito, ou seja, a perda ao cometer um crime será maior, logo o outro ponto seria que a educação é parte da redução da criminalidade em longo prazo.

Em estados como Pernambuco, Piauí, Maranhão, Alagoas, Bahia, Pará e Paraíba onde os gastos públicos com a educação são baixos a tendência ao crime é maior. Pernambuco é o estado com a maior taxa de criminalidade e Alagoas é o quarto, sendo esse o terceiro estado que menos investe em educação e aquele o último.

[1] Dados referentes ao ano de 2012 segundo IPEA – Instituto de pesquisa econômica e avançada.
[2] IBGE, Censo Demográfico 2000 e Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF 2002/2003.

O Brasil infelizmente é um país onde a educação é negada à grande maioria da população. Pesquisas apontam que apenas 5% da população brasileira é universitária e ainda 15% possui segundo grau completo ou incompleto, restando 30% da população apenas com o primeiro grau completo e o mais alarmante mais de 50% da população é analfabeta. Essa situação apenas retarda o desenvolvimento econômico do país e afasta a população carente de informação e educação das oportunidades do mercado de trabalho e do desenvolvimento econômico-social familiar.

No Brasil há estados em que o governo gasta em média onze vezes mais[1] com uma pessoa presa do que com um estudante. Gasta-se menos que mínimo com os estudantes afastando o que prega o Ministério da Educação e a Constituição Federal que em seu artigo 206 e 211 diz que o ensino deve ser pautado nos padrões mínimos de qualidade visando o desenvolvimento humano.

No Paraná os gastos com um detento giram em torno de 1,8 mil reais mensais, enquanto o piso salarial de um professor ultrapassou essa marca somente em 2015. Em 2014 um professor recebia em média R$ 1.697. [2]

Em contra partida, em países com altos índices de investimento na educação e tecnologia como a Alemanha e Nova Zelândia a taxa de homicídios é de 0.8 e 0.9 para 100 mil habitantes respectivamente, competindo com 21 homicídios para cada 100 mil no Brasil.[3]

É irracional esperar que jovens não vejam a criminalidade como meio de diminuir as desigualdades sociais e é mais irracional ainda pensar que o sistema penitenciário irá oferecer uma ressocialização de qualidade quando não é possível nem mesmo oferecer uma socialização de qualidade a toda a população brasileira.

A educação nada mais é do que a socialização dos jovens. Ela nada mais é do que evitar que os jovens entrem em um sistema falido de correção. Ela é a solução ao longo prazo, onde aumentando os gastos e incentivos a educação e trabalho refletirá em uma diminuição da população carcerária e por consequência gerará uma vida mais digna e uma ressocialização de fato dentro do sistema penitenciário.

[1] No estado de Minas Gerais o gasto mensal com cada preso corresponde a 1,7 mil reais, ao passo que o gasto com um estudante gira em torno de 149 reais. Dados fornecidos pelo Estado de Educação e defesa social (Seds).
[2] Dados retirados http://www.pisosalarial.com.br/salarios/piso-salarial-professores/. Disponível em 06/03/2016
[3] Dados fornecidos pela UNODC, retirados do site <http://www.defesa.org/taxas-de-homicidio-de-acordo-com-a-unodc>. Disponível em 06/03/2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema prisional está em crise no Brasil, principalmente porque, não se consegue cumprir os objetivos para os quais ele foi criado, o que se consegue é apenas a ofensividade a dignidade da pessoa humana.

Propostas que buscam desenvolvimento do sistema de justiça tornando-o mais humano e valorizando os direitos fundamentais e a dignidade humana, em sentido amplo, dentro e fora dos presídios, são meios alternativos de se atingir a ressocialização de um indivíduo e reduzir o número de reincidentes dentro do sistema penitenciário, o que acarretaria a diminuição da superlotação e ainda a melhoria de qualidade dos serviços prestados dentro do sistema, incluindo a ressocialização.

A manutenção de ideais como o Direito Penal atuando somente na proteção daqueles bens indispensáveis e fundamentais a coletividade de maneira mínima e só quando necessário, ou seja, em ultima ratio, somente naquilo em que outros ramos do direito não são suficientes na proteção e ainda, meios alternativos as penas privativas de liberdades, são formas eficazes na redução das problemáticas do sistema prisional.

Mas, os problemas não estão somente em torno dos presídios e formas de cumprimento de pena. Não basta tentar modificar a situação dos detentos, pois essa é última fase, a última tentativa e, na prática, é inoperante. É necessário se observar o processo no início, para determinar quem será detento. Da mesma maneira, é necessários programas que atuem muito antes a isso, que antecedam a praticada do fato delituoso e barrem a entrada de mais indivíduos no “mundo dos crimes”.

A educação é meio em que se evita esse erro. É através dela que os jovens se afastam da criminalidade e se aproximam de um mundo onde o desenvolvimento cognitivo, social e a dignidade da pessoa humana são preservados.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro. Rio de Janeiro. Revan, 2003, v. I.

BUSATO, Paulo Cesar; HUAPAYA, Santos Montes. Introdução ao direito penal – Fundamentos para um sistema penal democrático. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. A prisão. Publifolha, 2002.

GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo. Editora Saraiva, 2011.

_____. Sistema Prisional, colapso atual e soluções alternativas. 3 ª edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2016.

_____. Curso de direito penal, Parte geral. 16ª edição. Rio de Janeiro. Editora Impetus, 2014.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. Mediación penal comunitária: desde donde y hacia donde. Barcelona. Icaria Editorial, 2006.

VAELLO ESQUERDO, Esperanza. Introdicción al derecho penal. San Vicente Del Raspeig. Universidad de Alicante, 2002.

<http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/5722/Educacao_e_a_Solucao_para_o_Desenvolvimento_de_Todos > Disponível em 06/03/2016.

<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>Disponível em: 15/03/16.

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO AO ACESSO À JUSTIÇA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

FERREIRA, Guilherme José[1]
ELLWANGER, Carolina[2]

RESUMO

O artigo baseia-se no direito fundamental ao acesso à justiça, fundamentado no paradigma constitucional. Por acesso à justiça depreende-se a plena satisfação do tratamento do conflito, de maneira rápida e eficaz. Neste sentido, será apreciado o instituto da mediação, que, de acordo com o "novo CPC", se consubstancia em uma fase processual de aglutinação das partes.

Palavras-chave: Direito fundamental, Acesso à justiça, Mediação, Novo código de processo civil.

ABSTRACT

The article is based on the fundamental right to access to justice, based on the constitutional paradigm. For access to justice it appeared the full satisfaction of the treatment of the conflict, quickly and effectively. In this regard, it will be appreciated the mediation Institute, which, according to the new "CPC", is embodied in a process step of bonding the parts.

Keywords: Fundamental right, Access to justice, Mediation, New Code of Civil Procedure.

[1] Acadêmico Guilherme José Ferreira, do curso de Direito – UDC.
[2] Professora Mestre Carolina Ellwanger – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo mostrar a relação do direito fundamental do acesso à justiça que consta na atual constituição federal, com uma nova forma de efetivação no processo civil visando trazer a todos a democracia social, harmonia entre as partes, bem como, respeitar seus direitos sendo um processo mais ágil, rápido e menos arbitrário.

Primeiramente tenta-se entender o processo histórico dos direitos fundamentais no Brasil, onde por muito tempo, os indivíduos da sociedade foram reféns de práticas abusivas dos poderes diante da lei, oportunidade que nem todos os seres tinham seu direito a dignidade garantido.

Mostra-se que um dos direitos fundamentais mais importantes para a pratica na sociedade é o acesso à justiça, ao propiciar que o indivíduo tenha sua demanda respondida de forma ágil e eficaz. Para isso, o novo código de processo civil, traz o procedimento de mediação, que visa de forma harmônica, ajudar as partes a chegarem a um consenso do que é mais adequado para o conflito por eles mesmos criados.

2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais[1] estão embargados na constituição federal brasileira de 1988. Com o término do regime militar, foram implantados como uma garantia para que o país não perdesse o controle novamente para regimes autoritários. Tais regimes, não raro, se caracterizam por tirar dos cidadãos os direitos fundamentais de informação, dignidade humana e sociais.

Os direitos fundamentais são considerados os direitos básicos a qualquer ser humano, independente de suas condições pessoais[2]. O Brasil percorreu um longo caminho para que um dia tivesse todas suas garantidas e direitos básicos estampados em lei e sendo soberana a qualquer outra lei abaixo da constituição, desde sua era imperial até meados do século XX, instituindo então a constituição federal consolidando os direitos fundamentais e da dignidade humana.

[1] Artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.
[2] FILHO, João Trindade Cavalcante. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. P. 06.

2.1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SEU PROCESSO EVOLUTIVO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira constituição no Brasil foi datada no ano de 1824, na era imperial, tendo sida outorgada por um imperador que obtinha o poder moderador, poder este capaz de manipular os outros poderes tendo em vista sua ótica e seus benefícios[1], nesta época não havia qualquer participação social, o voto ainda era censitário e o imperador obtinha também a hereditariedade. Ainda nesta constituição foi embargada a religião oficial sendo ela a católica apostólica romana e as igrejas eram subordinadas pelo Estado. A carta constitucional foi um grande passo para o Brasil, visando à independência do país[2].

A segunda constituição ocorreu em 1891, com a extinção do poder moderador. O Brasil deixa de ser uma monarquia e passa a ser uma república, sendo inspirada no modelo norte-americano dos Estados Unidos, passa a ter o regime do presidencialismo de forma direta, sendo o voto limitado aos homens acima de vinte e um anos e alfabetizados. Entretanto, esta constituição trouxe grandes mudanças ao Brasil, nela continha à união indissolúvel dos Estados, ou seja, o Brasil se tornou uma federação, a capital continuava sendo o Rio de Janeiro, porém, ganha o nome de Distrito Federal e o país passa a ser denominado como República dos Estados Unidos do Brasil, e com uma ideia liberal o Estado não tinha mais uma religião oficial, tornando-se laico.

O fim desta constituição deu-se com a insatisfação generalizada sobre a falta de normatização para ordenar o processo político[3]. A terceira constituição, datada de1934 chefiada por Getúlio Vargas, trouxe mais mudanças significativas ao país, com novas perspectivas para a população. Com esta constituição, a mulher ganhou voz e pode fazer parte das votações diretas, o voto passou a ser para todos acima de dezoito anos e secreto determinado por uma nova justiça eleitoral. A religião ainda fica inexistente, tendo o Estado como laico, porém, foi permitido o ensino religioso nas escolas e o casamento começou a gerar efeito civil. A constituição de 1934 sofreu influência na constituição da Alemanha que era baseada nos direitos humanos de 2º dimensão, visando os direitos a igualdade.

Deu-se o fim dessa constituição com o golpe feito pelo próprio Getúlio Vargas, neste momento, Vargas queria o nascer de uma nova era, visando um país desenvolvido a partir de indústrias. Neste período as mudanças foram inspiradas na constituição polonesa, trazendo

[1] LIMA, Antônio de Oliveira. A constituição brasileira: da Constituição Imperial a Constituição cidadã. Âmbito jurídico, 2009.
[2] LIMA, Antônio de Oliveira. A constituição brasileira: da Constituição Imperial a Constituição cidadã. Âmbito jurídico, 2009.
[3] Idem.

duas singularidades: a relativização do processo legislativo e o controle de constitucionalidade das leis[1]. No governo de Getúlio houve também uma política populista, vinculando o Estado como provedor das necessidades vitais básicas dos necessitados.

Com a nova constituição de 1946, dada pela queda de Getúlio Vargas, voltaram alguns direitos extinguidos pelo próprio criador delas em 1937, dentre eles, a igualdade conforme a lei, ausência de censura, liberdade religiosa, extinção das penas de morte e a separação dos três poderes[2].

Com o surgimento do regime militar, incorpora-se no Brasil a constituição de 1967, que era exercida pelo poder autoritário e ditador dos militares, conhecido como um dos períodos mais negros da história brasileira. A constituição de 1967 extinguiu o voto direto ao presidente da sociedade, apenas os deputados escolhiam de forma indireta. Os direitos básicos como dignidade humana, igualdade a lei, ausência da censura não existiam mais, e, além disso, a pena de morte e os crimes de tortura eram permitidos pelos militares. Para alguns doutrinadores, acreditavam em uma nova constituição de 1969 onde foram implantadas as emendas constitucionais que tiveram grandes alterações significativas, sem contar na criação dos AIs (Atos institucionais). O período ditatorial durou por muito tempo em vista do milagre econômico que colocou o Brasil em boas condições econômica financeira na época.

Com o início do processo de redemocratização, reforma partidárias e as “diretas já”, a assembleia nacional constituinte é convocada para a criação de uma nova constituição, dando origem a então atual constituição federal de 1988. Essa nova constituição visa à garantia dos direitos, o fortalecimento da democracia e dos direitos sociais. Nesse novo período, as principais alterações foram os direitos fundamentais, que se tornaram cláusulas pétreas. Também o pluripartidarismo e a volta da votação de forma direta e secreta para a sociedade para a escolha do presidente da república. Neste novo período a sociedade pode realmente ter seus direitos impetrados em lei maior para que desses pudessem desfrutar de sua dignidade, mesmo que, com muitas mudanças até nos dias atuais, a constituição vem sendo cada vez mais cobradas pelos agentes de direito como escopo da lei para que todos tenham seus direitos fundamentais visando uma sociedade mais justa.

[1] Idem.
[2] GASPARETTO, Antônio Junior. Constituição de 1946. Info escola.

2.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Quando se trata de direitos fundamentais, pode se imaginar muitos temas, em que o artigo 5º da constituição federal de 1988 apresenta um ponto que leva a teoria do processo a partir da ideia de democracia social[1]: é o acesso à justiça. Este acesso como direito fundamental está incluído no artigo 5º da constituição federal no inciso XXXV, onde se lê *"a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça ao direito".* Neste inciso, leva-se em consideração que todo ser humano tem o direito básico de ter formas que lhes deem caminhos ao acesso à justiça como forma de resolução de conflitos, o que muitas vezes, pode-se visar essa possibilidade no processo civil nos conflitos entre as partes.

O autor Luiz Guilherme Marinoni, rotula o acesso à justiça como uma teoria processual que se preocupa com a justiça entre as partes, visando a democracia[2],

> A temática do acesso à justiça constitui a visão metodológica do processualista que realmente considera a perspectiva constitucional. É que o tema do acesso à justiça trabalha a teoria do processo a partir da ideia de Democracia Social. O acesso à justiça é o rótulo da teoria processual preocupada com a questão da justiça social, justamente posta pela Democracia Social.

Sendo assim, o acesso à justiça é um direito fundamental que visa a democracia, sendo assim um direito humano que o poder judiciário não pode lesar ou ameaçar, ou seja, a lei tem que ser levada em igualdade, como se afirmar,

> A exigência de tornar a justiça acessível a todos é uma importante faceta de uma tendência que marcou os sistemas jurídicos mais modernos no nosso século, não apenas no mundo socialista, mas também no ocidental. Isso é evidenciado, mais claramente, pelas constituições ocidentais mais progressistas do século XX, **caracterizadas por seu esforço em integrar as liberdades individuais tradicionais – incluindo aquelas de natureza processual – com as garantias e direitos sociais, essencialmente destinados a tornar as primeiras a todos acessíveis** e, por conseguinte, a assegurar uma real, e não meramente formal, igualdade perante a lei[3].

Marinoni relata que um dos principais problemas do acesso à justiça é a duração do processo[4], visto que, a demora restringe o direito fundamental do cidadão, este problema exige uma maior atenção dos agendes de processo civil, onde se exige a rapidez do processo para conclusão do caso. Grande participação na culpa dessa demora generalizada se dá à falta de vontade política, onde visam interesses onde se exclui o poder judiciário[5]. Está questão também está ligada a estrutura do Poder Judiciário onde só se pode dar o bom funcionamento a partir

[1] MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. Ed. Malheiros. 2001. P. 21.
[2] Idem.
[3] MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. Ed. Malheiros. 2001. P. 25.
[4] Idem, P. 32.
[5] Idem, P. 33.

de números adequados de juízes ao número de processos[1], o que muitas vezes e em muitas cidades, há esse déficit que ocasiona a lentidão do processo.

O problema se agrava segundo Marinoni,

> A morosidade do processo atinge muito mais de perto aqueles que possuem menos recursos. (...) A lentidão pode favorecer a parte economicamente mais forte em detrimentos da menos favorecida; a demora a justiça pode pressionar os economicamente mais débeis a aceitar acordos nem sempre razoáveis. O que ocorre na Justiça do Trabalho é extremamente expressivo, já que, não é raro, o trabalhador, por não poder suportar a espera daquilo que lhe é devido, aceita conciliar em condições favoráveis à parte reclamada.

Nota-se então que o problema fica ainda maior pelo fato de atingir principalmente a população mais pobre, dando favorecimento para a parte economicamente mais forte, isto é, a pressão sofrida em cima da parte mais fraca é informalmente arbitrária, no que se consta que isso fere o direito fundamental do indivíduo ao lesar seu direito ao acesso à justiça, que resulta na demora de um processo judicial.

3 A MEDIAÇÃO: UMA BALIZA EFICAZ PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação entrou em vigor com a Lei nº 13.140/2015 com o intuito da resolução de conflitos, inserido no artigo 1º *"Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública".* Bem como seu parágrafo único *"Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia*". Sendo assim, aplicada ao processo civil, que traz balizas para que os processos ocorram de forma rápida, eficaz e plena, no que se inclui a mediação, que é vista como uma maneira de fazer com que as partes cheguem juntas a um acordo, Lia Sampaio define a mediação como,

> A mediação é um processo pacífico de resolução de conflitos em que uma terceira pessoa, imparcial e independente, com a necessária capacitação, facilita o diálogo entre as partes para que melhor entendam o conflito e busquem alcançar soluções criativas e possíveis[2].

[1] Idem, P. 34.
[2] SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. NETO, Adolfo Braga. O que é a mediação de conflitos. 2007.

A mediação traz uma possível solução a eficácia de um processo civil diante do judiciário, em que, no começo do processo, as partes se reúnam para consenso e saiam dali, satisfeitas com seus conflitos resolvidos.

O processo civil, dentre todas as balizas, traz duas que são relativamente parecidas, porém, são diferentes e são aplicados em casos diferentes, em que se fala da conciliação e da mediação[1].

A conciliação tem como objetivo, um conciliador, em que ele analisa o caso e busca uma solução pronta para as partes apenas concordarem, visando sempre, a ótica de cada um, visando o melhor acordo para as partes podendo dar dicas e sugestões. Assim, na conciliação o conciliador atua como terceiro imparcial que traz sugestões para as partes, a partir destas ideias, caberá as partes refletirem e assinarem (ou não) o contrato/acordo[2].

A mediação vem como objetivo de visar de modo neutro e imparcial as partes, fazendo com que, as duas partes, sozinhas, cheguem ao melhor acordo, visando os vínculos e conflitos da relação pessoal das partes[3], levando sempre para o lado do diálogo.

Vale ressaltar que nenhuma das duas balizas são definitivas para o processo, são apenas opiniões sugestivas e diálogos em concordância para a homologação judicial, então, nenhuma dessas partes terá seus processos julgados arbitrariamente se optar em uma das duas balizas.

O doutrinador Roberto Portugal Bacellar usa de conceitos não dado com imposição, mas como regra geral a diferenciação entre as duas no processo se dá,

> A conciliação é opção mais adequada para resolver situações circunstanciais, como indenização por acidente de veículo, em que as pessoas não se conhecem (o único vínculo é o objeto do incidente), e, solucionada a controvérsia, lavra-se o acordo entre as partes, que não mais vão manter qualquer outro relacionamento; já a mediação afigura-se recomendável para situações de múltiplos vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, entre outros. Como a mediação procura preservar as relações, o processo mediacional bem conduzido permite a manutenção dos demais vínculos, que continuam a se desenvolver com naturalidade durante a discussão da causa[4].

A doutrina diz que a conciliação é geralmente usada para processos em que as partes não tenham relações pessoais diariamente, e a mediação usada para processos em que as partes

[1] Professor Renê Hellman: Novo CPC – Audiência de mediação ou conciliação. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=vr9qwC39EbA>
[2] COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues. A pratica da mediação e o acesso à justiça: por um agir comunicativo. P. 08.
[3] Idem.
[4] BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual. Citado por: COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues. A pratica da mediação e o acesso à justiça: por um agir comunicativo. P. 09.

fazem parte de um conflito pessoal diariamente, conhecidos e familiares, sem ser obrigatório seguir essa regra, na qual das duas formas terem que ter vontade das partes.

4 A MEDIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo código de processo civil que entrou em vigor em março de 2016, traz a mediação em suas clausulas para melhor a efetivação dos conflitos no âmbito civil, embargados no artigo 334 contendo 12 parágrafos. *"Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência"* [1]. Neste *caput*, o Estado promove sempre que possível um dos meios de resolução de conflitos como iniciação do processo, sendo estimulado pelo juiz, advogado, defensor público e membros do Ministério Público.

Passa-se assim a análise da previsão do código sobre o procedimento de mediação previsto no artigo 334.

No **artigo 334, §1º**[2]tem-se que: *O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.*

Este parágrafo traz os auxiliares desse processo, o mediador e o conciliador que atuarão para auxiliar as partes a chegarem a um consenso sobre a demanda conflitiva.

> **Artigo 334, §2º**[3] - Poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação e à mediação, não podendo exceder a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão, desde que necessárias à composição das partes.
> Visando que o diálogo se perfaz como a base para a assunção da conciliação/mediação, a lei não estipula um limite mínimo e máximo na quantidade de sessões, apenas o tempo máximo para o desenrolar do procedimento mediatório.
> **Artigo 334, §3º**[4]- A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado.
> Os advogados da parte poderão fazer parte do processo até como objetivo de auxiliar na confirmação de um acordo.
> **Artigo 334, §4º**[5]- A audiência não será realizada:
> I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;
> II - quando não se admitir a autocomposição.

[1] Código de processo civil. Artigo 334. *Caput.*
[2] Código de processo civil. Artigo 334. § 1º.
[3] Código de processo civil. Artigo 334. § 2º.
[4] Código de processo civil. Artigo 334. § 3º.
[5] Código de processo civil. Artigo 334. § 4º.

Ambas as partes precisam ter sua vontade manifestada de querer fazer um acordo sem ter que ser de forma arbitraria pelo juiz e quando não houver um tipo de acordo mutuo ou visível entre as partes.

> **Artigo 334, §5º**[1]- *O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.*
> Para que a sessão de mediação não seja realizada será necessária a manifestação de ambas as partes, sob pena de não o fazendo-o e não comparecendo na sessão designada ser a estes atribuído multa por litigância em desacordo com os preceitos da justiça.
> **Artigo 334, §8º**[2]- *O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.*
> Este parágrafo é uma sanção para o não comparecimento não justificado, o Estado tem uma responsabilidade com as partes, e as mesmas, devem ter a mesma responsabilidade de comprometimento com o Estado para que se realize o processo de forma rápida e eficaz, o não comparecimento resulta em multa.
> **Artigo 334, §9º**[3]- *As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.*
> O auxilio dos advogados das partes é extremamente liberada. Isso pois, a ideia da mediação e conciliação é permitir que as partes tenham um maior grau de autonomia, sendo assim, não há a obrigatoriedade das advogados, apenas a manutenção do princípio da simetria: ou todos estão acompanhados por advogados, ou nenhum dos presentes deve ser acompanhado por seu patrono.
> **Artigo 334, §10**[4]- *A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.*
> No caso a parte não puder comparecer a audiência, por meio de uma procuração, ela pode dar poderes ao seu representante para que responda por ela no acordo entre as partes.
> **Artigo 334, §11**[5]- *A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.*
> Quando o acordo estiver confirmado entre as partes, será homologado judicialmente. Cumpre salientar que o objetivo da mediação não é propriamente o acordo, mas sim o tratamento do conflito por meio do consenso. Ao se ter um consenso, naturalmente as partesirão tabular o acordo.
> **Artigo 334, §12**[6]- *A pauta das audiências de conciliação ou de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.*

Os artigos acima visam mostrar a mediação como forma de balizar o processo para que haja mais agilidade e rapidez com eficácia no final do processo. Isso pois, o procedimento previsto no artigo 334 do CPC 2015, ocorrerá antes mesmo da apresentação da contestação por parte do réu. Ou seja, o ideário previsto no novo CPC é propiciar que em um ambiente otimizado as partes possam tentar resolver os seus próprios conflitos. Somente quando não for possível

[1] Código de processo civil. Artigo 334. § 5º.
[2] Código de processo civil. Artigo 334. § 8º.
[3] Código de processo civil. Artigo 334. § 9º.
[4] Código de processo civil. Artigo 334. § 10.
[5] Código de processo civil. Artigo 334. § 11.
[6] Código de processo civil. Artigo 334. § 12.

esta resolução é que o processo seguirá o seu curso como amplamente conhecido (contestação, fase instrutora, e assim sucessivamente).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista da questão evolutiva da história da constituição brasileira, nota-se o processo foi lento e burocrático até chegar à atual constituição, resguardando os direitos fundamentais da pessoa humana. Desde os primórdios, o poder executivo (ou moderador) sempre tinha em vista os seus interesses internos e pessoais, muitas vezes, a forma arbitrária dos governantes era excessiva, entretanto, era constitucional de acordo com a lei maior da época, sendo assim, existia a ausência/diminuição dos direitos fundamentais dos indivíduos da sociedade em questão.

Pode-se dizer que os direitos fundamentais começaram a se estabelecer na constituição de 1934, que trazia um novo modelo eleitoral de votação, dando também, direito às mulheres de votar e as leis trabalhistas que tiveram seu começo histórico e também seus direitos igualitários perante a lei. Todo processo histórico das constituições, levou o sistema governamental brasileiro em 1988 promulgar a constituição federal que se pauta na garantia e nos direitos fundamentais dos indivíduos da sociedade, resguardando seus direitos trabalhistas, sociais e igualitários perante a lei.

Como direito fundamental, o acesso à justiça é extremamente importante para cada indivíduo, isto é, traz em lei maior uma garantia ao cidadão a ter diversas formas de como conseguir a justiça entre as partes, onde nelas, todos saem satisfeitos, tornando assim, uma sociedade onde a democracia social, poderá viver em harmonia perante as decisões judiciais.

Como forma de balizar esse acesso à justiça, o novo código de processo civil traz a questão da mediação, que pode ser interpretada como um instrumento ao acesso à justiça, visto como uma resolução plausível, rápida para os problemas no âmbito jurídico civil. A mediação por consequência é a pratica fácil de acordo entre as partes, fazendo com que o processo além de correr mais rápido, traga satisfação das partes envolvidas, sendo que, o mediador será de forma imparcial as partes, auxiliando-os a encontrar uma solução mais justa e em concordância com o processo civil.

A efetivação da mediação traz bons resultado, visto que, as partes juntamente entram nesse acordo plausível para que se solucione o problema, geralmente, questões resolvidas entre partes familiares, sociais de pessoa jurídica e relações pessoais.

A mediação então é uma das primeiras partes de um processo civil, não sendo obrigado a passar por esse processo, mas o juiz solicita primeiramente esse recurso para que tenha um acordo harmônico entre as partes antes de entrar em um processo mais burocrático e tendo que no final agir de forma arbitrária.

Portanto, quando em um processo civil a mediação for usada para chegar a um acordo plausível e em concordância entre as partes, entende-se que o Poder Judiciário conseguiu realizar seu papel em vista da constituição federal, incluindo em seu processo, um direito fundamental de chegar mais rapidamente de forma menos desgastante e arbitraria ao acesso à justiça, sendo assim, a mediação usada trará satisfação no acordo jurídico homologado pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

PARRA, Patrícia. LOPES, Mariane Helena. **A mediação como forma de efetivação do acesso à justiça**. Campo Mourão, 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011.

TOALDO, Adriane Medianeira. **Mediação – novo instrumento de acesso à justiça**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011.

COUTINHO, Patrícia Martins Rodrigues. **A pratica da mediação e o acesso à justiça: por um agir comunicativo**. Asa sul, 2011.

CARVALHO, Eduardo Fischer. **A crescente necessidade de utilização da mediação e arbitragem no direito civil brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 139, ago 2015.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/repositorio>, acesso em 26 de março de 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. **Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009.

CARNEIRO, Ana Celina Monte Studart Gurgel**. Acesso a justiça e mediação: As casas de mediação no estado do Ceará**. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/esmp/publicacoes/edi001_2012/artigos/01_Ana.Celina.Monte.Studart.Gurgel.Carneiro.pdf>, acesso em 26 de março de 2016.

RUIZ, Ivan Aparecido. BEDÊ, Judith Aparecida de Souza. **Direitos fundamentais, mediação e acesso à justiça**. XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. São Paulo, 2009.

JUNIOR, Antônio Gasparetto. **A constituição de 1946**. Disponível em <http://www.infoescola.com/direito/constituicao-de-1946/>, acesso em 26 de março de 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil.** Disponível em <http://estadodedireito.com.br/conflitosnonovo/>, Acesso em 26 de março de 2016.

CERQUEIRA, Marcelo. **Constituição de 1824**. Disponível em <http://www.historiadobrasil.net/brasil_monarquia/constituicao_1824.htm>, acesso em 27 de março de 2016.

PEREIRA, Clovis Brasil. **Conciliação e mediação no novo CPC**. Disponível em <http://www.conima.org.br/arquivos/4682>, acesso em 25 de março de 2016.

RIBEIRO, Marina Tomasseli. **Aspectos da mediação no Novo Código de Processo Civil e na Lei nº 13.140/15**. Disponível em <http://www.fortes.adv.br/pt-BR/conteudo/artigos-e-noticias/296/aspectos-da-mediacao-no-novo-codigo-de-processo-civil-e-na-lei-n-1314015.aspx>, acesso em 27 de março de 2016.

Mediação e conciliação. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-mediacao>, acesso em 25 de março de 2016.

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

_____. CIVIL. Código de processo (2015). **Novo código de processo civil**. Brasília, 16 de março de 2015.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANOS MORAIS EM CASOS DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

OLIVEIRA, Valdecir Daniel Passarini de[1]
FELL, Elizangela Treméa[2]

RESUMO

A diversidade cultural que a sociedade e religião desenvolveram juntamente é vasta, o que dá a possibilidade de discriminação por causa de suas diferenças ideológicas, sendo chamariz de notícias para os meios de comunicação. Assim, busca-se na presente pesquisa analisar o instituto da responsabilidade civil por danos morais em casos de violação da liberdade religiosa, visando principalmente os princípios balizadores da Constituição Federal, e também a análise de casos práticos sobre o tema. Dessa forma, saber quando ocorre o preconceito e discriminação causadores da intolerância religiosa, torna-se uma árdua tarefa, pois princípios como o direito a imagem, crença e manifestação de pensamento estão relacionados com a liberdade religiosa, o que torna ainda mais difícil a arguição do dano moral. A metodologia empregada foi à dedutiva, em que por meio de uma compilação de documentos, legislação, jurisprudência, doutrina, além de outros meios, chega-se a conclusão da real possibilidade de solicitação de danos morais em casos de intolerância religiosa, arguida principalmente sobre o princípio da dignidade humana, mas que, entretanto, ainda nota-se a dificuldade em definir a intolerância religiosa, devido a gama de direitos já citados que dão a possibilidade de respostas diferentes não sempre a favor de que houve a intolerância dando danos morais, mas sim o simples direito a resposta.

Palavras-chave: Liberdade religiosa, Intolerância, Dano Moral.

CIVIL LIABILITY FOR MORAL DAMAGES IN CASES OF RELIGIOUS INTOLERANCE

ABSTRACT

The cultural diversity that society and religion have developed together is vast, which gives the possibility of discrimination because of their ideological differences, being a news attractive for the media. Therefore, it seeks in this research to analyze the institute of liability for moral damage in cases of violation of religious freedom, especially targeting the benchmarks principles of the Federal Constitution, and also the analysis of case studies on the topic. Thus, to know when occurs prejudice and discrimination causing religious intolerance, it becomes an arduous task, cause principles such as the rights of image, belief and expression of thought are related to religious freedom, which makes even more difficult the argumentation for the moral damage. The methodology used was deductive, in which through a compilation of documents, legislation, jurisprudence, doctrine, and other means, reaches the conclusion of the real possibility of request for moral damages in cases of religious intolerance, defended primarily on the principle of human dignity, but which however, also note the difficulty in defining religious intolerance, because the range of rights already cited that give the possibility of different answers do not always favor that there was intolerance giving moral damage, but the simple reply right.

Keywords: Religious freedom, Intolerance, Moral damage.

[1] Acadêmico Valdecir Daniel Passarini de Oliveira, do curso de Direito – UNIOESTE.
[2] Professora Doutora Elizangela Treméa Fell – Orientadora – UNIOESTE.

1 INTRODUÇÃO

A religião possui seus rastros em quase todas as sociedades do mundo, pois através dela conseguiu-se chegar a uma sociabilidade expressiva que permitiu a formação desses grupos. E ainda, o valor moral e cultural que a religião acaba trazendo, molda e direciona muitos indivíduos. Assim, a sua importância e também periculosidade é clara.

Desde o início da atual República Federativa do Brasil, a religião, principalmente a católica, marcou uma forte presença na construção do Estado, chegando a aparecer em quase todas as Constituições. Assim, hoje, encontra-se um Estado laico, separado da Igreja, mas que preza pela liberdade religiosa ou mesmo por não ter religião alguma. Entretanto, ainda existem resquícios dessa forte ligação entre Estado e religião.

Desse modo, a linha entre tolerância e a intolerância religiosa acaba sendo muito tênue. Conflitos entre indivíduos de religiões diferentes acontecem cada vez mais, o que faz com que o Estado tenha que intervir diante de tais situações, sendo ele "imparcial" entre ambas as partes.

Saber, então, identificar o ponto que essa liberdade religiosa passa ser intolerância, torna-se necessária atualmente, para conseguir compreender se há possibilidade de poder pedir a responsabilização civil por danos morais aos que se sentirem ofendidos diante de situações estressantes e humilhantes que ferem a sua dignidade e moralidade.

E como coloca Silvia Araújo Dettmer, "Não é fácil abordar o assunto religião, na atualidade, tendo em vista que é um tema complexo, de alta diversidade, peculiaridades e de intenso conflito jurídico-moral. " (2014, p. 139). Assim, o problema em questão é saber quando ocorre a intolerância religiosa, pois em seu contrapeso está a liberdade religiosa que acarreta a tolerância, que também aborda a liberdade de expressão e diversos outros direitos, o que torna difícil identificar essa linha tênue transparente entre ambas. Também saber se é considerado crime, cabendo danos morais.

Isso posto, nessa pesquisa, através de uma metodologia dedutiva, em que com uma vasta pesquisa bibliográfica, documental, legislativa, jurisprudencial, doutrinaria, além de outros meios, tenta se comparar tudo isso para estudar a possibilidade de danos morais em casos de intolerância religiosa.

Assim, primeiramente será analisado o que é a liberdade religiosa, buscando as definições de liberdade e religião e a sua evolução na política, história e direito, principalmente na Constituição. A diferenciação de tolerância e intolerância religiosa, mostrando casos a fim de

serem averiguados. A responsabilidade civil que acarreta danos morais e por fim, se há a real possibilidade do pedido de danos morais no tema aqui estudado, visto os casos analisados.

2 LIBERDADE RELIGIOSA

No momento em que o homem começou a compreender os mecanismos naturais ao seu redor, ele notou algo místico em sua realidade, assim começou a associar a natureza e suas transformações (como as fases lunares, estações, animais, etc.) a seres com poderes sobrenaturais, iniciando o que hoje se entende por religião. O estudioso Robert Crawford:

> [...] define religião de uma forma que concordamos inteiramente como sendo um estilo de vida, resultado de crença em um Deus, uma salvação ou uma iluminação que pode, inclusive conter seres espirituais, nos quais temos os rituais, as comunidades e as adorações. (apud GONÇALVES, 2012, p. 225)

Presentemente há a necessidade de se traçar uma linha para definir quais os poderes e limites que os seguidores de uma religião possuem, para, assim, não afrontar a religião alheia, e vice-versa. O que aborda dessa forma a concepção de liberdade, que pode ser entendida sob três compreensões segundo o Dicionário de filosofia de Nicola Abbagnano (1970, p. 577-578): primeira, como autodeterminante, sem limites e condições; segundo, como necessidade, em que autodeterminação é dada pelo meio em que o indivíduo está; e, como possibilidade e escolha, na qual a liberdade é limitada. E nas palavras de José Alfonso da Silva abordando do assunto, explica que:

> Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima. (2010, p. 232)

> E chega a definição que "[...] a liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. " (SILVA, 2010, p. 233), Portanto, cria-se um novo princípio, o princípio da liberdade religiosa, que pode ser esclarecida segundo Ferreira como "[...] o direito que tem o homem de adorar seu deus, de acordo com a sua crença e o seu culto. " (2001, p. 102) E complementando que "[...] a liberdade religiosa (ou de religião) engloba no seu núcleo essencial tanto a liberdade de ter, quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião, desdobrando-se em diversas outras posições fundamentais [...]." (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2013, p. 476-477)

Na história esse princípio sofreu grandes mutações em relação à sociedade e o Estado. De acordo com Dettmer, "Na Antiguidade, a religião costumava andar intimamente associada à

vida do povo. A ideia religiosa foi, entre os antigos, o sopro inspirador e organizador da sociedade. ” (2013, p. 74). Estado e religião eram unos, acabavam se confundindo, pois, as Igrejas, principalmente a Católica, tinha forte influência dentro da política, permanecendo assim até meados do século XVI com a reforma protestante, o que fez com que a Religião perdesse um pouco do poder dentro Estado.

No Brasil, segundo Gonçalves (2012, p. 210-211), a religião teve grande influência nas Constituições desde o Império, devido a sua colonização por jesuítas. À exemplo, nas Constituições de 1824[1], 1934[2], 1946[3] e 1967[4] de forma geral, fizeram menção explicita a Deus, com exceção a de 1891 e 1937.

Atualmente, a liberdade religiosa no plano internacional é precavida principalmente pelos documentos: Declaração Universal de Direitos Humanos, Pacto de San José da Costa Rica, Declaração sobre Eliminação de todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na religião ou nas convicções e Convenção Europeia de Direitos Humanos. No cenário nacional, tem-se o princípio da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente garantido pelo artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, expandindo-se também aos direitos humanos, o que por alusão serve de embasamento para o direito da liberdade religiosa.

Em seu artigo 5º, a Constituição de 1988 trata dos direitos e garantias individuais e coletivos e logo fica entendida a garantia da igualdade. E nas palavras de Gonçalves:

> A Constituição Federal de 1988 protege o direito de crença no artigo 5º, VI, com a liberdade de cultos e da religião em si, mas esse dispositivo não pode ser analisado como o único sobre o tema. Por isso, devemos apresentar também os demais dispositivos que envolvem a liberdade religiosa no Brasil: CF, art. 5.º, VII e VIII, art. 19, I, 150, VI, b e 210, §1º.
> Esse conjunto de dispositivos constitucionais é o que determina a laicidade do Estado Democrático de Direito brasileiro. E, segundo seus regramentos, todos têm direito a ter uma religião e essa deve ser respeitada independentemente da religião do próximo. (2012, p. 221)

Em suma, a Constituição brasileira garante a liberdade religiosa e um monte de outros direitos que a auxiliam, cabendo os indivíduos o respeito ao credo, a crença e o culto alheio. Entretanto, como coloca Gonçalves, “[...] na prática [...] os cultos são desrespeitados, pessoas são hostilizadas, ridicularizadas, humilhadas, etc.” (2012, p. 222). Dessa forma, cabe agora fazer uma análise sobre a tolerância religiosa.

[1] “Dom Pedro Primeiro, por graça de Deos [...]” (Constituição, 1824)
[2] “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus [...]” (Constituição, 1934)
[3] “Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus [...]” (Constituição, 1946)
[4] “O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus [...]” (Constituição, 1967)

3 TOLERÂNCIA E INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: CASOS PRÁTICOS

Dettmer diz que "A etimologia da palavra tolerância retrata o sentido de paciência ou constância em suportar. " (2013, p. 84) Segundo Gonçalves, a questão da tolerância religiosa possui um duo aspecto, o pessoal e individual inerente à maneira como a pessoa se comporta com a religião, e o aspecto social e coletivo ligado a como certo grupo age em relação a tolerância religiosa (2012, p. 230).

Vale ressaltar que os indivíduos costumam pensar que toda a religião que não a deles é minoria (GONÇALVES, 2012, p. 223), assim, acabam por achar que as suas são superiores ou mesmo que lhes dão o poder de insultar a religião alheia, ou em alguns casos são levadas ao delito, por serem influenciados por outros. Relembrando que a liberdade religiosa é de certa forma um desdobramento da liberdade da manifestação do pensamento, salienta-se que "Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com a consequente responsabilidade civil e penal de seus autores [...]." (DETTMER, 2002, p. 72)

Da mesma forma, é função do Estado apaziguar relações sociais, proteger aquele que é agredido e garantir que o lesado tenha a possibilidade dessa proteção, pois, mesmo que o Estado seja laico, não significa que ele deve ser complacente com atitudes desrespeitosas a religião (GONÇALVES, 2012). Para melhor entender o que é intolerância, há três casos, que ocorreram em território nacional, aqui citados para melhor exemplificação.

Primeiro, temos o caso de Stênio Vinicius Marques de Souza que apelou a justiça do Rio de Janeiro, contra a empresa de transporte Auto Viação 1001 LTDA. No processo consta o seguinte:

> Trata-se de ação de rito sumário entre as partes acima indicadas, alegando parte autora que em 07/10/2010 efetuou a compra de passagem junto a empresa ré, com destino a Cidade de São Paulo e saída prevista para 12:00 horas de Duque de Caxias, já que tinha compromisso de cerimônia às 19:00 horas; que ao tentar desembarcar fora impedido pelo motorista por ser norma da empresa impedir passageiros que portem imagem e/ou vestes de roupa de "macumba"; que o autor é Espírita, adepto ao culto "Yoruba" e ocupa atualmente o grau de "Babalowo" ou seja, em sua religião significa que é "Sarcedote" [...]. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Proc. nº 2204039-71.2011.8.19.0021.[1]

Dessa forma, entende-se que sim houve a caracterização de intolerância religiosa, pois a empresa citada negou ao apelante, que já havia comprado a passagem, o direito de seguir no

[1] Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145923489/apelacao-apl-22040397120118190021-rj-2204039-7120118190021/inteiro-teor-145923500>. Acesso em: 18 fev. 2016.

ônibus porque estava com vestimentas de sua religião. Já no segundo caso, tem-se uma situação diferente. Há o caso explanado por Jailson de Souza Corrêa em sua dissertação de mestrado, que o explicando escreveu:

> O caso de Mãe Gilda (Gildásia dos Santos e Santos), Ialorixá do Terreiro Axé Abassá de Ogum, em Itapuan, [...] Ela teve sua foto estampada no jornal Folha Universal, publicado pela Editora Gráfica Universal, da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), em outubro de 1999. Para ilustrar a manchete, puseram: "Macumbeiros charlatões lesam o bolso e a vida dos clientes - O mercado da enganação cresce no Brasil, mas o Procon está de olho". [...] A Ialorixá aparecia na foto do jornal da Igreja Universal com uma tarja preta nos olhos, usando roupas de sacerdotisa e tinha aos seus pés uma oferenda. (2008, p. 119-120)

Ainda, há o caso em que o Ministério Público Federal, o Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira e o Centro de Estudos das Relações de Trabalho e de Desigualdade promovem contra a TV Record e a Rede Mulher, por ambas terem mostrado programas de maneira negativa e de ofensa às religiões de origem africana, conforme também disserta Corrêa (2008, p. 71-72).

Portanto, nota-se três situações que expressam o mesmo motivo de ação, a intolerância religiosa. Convém agora tentar entender se tais casos podem ser dados como responsabilização civil se enquadrando como ação de danos morais, inquirindo, antes, o que é dano moral.

4 RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL

De acordo com Alonso: "[...] a responsabilidade civil está no prejuízo causado pelo agente ao particular e/ou ao Estado. Busca-se a reparação do dano causado de forma a restabelecer o *status quoante* ou através do pagamento em dinheiro. " (2000, p. 03) E como coloca Gagliano é "Indispensável a existência de dano ou prejuízo para a configuração da responsabilidade civil" (2006, p. 35). Assim, o dano, conforme Amaral, é:

> [...] o presente juízo decorrente de uma lesão a um bem jurídico, do que nasce uma obrigação de indenizar [...] Resulta [...] de uma ofensa feita por terceiro a um direito, patrimonial ou não, que faz nascer, para o ofendido, o direito a uma indenização. (2008, p. 559)

Dessa forma, compreende-se que existem principalmente dois tipos de dano: o patrimonial e o não-patrimonial, que também pode ser chamado de dano moral, e é o que interessa aos casos que são analisados. Segundo Venosa "Dano moral é o prejuízo que afetar o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima. " (2003, p. 33) e também, como Diniz coloca que

"O dano moral vem a ser a lesão de interesses não patrimoniais de pessoa física ou jurídica, provocada pelo fato lesivo. " (2002, p. 81).

Venosa ainda esclarece que:

> [...] não há que se identificar o dano moral exclusivamente com a dor física e psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida do indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso. [...] o dano moral é indenizável, ainda que não resulte em alterações psíquicas. (2003, p. 34-35)

Parafraseando Diniz, para qualificar o dano moral o magistrado, competente a isso, deve levar em conta o bom-sendo e a moderação, proporcionando ao grau de culpa, nível socioeconômico do lesante e as particularidades do caso e aceitando todo o tipo de prova admissível no direito. (2002). E Alonso explica que não há como fazer uma correta avaliação quantitativa em dinheiro da dor do agente e que a reparação dos danos morais constitui uma "[...] **compensação moral** da vítima através de meios ou mecanismos específicos a cada caso de violação, mesmo em pecúnia. " (Grifo nosso) (2000, p. 144)

Amaral disserta que no caso do dano moral o valor da compensação se fará pelo processo de liquidação, por meio de arbitramento, feita por perito nomeado pelo juiz, conforme cita o artigo 475-C, do Código de Processo Civil[1] (2008, p. 568).

Entendido o que até agora exposto, já é entendido que há sim a possibilidade de responsabilidade civil por danos morais em casos de intolerância religiosa, pois nesses casos está sendo ferida a moral, o intelecto, causando um forte desconforto ou realmente dano ao indivíduo. A partir de agora cabe analisar como é fundamentada a realização do dano moral nesses casos.

5 FUNDAMENTAÇÃO DO DANO MORAL POR CAUSA DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Visto os casos já citados que se caracterizam como intolerância religiosa, e que há a possibilidade da compensação por danos morais daqueles que foram feridos, tem-se que observar como é fundamentada a ação para a real comprovação do ocorrido e assim chegar o valor da indenização.

[1] Art. 475-C. Far-se-á a liquidação por arbitramento quando:
I – determinado pela sentença ou convencionado pelas partes;
II – o exigir a natureza do objeto da liquidação.

No primeiro caso, tinha-se a situação do apelante Stênio Vinicius M. de Souza, que recorreu à justiça por ser impedido de prosseguir viajem na referida empresa (já mencionada), simplesmente por estar vestido com as vestes de sua religião. Na sentença da apelação constava que a sentença anterior deveria ser mantida, visto a falta de provas:

> Ação de Ressarcimento de danos Morais. [...] **Sentença de improcedência diante da falta de comprovação probatória das alegações**. Apelação prestigiando a inicial. Sentença que deve ser mantida, pois **não houve comprovação de que o autor teria sido impedido de viajar no coletivo da empresa ré por encontrar-se com vestimentas e objetos religiosos**. (grifo nosso) (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Proc. nº 2204039-71.2011.8.19.0021).[1]

No caso, a ação era relacionada ao direito de consumidor, que apesar da existência da inversão do ônus de prova, há necessidade da comprovação dos fatos, e o magistrado pode só dar decisão diante do que de fatos comprovados, não podendo ele fazer presunções. Somente havia um vídeo que de acordo com o Juiz da 5ª Vara Cível de Duque de Caxias não comprovava o fato e não há nenhuma outra prova, para comprovar o ocorrido, e por isso, não deu provimento ao recurso de apelação da parte autora (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Proc. nº 2204039-71.2011.8.19.0021).[2]

Diferente no segundo caso, que mostrou o ocorrido com Mãe Gilda, que teve sua foto, que foi tirada por uma revista em um momento totalmente diferente, estampada em jornal da Igreja Universal de 1999, ilustrando manchete que implícita intolerância religiosa. A ação foi provida pela filha de Mãe Gilda, que já havia falecido, Jaciara Ribeiro dos Santos, contra a Iurd por danos morais e uso indevido de imagem.

A sentença ocorreu em 2004, e impunha a Iurd a publicar a decisão na capa do jornal por suas tiragens e a pagar indenização no valor de R$ 1.372.000,00 e determinando ainda que o Ministério Público abra processo criminal contra a Iurd. E obviamente, a acusada apelou à decisão, sendo que no ano de 2005, o resultado da apelação somente reafirmou a decisão da primeira instância, baixando somente o valor da indenização para R$ 960.000,00 (CORRÊA, 2008, p. 119-121).

Na decisão da ação civil pública sobre o caso da exibição de programas pela Rede Record que mostram possíveis ofensas aos seguidores de religiões africanas, da 5ª Vara Federal Cível de São Paulo – SP, autos n. 2004.61.00.034549-6, colocada em anexo por Corrêa (2008, p. 133-140), a juíza Marisa Cláudia Gonçalves Cucio disserta que o Estado brasileiro é laico, o que

[1] Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145923489/apelacao-apl-22040397120118190021-rj-2204039-7120118190021/inteiro-teor-145923500>. Acesso em 18 fev. 2016.
[2] Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145923489/apelacao-apl2-22040397120118190021-rj-2204039-7120118190021/inteiro-teor-145923500>. Acesso em 18 fev. 2016.

possibilita a livre escolha da religião, e também proteção contra preconceito. Ainda que o Ministério Público, que é um dos autores da ação junto a Instituto Nacional de Tradição e Cultura Afro-Brasileira e pelo Centro de Estudos das Relações de Trabalho e de Desigualdade, tem o dever da defesa dos princípios constitucionais. E como os réus estão alegando a impossibilidade jurídica do pedido, ela afirma, entretanto, que o pedido somente está dando as autoras o direito de resposta, garantido constitucionalmente no artigo 5º, inciso V da Constituição.

Assim, em relação aos pedidos da ação civil pública, ela primeiro escreve que: "[...] entendo que é possível à identificação dos ataques à religião com o intuito de menosprezar quem as pratica [...]." (CORRÊA, 2008, p. 138) e que "É importante que se esclareça que não se trata de censura à liberdade de expressão, mas sim de aplicação do princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas protegidas pela Carta Magna. " (CORRÊA, 2008, p. 139). Dessa forma, ela deu a decisão de que os réus devem dar aos autores da ação a exibição de um programa de uma hora exibido durante uma semana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendida a forte ligação que existia entre Estado e Religião, hoje, há a laicidade que deve prevalecer em todas as situações sem nenhuma distinção ou discriminação. Cabendo também aos Poderes do mesmo, principalmente ao Judiciário ter que averiguar e sentenciar situações de conflito desta natureza.

No que tange a razão da intolerância, vê-se que ela é fruto de um mero preconceito que gera o pensamento de supremacia da própria crença. E que em seus altos níveis de discriminação, geram atos como os já expostos ou ainda piores, que podem levar a sentenças com compensações ou indenizações mais altas, visto sempre todas as peculiaridades do caso.

Entretanto, ainda é obscuro tentar dar a correta definição de intolerância religiosa, pois, como exposto, ela ocorre somente quando é ferido outro direito maior, mas correlacionado a liberdade religiosa da pessoa, como o direito da imagem também tocante ao direito à dignidade da pessoa humana. E quando o direito a liberdade religiosa ou de crença entra em confronto com liberdade de manifestação de pensamento, em outras palavras, o expressar sua opinião de forma discriminatória e ou ofensiva, há o predomínio do direito a resposta ou simplesmente da não realização da ação, ou seja, não há constatação legal da intolerância o que não gera a dano moral.

De forma geral, entende-se que há a possibilidade do pedido de responsabilização civil por danos morais por aqueles que se sentirem lesados perante ofensas a sua crença. E que esta é arguida acima, além de todos os preceitos constitucionais, do direito ao respeito à dignidade da pessoa humana, um dos grandes princípios que movem todo o sistema legislativo brasileiro.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Mestre Jou, São Paulo, 2. ed., 1970.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. **Pressupostos da responsabilidade civil objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Renovar: Rio de Janeiro,7 ed., 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. Editora Verbatim, São Paulo, 16 ed., 2012.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 21 de fev. 2016.

_____. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brazil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do

Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Constituição (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.ccivil_03/Constituição/Constituição46.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.ccivil_03/Constituição/Constituição67.htm>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. (26ª Câmara Cível/Consumidor). Recurso de Apelação Cível – Consumidor. Ação de Ressarcimento de danos Morais. Proc. nº 2204039-71.2011.8.19.0021. Apelante: Stênio Vinicius Marques de Souza. Apelada: Auto Viação 1001 LTDA. Duque de Caxias. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/145923489/apelacao-apl-22040397120118190021-rj-2204039-7120118190021/inteiro-teor-145923500>. Acesso em 18 fev. 2016.

CORRÊA, Jailson de Souza. O dano moral decorrente da ofensa à liberdade religiosa dos adeptos das religiões de matriz africana. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.

DETTMER, Silvia Araújo. A liberdade religiosa como direito fundamental: considerações axiológicas de um caso. Intertemas: Revista da Toledo, Presidente Prudente, v.19, p.135-152, nov. 2014.

_____. A lliberdade religiosa na perspectiva do transconstitucionalismo. Leitura para. Intertemas: Intertemas: Revista da Toledo, Presidente Prudente, v.18, p.71-89, nov. 2013.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 7: direito das coisas. Saraiva, São Paulo, 16 ed., 2002.

FERREIRA, Pinto. Curso de direito constitucional. Saraiva, São Paulo, 11. ed., 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume III: responsabilidade civil. Saraiva, São Paulo, 4 ed., 2006.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e a relação com o terrorismo. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 916, p. 207-247, fev. 2012.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. Atlas, São Paulo, 26. ed., 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2. ed., 2013.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Editora Malheiros, São Paulo, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SÍNDROME DE *BURNOUT*: MEIO AMBIENTE DO TRABALHO E A SAÚDE PSIQUICA DO TRABALHADOR

AUBERT, Olivia Palma[1]
BERNARDI, Roseméri Simon[2]

RESUMO

O presente trabalho proporcionou um estudo a respeito da doença contemporânea, a Síndrome de *Burnout*, também conhecida como Síndrome do Esgotamento Profissional, que foi desenvolvida na década de 70 e atualmente é reconhecida no Brasil como uma doença do trabalho. Concomitantemente ao estudo dessa patologia, imprescindível ha abordagem do meio ambiente laboral e a saúde psíquica do trabalhador, vez que se concluiu que, pouca ou nenhuma importância se dá aos cuidados à saúde mental do trabalhador, e a atenção dirige-se apenas para os riscos físicos, químicos e biológicos, excluindo os aspectos psicológicos das relações de trabalho, gerando maiores causas de estresse ocupacional e um ambiente de trabalho nocivo. No trabalho desenvolvido foi abordada a origem da doença e seus fatores patogênicos, bem como a proteção jurídica da saúde do trabalhador, demonstrando que a saúde psíquica deve ser observada enquanto riscos do trabalho. Por tratar-se de doença como, anteriormente descrito, contemporânea, foi apresentado também procedentes judiciais emblemáticos, na tentativa de demonstrar as dificuldades encontradas no âmbito médico e jurídico em relação à conclusão da doença como doença do trabalho, eis que a mesma se confunde na maioria dos casos com um estresse qualquer e não com aquele estresse oriundo de uma relação de trabalho. Percebe-se que esses direitos laborais e sociais de garantia ao ambiente de trabalho equilibrado muitas vezes não são observados e quiçá aplicados na sua plenitude dentro das relações, prejudicando uma massa de trabalhadores. Destarte, justificou-se extrema relevância de poder estudar medidas legais do nosso ordenamento jurídico pátrio para que possamos construir relações de trabalho saudáveis e dignas, permitindo o desenvolvimento econômico da sociedade sem que haja o desgaste desnecessário do homem trabalhador.

Palavras-chave: Estresse no trabalho, Doença do trabalho, Meio ambiente do trabalho.

BURNOUT SYNDROME: WORK ENVIRONMENT AND THE MENTAL HEALTH WORKER

ABSTRACT

This present article provides a study about the contemporary disease, the Burnout Syndrome, or also know as Professional Burnout Syndrome, which was developed in the 70s and is now recognized in Brazil as a disease of the work. Concomitantly with the study of this disease, important to talk about the working environment and the mental health worker, once it is finally concluded that little or not the importance is given to mental health care worker, and attention is directed only to the physical, chemical and biological hazards, excluding the psychological aspects of labor relations, generating the biggest causes of occupational stress and a harmful work environment. In the work the origin of the disease has been addressed and to talk about the legal protection of worker's health, demonstrating that mental health should be seen as working hazards. And, because it is contemporany diseasse, it was required jurisprudence on

[1] Acadêmica Olivia Palma Aubert, do curso de Direito – UDC.
[2] Professora Mestre Roseméri Simon Bernardi – Orientadora – UDC.

the issues in an attempt to demonstrate the diffilcultties encountered in the medical and a legal framer work regarding the completion of the disease as labor disease, once the same is confused in most cases with stress and not any with that stress comes from a working relationship. It is noticed that these labor and social rights guarantee the balanced work environment are often not observed and perhaps applied in full within relationships, undermining a mass of workers. Thus, justified is extremely relevant to study legal measures of our brazilian legal order for us to build healthy and decent working relationships, enabling the economic development of society without unnecessary wear of the working man.

Keywords: Stress in work, Labor disease, Working environment.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da globalização, da era moderna, da tecnologia, do chegado século XX e da consequente transformação histórica do trabalho decorrente da evolução da sociedade e do período da informação, no qual a mão-de-obra já não é mais um mero recurso de produção como na era da industrialização clássica do modelo burocrático de trabalho. Tem-se agora uma relevante racionalização e flexibilização do trabalho aliadas à tecnologia, que ao invés de gerar qualidade de vida no trabalho, provoca o contrário. Pelo ponto de vista organizacional, do meio ambiente laboral, a meta capitalista do lucro a qualquer custo é fator patogênico da saúde do trabalhador e de sua qualidade de vida, seja pela causa de aumento da velocidade do trabalho, seja pelo isolamento dos trabalhadores no processo produtivo, sendo certo que a substituição da energia física do trabalhador pela tensão e pelo seu esforço mental cria-se um significativo aumento de crises de ordem psicológica e existencial ao homem trabalhador.

Quando o assunto gira em torno de crises psicológicas do trabalhador, é necessário imputar à empresa os riscos de sua atividade, incluindo os riscos de acidente de trabalho e doenças ocupacionais, do qual não são mais tão somente riscos físicos, mas, também riscos à saúde mental do obreiro. Neste contexto, é necessário ter uma visão holística do homem, vendo-o realmente como parte integrante da organização do trabalho em todas as suas dimensões, e não somente como uma ferramenta potencializadora da produção.

Sob o enfoque do empresário, tipicamente materialista, as circunstâncias que geram lucro à empresa poderiam justificar a piora do clima organizacional, mas esta é uma visão curta, pois a médio e longo prazo, os prejuízos ao material humano da empresa irão inevitavelmente gerar prejuízo, diante do aumento do passivo trabalhista da empresa.

A Síndrome de *Burnout* é uma doença que está ligada diretamente ao esgotamento profissional em decorrência de uma grande exposição da pessoa à vida laboral, ela é tratada

como um grande mal da atual humanidade, que vem se tornando insaciável em busca de lucros e resultados no ambiente de trabalho. Nesse estudo, será objeto de estudo a Síndrome de *Burnout*, patologia ainda pouco conhecida, mas que provoca o afastamento do trabalho e danos irreparáveis, principalmente ao trabalho e sua família, mas também ao empregador.

A Síndrome do Esgotamento Profissional como assim também é conhecida, é um distúrbio psíquico com caráter depressivo, que surge do esgotamento físico e mental relacionado à vida profissional, uma doença como já mencionado, típica da vida moderna e encontra-se caracterizada como doença do trabalho pela Organização Mundial da Saúde e está incluída no rol de doenças do trabalho pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pela Previdência Social.

O presente trabalho também tem como objetivo analisar a questão da legislação protetiva da saúde do trabalhador no âmbito jurídico brasileiro, analisando a vulnerabilidade do empregado às situações que o expõe ao desenvolvimento da doença psíquica do trabalho, bem como apontar os casos em que se reconhece da SB nos tribunais do trabalho que apreciam as demandas.

A importância do presente estudo decorre da necessidade de expor as consequências da era moderna do meio ambiente de trabalho, e às novas nomenclaturas de doença que são relativamente novas dentro do ordenamento jurídico das relações de trabalho. Em relação à Síndrome de *Burnout*, doença derivada de uma nova era de trabalhadores, trata-se de uma doença ainda não muita reconhecida uma vez que se confunde com um estresse qualquer e não com aquele decorrente da relação de trabalho.

Este estudo mostra-se relevante pois tem como fundamento direcionar e fortalecer, e até mesmo aperfeiçoar, a necessidade de aplicação dos direitos laborais e a necessidade de levar a discussão aos tribunais competentes, isso porque, embora estejamos rodeados por tais direitos dentro do nosso ordenamento jurídico, percebe-se que esses direitos laborais e sociais muitas vezes não são observados e quiçá aplicados na sua plenitude dentro das relações de trabalho. O atual cenário jurídico gera notório prejuízo a uma massa de trabalhadores, e por esta razão a ampliação do estudo sobre a Síndrome de *Burnout* objetiva a construção de relações de trabalho saudáveis e dignas, permitindo o desenvolvimento econômico da sociedade, sem que haja o desgaste desnecessário do trabalhador.

2 SÍNDROME DE *BURNOUT*

2.1 CONCEITO

A Síndrome de *Burnout* é um fenômeno psicológico que foi identificado inicialmente pelos estudos de Herbert Freudernberger, um psicólogo alemão e um dos primeiros autores a descrever os sintomas da exaustão profissional. Na década de 70 Freudernberger cunhou o termo *burnout*, descrevendo sua própria sensação de desgaste profissional, como bem apontado pelo médico psiquiatra nutrólogo Eduardo Adnet[1] uma vez que, *burnout* palavra de origem da língua inglesa (*burn out, a two or three word verb)*, significa explosão, ora exaustão.

Posteriormente, já na década de 80, esse fenômeno psicológico foi reestudado e conceituado por Naslach (citado em Pocinho e Perestrelo, 2010)[2], em três dimensões: exaustão emocional, despersonalização e redução da realização pessoal no trabalho. Naslach concluiu em sua investigação que *burnout* é uma consequência do estresse ocupacional crônico que compreendia na época no esgotamento emocional, sentimentos negativos no ambiente de trabalho e sentimento negativo no próprio desempenho profissional, uma vez que a relação laboral, entre o profissional e sua profissão vai se degradando e o entusiasmo desaparecendo, havendo ausência de força vital para prosseguir com o trabalho, passando o quotidiano profissional a ser penoso, doloroso e impossível.

Para completar, mais estudos foram realizados a fim de identificar outros fatores que favorecem a doença como concluiu Marques[3]:

> Ao realizar uma revisão de literatura sobre o tema burnout, Trigo et al (2007) identificaram alguns fatores organizacionais que podem favorecer o aparecimento da síndrome. Dentre eles, podem ser destacados: as mudanças frequentes de estruturas e normas da organização, provocando ambiente de insegurança e predispondo o trabalhador ao erro; falta de confiança, respeito e consideração entre os membros da equipe de trabalho, ocasionando um clima social prejudicial; a impossibilidade fática de ascensão na carreira ou de melhoria salarial, impactando diretamente no estímulo ao trabalho; precariedade do ambiente de trabalho, na medida em que geram sentimentos de ansiedade e impotência do trabalhador.

Nesse sentido, conclui-se que a SB também se denomina em esgotamento profissional, exaustão ocupacional, por isso a referência de que essa doença é resultado de uma acelerada

[1] ADNET, Eduardo. **A Síndrome de *Burnout.*** Disponível em: <http://medico- psiquiatra.com/principal/sindrome-de-burn-out-burnout-sindrome.html>. Acesso em: 29 mar 2016.
[2] POCINHO, Margarida; PERESTRELO, Célia Xavier. **Um ensaio sobre burnout, engagement e estratégias de coping na profissão docente.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v37n3/a05v37n3.pdf>. Acesso em: 29 mar 2016.
[3] MARQUES, Vinicius Pinheiro, **A Síndrome de Burnout como Decorrência das Relações de Trabalho na Pós-modernidade.** Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a4567880c61cb006>. Acesso em: 29 mar 2016.

globalização de informação e profissionalização em busca de avançados resultados profissionais, referindo-se resumidamente a uma dedicação exagerada à atividade profissional, tanto pelo desejo individual subjetivo de cada homem, que mede sua autoestima pela capacidade de realização e sucesso profissional, tanto pela exigência imposta pelo mercado de trabalho, mais precisamente pelo empregador, se tornando uma doença laboral resultante de um único fato gerador, o trabalho.

Já finalizado o conceito da Síndrome de Burnout e concluído que a mesma advém de uma exagerada globalização e da ambição empresarial em busca de resultados, importante destacar as palavras do médico do trabalho, psicanalista Christophe Dejours[1] ao escrever em uma de suas obras que vivemos hoje em uma guerra "econômica", no qual estariam em jogo, com a mesma potência de qualquer outra guerra, a sobrevivência das nações e a garantia da liberdade, estendendo tal jogo ao mundo do trabalho, aonde os concidadãos, são excluídos do combate quando não apresentam capacidade de trabalho julgadas adequadas pela massa capitalista, sendo certo que os que continuam na guerra, são exigidos desempenhos superiores em termos de produtividade, disponibilidade, disciplina e abnegação.

2.2 SÍNDROME DE *BURNOUT* ENQUANTO DOENÇA DO TRABALHO

Inicialmente cabe conceituar doença do trabalho, essa que se distingue da doença profissional ou ocupacional pela inteligência do dispositivo legal das Leis nº 8.213/1991[2] e 6.367/76[3], respectivamente:

> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Redação dada pela Lei Complementar nº 150, de 2015)
> 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 respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;

[1] DEJOURS, Christophe. **A Banalização da injustiça Social.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.
[2] BRASIL, **Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991.** Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de Julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.
[3] BRASIL, **Lei nº 6.367, de 19 de Outubro de 1976.** Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Brasília, DF, 19 de Outubro de 1976. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6367.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

> 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.
> Art. 2º Acidente do trabalho é aquele que ocorrer pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, ou perda, ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.
> § 1º Equiparam-se ao acidente do trabalho, para os fins desta lei:
> I - a doença profissional ou do trabalho, assim entendida a inerente ou peculiar a determinado ramo de atividade e constante de relação organizada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS);

Conforme extraído nas próprias leis supracitadas, ambas as doenças são consideradas acidente do trabalho, e possuem suas proteções trabalhistas e se caracterizam pela recepção da moléstia de acordo com as condições de trabalho. Entretanto, é na doença do trabalho que a Síndrome de *Burnout* se enquadra haja vista que, segundo Martinez a diferença entre a doença profissional e do trabalho é que:

> Doença profissional: se encontra intimamente ligada à profissão do obreiro, acompanhando-o, inclusive, até em outras empresas, e a doença do trabalho: deriva das condições do exercício, do ambiente do trabalho, dos instrumentos adotados, sendo própria, sobretudo, das empresas que exploram a mesma atividade econômica e não necessariamente conceituadas como fazendo parte do obreiro.[1]

Ainda em relação ao conceito das doenças supracitadas, definiu a professora Maria Helena Diniz[2] que doença profissional trata-se de uma deficiência sofrida pelo operário, em razão de sua profissão, que obriga a estar em contato com substâncias que debilitam o seu organismo ou exercer a sua tarefa, que envolve fato insalubre, já doença do trabalho na definição de Humberto Theodoro Junior[3], são doenças comuns, que, no entanto, numa determinada hipótese, foram, excepcionalmente, geradas pelas condições momentâneas do trabalho.

Logo, por ser a Síndrome de *Burnout* uma doença mental derivada da exaustão emocional, despersonalização e redução da realização pessoal no trabalho, conclui-se que a Síndrome decorre das condições do exercício e do ambiente de trabalho penoso, seja por existência de relações de trabalho tensas, conflituosas, ou impedimento de realizar as atividades, alto nível de competitividade, entre outros, haja vista que se tornou comum o estresse laboral nas relações de emprego e uma consequente inobservância da saúde mental dos trabalhadores, seja por vontades pessoais de auto realização profissional e uma incansável busca pelo sucesso, ou pela exigência patronal como colocado por Dejours[4] ao falar da doença

[1] MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei da previdência social**. São Paulo: LTr Editora, 1992, p.99.
[2] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil.** 21. ed. São Paulo: Saraiva,2007. p. 433.
[3] THEODORO JUNIOR, Humberto. **Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: AIDE,1989, p. 70.
[4] DEJOURS, Christophe. **A Loucura do Trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho.** 6. Ed.São Paulo: Cortez, 2015.

mental do trabalho e o sofrimento patogênico tanto por parte dos trabalhadores quanto da parte dos dirigentes, levantando assuntos da crítica social e explosiva escolhas políticas.

Ademais, a SB está inserida no rol de doenças relacionadas ao trabalho do Ministério da Saúde conforme será analisada posteriormente em decisões judiciais muito bem fundamentadas.

3 LEGISLAÇÃO PROTETIVA DA SAÚDE DO TRABALHADOR

3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Não é de hoje que estudos sobre o meio ambiente do trabalho e principalmente a saúde do trabalhador são de suma importância para a desenvoltura ética de uma empresa. A regulamentação desse direito - Meio Ambiente do Trabalho, segurança e saúde do trabalhador - está baseada na Constituição Federal de 1988[1], pois foi ela que elevou à categoria de direito fundamental a proteção à saúde do trabalhador e aos demais destinatários inseridos nas normas constitucionais.

Na nossa carta magna de 1988, a atual Constituição Federal ditada como constituição cidadã, que promulgou um Estado democrático de direito com princípios e garantias fundamentais e sociais, garantiu em seu artigo 7º, XXII, direito ao trabalhador à um meio ambiente de trabalho com reduzidos riscos inerente ao labor por meio de normas de saúde, higiene e segurança, além dos artigos 200, VIII, e 225 também da Constituição.

Compreende-se que, conforme extraído do artigo da advogada Mariana Furlan Teixeira[2], o meio ambiente laboral é construído pela ação humana, referindo-se tanto ao local em que o trabalhador, com ou sem vínculo de emprego, desenvolve suas atividades, como aos demais elementos e aspectos que influenciam nas condições físicas e psíquicas daqueles, ou seja, no seu bem-estar físico e mental, na medida em que a importância do meio ambiente de trabalho torna necessária a criação de normas que visem a preservação e a proteção do trabalhador e do seu ambiente de trabalho.

[1] BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

[2] TEIXEIRA, Mariana Furlan; **Saúde e Segurança do Trabalhador à Luz da Legislação Protetiva do Meio Ambiente do Trabalho**; 2010. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/36-artigos-abr-2010/6072-saude-e-seguranca-do-trabalhador-a-luz-da-legislacao-protetiva-do-meio-ambiente-do-trabalho>. Acesso em: 29 mar 2016.

3.2 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Para a valoração dessa imposição de normas de proteção à saúde do trabalhador, a Organização Internacional do Trabalhador em uma das suas convenções de proteção a saúde, ora a de nº 155, devidamente ratificada, aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional em 1992 (Decreto Lei 1.254/1994)[1], dispõe sobre a criação de uma política nacional sobre Segurança de Saúde do Trabalhador, definindo em seu artigo 3º, "e", que o termo 'saúde', com relação ao trabalho, abrange não só a ausência de afecções ou de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde e estão diretamente relacionados a segurança e a higiene no trabalho.

3.3 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTA

Partindo das normas do organismo internacional, da OIT, analisa-se agora a legislação infraconstitucional em relação à proteção e à saúde do trabalhador.

A Consolidação das Leis do Trabalho abrange importante base de regulamento infraconstitucional, uma vez que, no seu diploma legal, no capítulo V[2] disciplina sobre segurança e da medicina do trabalho, conforme cita Teixeira[3]:

> Em linhas gerais, a CLT dispõe sobre as medidas de prevenção de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais; a atribuição administrativa do Ministério do Trabalho e Emprego para a fiscalização e normatização da matéria – artigos 155, 156 e 159 –; as obrigações dos empregados de observarem a regulamentação de segurança fixada pela empresa, sob pena de sofrerem sanções, podendo, até mesmo, o seu descumprimento ser considerado como ato faltoso que autorizaria a rescisão do contrato de trabalho por justa causa, em especial no caso da obrigatoriedade do uso de EPI – artigo 158. Além disso, estabelece o dever do empregador de adotar medidas que almejam a tutela dos trabalhadores – artigo 157 –, a inspeção prévia, o embargo ou interdição de estabelecimento – artigo 161 –, bem como normatiza as atividades tidas como insalubres e/ou perigosas – artigos 189 a 197, entre outros. Prima, portanto, pela efetiva tutela da saúde e da segurança dos trabalhadores e pela prevenção de acidentes no ambiente laboral.

[1] BRASIL, **Decreto nº 1.254, de 29 de Setembro de 1994.** Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981.Brasília, DF, 29 de Setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

[2] BRASIL, **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1 de Maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

[3] TEIXEIRA, **Mariana Furlan; Saúde e Segurança do Trabalhador à Luz da Legislação Protetiva do Meio Ambiente do Trabalho**; 2010. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/36-artigos-abr-2010/6072-saude-e-seguranca-do-trabalhador-a-luz-da-legislacao-protetiva-do-meio-ambiente-do-trabalho>. Acesso em: 29 mar 2016.

Contudo, é possível notar que entre as normas instituídas pela Consolidação das Leis do Trabalho, trata-se de normas gerais que necessitam de outras normas complementares, tais como será analisado no item seguinte, haja vista que a CLT foi instituída em 1943, momento histórico para garantir certos direitos trabalhistas, entretanto, ela é omissa em relação às normas específicas do que seria por exemplo, normas de segurança e medicina do trabalho, e atualmente, com legislações esparsas, pode-se afirmar que segurança e medicina do trabalho também dão espaço a saúde mental do trabalhador.

3.4 LEGISLAÇÃO ESPARSA

Além da lei citada, outra lei já mencionada nesse trabalho regula as normas de proteção à saúde do trabalhador, é a Lei de Benefícios Previdenciários, 8.213/91[1], que dispõe no seu artigo 19, §2º a responsabilidade pela adoção e pela utilização de medidas individuais e coletivas de proteção e de segurança da saúde do trabalhador, prevendo contravenção penal punível com multa a empresa que deixar de cumprir normas de segurança e higiene do trabalho.

Para encerrar, cabe também uma breve referência da Lei nº 8.666/93[2] que institui regras para licitações e contratos da Administração Pública, elencando no seu artigo 12 incisos VI e VII, que nos projetos básicos e executivos de obras e serviços serão considerados os requisitos de adoção de normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho e impacto ambiental.

Além das disposições supracitadas, e também em decorrência de imposição da OIT em fazer criar normas de proteção à segurança e a saúde do trabalhador, a Lei 8.080/90[3] – Lei Orgânica da Saúde se mantém até o momento tratando de condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, atendendo o disposto no artigo 200, VIII da Constituição Federal, igualmente objetivando a prevenção e a proteção do meio ambiente de trabalho e da

[1] BRASIL, **Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991.**Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de Julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso: em 29 mar 2016.

[2] BRASIL, **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**.Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 de Julho de 1993.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

[3] BRASIL, **Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990.**Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 de Setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

saúde dos indivíduos. Dentre as suas disposições, merece destaque o artigo 3º caput e parágrafo único e o artigo 6ª, §3º, inciso*:*

> Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.
> Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.
> Art. 6º, § 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:
> I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

Contudo, nessa precisa explanação, salienta-se que, como já mencionado por Oliveira em sua obra da Proteção Jurídica do Trabalhador[1], a questão da saúde mental do trabalhador como fator relacionado com o ambiente laboral ainda não está devidamente normatizada na legislação brasileira, embora seus preceitos fundamentais já estejam previstos e devem ser observados por seus destinatários, partindo de uma interpretação mais profunda das atuais normas regulamentadoras da saúde levando em consideração à saúde mental como já bem citado pela OIT.

4 CASUÍSTICAS – PRECEDENTES JUDICIAIS EMBLEMÁTICOS

A luz da jurisprudência, a questão do reconhecimento da Síndrome de Burnout, já está pacificada no Tribunal Superior do trabalho:

> REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. SÍNDROME DE BURNOUT. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO. STRESS OCUPACIONAL E QUALIDADE DE VIDA NO TRABALHO. (...) Segundo Michael P. Leiter e Christina Maslach "a carga de trabalho é a área da vida profissional que está mais diretamente associada à exaustão. Exigências excessivas de trabalho provenientes da qualidade de trabalho, da intensidade dos prazos ou da complexidade do trabalho exaurem a energia pessoal". (...) A síndrome de burnout integra o rol de doenças ocupacionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Está inserida no Anexo II do Regulamento da Previdência Social. O mencionado Anexo identifica os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. Entre os transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho (Grupo V da CID-10) consta, no item XII, a síndrome de burnout - "Sensação de Estar Acabado (Síndrome de Burnout, Síndrome do Esgotamento profissional)" , que na CID-10 é identificado pelo número Z73.0. (...) Por oportuno, este Relator já teve a oportunidade

[1] OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 3.Ed. São Paulo: LTr Editora, 2001.

> de se manifestar em matéria semelhante, em que se reconhece como passível de reparação por dano moral a exigência excessiva de metas de produtividade, isso porque o sentimento de inutilidade e fracasso causado pela pressão psicológica extrema do empregador não gera apenas desconforto, é potencial desencadeador de psicopatologias, como a síndrome de burnout e a depressão, o que representa prejuízo moral de difícil reversão ou até mesmo irreversível, mesmo com tratamento psiquiátrico adequado. Atenta-se ao fato de que, além da observância ao meio ambiente de trabalho seguro e saudável, conforme assegura a Constituição Federal de 1988, imprescindível considerar, ainda, que cada indivíduo deve ser respeitado em sua singularidade, daí a necessidade de se ajustar o contexto ocupacional à capacidade, necessidade e expectativas razoáveis de cada trabalhador. O Tribunal Regional de origem, ao fixar o valor da reparação por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais), não atentou para as circunstâncias que geraram a psicopatologia que acarretou a invalidez da reclamante, oriunda exclusivamente das condições de trabalho experimentadas no Banco reclamado, período em que sempre trabalhou sob a imposição de pressão ofensiva e desmesurada, com o objetivo de que a trabalhadora cumprisse as metas que lhe eram impostas. Portanto, cabível a majoração do valor da indenização por dano moral para R$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Recurso de revista conhecido e provido.[1]

Entres os exemplos jurisprudenciais que este trabalho expõe, como no referido acórdão supracitado, as decisões são pacíficas ao reconhecer a doença laboral como acidente de trabalho passível de indenização, concluindo que o estresse ocupacional surge em muito dos casos através do estresse causado pela má qualidade de vida no trabalho proporcionada pelo empregador, ao ponto de desencadear tal psicopatologia como no caso da empregada bancária que laborou em condições de pressão ofensiva e cobranças de metas.

Destarte, outros acórdãos são encontrados na pesquisa, ainda em sentido ínfimo aos tantos casos que não são apreciados pelo poder judiciário, entretanto, as decisões não são omissas ao reconhecer a Síndrome de Burnout e não poupam conceitos ante a doença da modernidade, reconhecendo as causas do surgimento da doença aquelas causas cotidianas do empregador.

Na ementa a seguir exposta, os fatores de ordem organizacional da Reclamada contribuíram para o aparecimento da doença da obreira uma vez que ficou demonstrada a efetiva ocorrência de tratamento humilhante ao trabalhador pela forma como eram feitas as cobranças excessivas do empregador em relação às metas estipuladas:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. DOENÇA OCUPACIONAL. -SÍNDROME DE BURNOUT- OU -SÍNDROME DE ESGOTAMENTO PROFISSIONAL-. GESTÃO POR ESTRESSE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. (...) Registre-se que tanto a higidez física como a mental, inclusive emocional, do ser humano são bens fundamentais de sua vida, privada e pública, de sua intimidade, de sua autoestima e afirmação social e, nesta medida, também de sua honra. São bens, portanto, inquestionavelmente tutelados, regra geral, pela Constituição (art. 5º, V e X). Agredidos em face de circunstâncias laborativas, passam a merecer tutela ainda mais forte e específica da Constituição da

[1] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Recurso de Revista nº 959-33.2011-5-09-0026.** Recorrente: Salete Rubbo. Recorrido: Itaú Unibanco S.A. Relatora: José Roberto Freie Pimenta. Brasília, DF, 08 de Maio de 2015. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 29 mar 2016.

> República, que se agrega à genérica anterior (art. 7º, XXVIII, CF/88). É do empregador, evidentemente, a responsabilidade pelas indenizações por dano moral, material ou estético decorrentes de lesões vinculadas à infortunística do trabalho, sem prejuízo do pagamento pelo INSS do seguro social. No caso em tela , o acórdão recorrido consignou que o perito do juízo constatou que os sintomas apresentados pelo Autor são característicos da -Síndrome de Burnout- ou -Síndrome de Esgotamento Profissional-, bem como registrou que, para o aparecimento de tal patologia, não concorrem outros fatores além de estressores de natureza laboral, estando citada síndrome catalogada entre as doenças mentais relacionadas ao trabalho, segundo o Decreto 3.048 de 06.05.1999, do Ministério da Previdência Social. Consta, ainda, do laudo pericial que o Reclamante foi afastado do trabalho, estando, até os dias atuais, em gozo de benefício previdenciário e que fatores de ordem organizacional da Reclamada contribuíram para o aparecimento da sua doença. Ressaltou a Corte de origem que ficou demonstrada a efetiva ocorrência de tratamento humilhante ao Reclamante pela forma como eram feitas as cobranças excessivas da empregadora em relação às metas estipuladas. [1]

Como bem citou o ministro José Roberto Feire Almeida no julgamento do primeiro acórdão citado, a SB integra o rol de doenças ocupacionais do Ministério do Trabalho e Emprego. Está inserida no Anexo II do Regulamento da Previdência Social, aonde se identifica os agentes patogênicos causadores de doenças profissionais ou do trabalho, conforme previsão do artigo 20 da Lei nº 8.213/91. Entre os transtornos mentais e de comportamento relacionados ao trabalho (Grupo V da CID-10) consta, no item XII, a Síndrome de Burnout - "Sensação de Estar Acabado (Síndrome de Burnout, Síndrome do Esgotamento profissional)", que na CID-10 é identificado pelo número Z73.0[2]:

TRANSTORNOS MENTAIS E DO COMPORTAMENTO RELACIONADOS COM O TRABALHO (Grupo V da CID-10)

DOENÇAS	AGENTES ETIOLÓGICOS OU FATORES DE RISCO DE NATUREZA OCUPACIONAL
XII - Sensação de Estar Acabado ("Síndrome de Burn-Out", "Síndrome do Esgotamento Profissional") (Z73.0)	1. Ritmo de trabalho penoso (Z56.3) 2. Outras dificuldades físicas e mentais relacionadas com o trabalho (Z56.6)

Já em outra decisão da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, a Síndrome de *Burnout* também foi reconhecida como doença do trabalho, bem como foi constituída sua indenização pertinente com base na violação do artigo 118 da Lei 8.213/91 já citada anteriormente, garantido ao portador da Síndrome a garantia ao emprego:

[1] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1316-11.2012-503-0037.** Agravante: Nova Casa Bahia S.A. Agravado: Gilson Fonseca Salgado. Relator: Maurício Goldinho Delgado. Brasília, DF, 03 de Outubro de 2014. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 29 mar 2016.

[2] BRASIL. **Decreto nº 3.048 de 06 de Maio de 1999.**Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF, 06 de Maio de 1999.Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. SINDROME DE BURN OUT. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA À ACIDENTE DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Demonstrada possível violação do art. 118 da Lei 8.213/91, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. II - RECURSO DE REVISTA 1 - NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRIBUNAL REGIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Deixa-se de examinar a preliminar de nulidade do acórdão do Tribunal Regional por prestação negativa, em razão do disposto no art. 249, § 2.º, do CPC. 2 - SÍNDROME DE BURN OUT. DOENÇA OCUPACIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DE TRABALHO. REINTEGRAÇÃO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. No caso concreto, a Corte de origem, conquanto reconheça a existência de prova pericial, conclusiva pela existência de doença ocupacional, entendeu necessário que a patologia fosse atestada pelo INSS. Não obstante, esta Corte já firmou jurisprudência no sentido de que o direito à estabilidade não pode ser afastado pela mera ausência de formalidade quanto à apuração da doença profissional pelo INSS, nos termos do Incidente de Uniformização de Jurisprudência suscitado no E-RR-736.593/2001.0, que culminou com o cancelamento da Orientação Jurisprudencial 154 da SBDI-1 do TST. Além disso, nem sequer o fato de a doença ter sido atestada após a rescisão contratual afasta do direito da autora, consoante entendimento deste Tribunal sedimentado na Súmula 378, II, do TST. Recurso de revista conhecido e provido.[1]

Por outro lado, em questão ao meio ambiente do trabalho já analisado nesse trabalho, o enunciado nº 39 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho[2], ocorrida no TST, em 23/11/2007, assim decidiu:

> 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.

Logo, por ser responsabilidade do empregador velar por um meio ambiente saudável a seus empregados, incluindo aqui a saúde mental e psíquica dos indivíduos, é seu dever arcar com as consequências da não observância do zelo, cabendo tranquilamente o dever de indenizar do empregador qualquer dano decorrente, seja um dano material como visto nas jurisprudências elencadas, seja em dano extrapatrimonial propriamente dito.

[1] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº** 32700-11.2006-5-01-0246. Agravante: Lourdes Maria Rangel de Sá. Agravado: BSND ConsubS.A..Relator(a): Delaíde Miranda Arantes. Brasília, DF, 31 de Março de 2015. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 29 mar 2016.
[2] BRASIL**, Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.** Disponível em: <http://www.midiaindependente.org/media/2010/03/467445.pdf>. Acesso em: 29 mar 2016.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da realização do presente estudo pode-se concluir a importância que merece a pesquisa sobre a saúde mental dos trabalhadores, a doença psíquica ocupacional, o meio ambiente de trabalho e a sua proteção da integridade psíquica. Analisando a vulnerabilidade do empregado frente às situações de descumprimento de normas técnicas de saúde e segurança do meio ambiente de trabalho percebe-se o cenário propício para o desenvolvimento de doenças que poderiam ser evitadas pelo empregador. Cabe ao empregador o dever de cautela sobre seus funcionários, abrangendo também a reparação judicial pela doença desencadeada por suas ações e omissões.

Para a realização do presente estudo foi realizado pesquisas bibliográficas em livros, revistas jurídicas, jurisprudência e publicações de artigos na internet, alcançando a necessidade de maiores discussões sobre a doença como patologia do trabalho, bem como demonstrou na prática as hipóteses de atitudes nocivas à saúde mental do trabalhador.

O estresse nas relações laborais é extremamente nocivo a saúde mental do trabalhador, haja vista que o indivíduo passa grande parte do seu tempo no ambiente de trabalho cumulado com acúmulo de tarefas, cobranças excessivas de aperfeiçoamento profissional e dedicação exagerada ao trabalho como jornadas extensivas que violam a obrigatoriedade dos intervalos intrajornadas e interjornadas, são um dos motivos ensejadores da Síndrome de Burnout, ou a Síndrome do Esgotamento Profissional, que é uma doença grave tida como o mal da atualidade no mercado de trabalho, tendo o contexto laboral fator determinante e decisivo para o desencadeamento da Síndrome, que poderá ser concluída pela análise profunda das condições de trabalho do qual o obreiro é submetido, pela atividade laborativa desenvolvida e o clima psicossocial da empresa, que deve ser livre de estresse e cobranças excessivas por parte do empregador, respeitando os funcionários cada qual no seu limite.

Também se conclui que pouca ou até nenhum importância se dá aos cuidados da saúde mental do trabalhador e os aspectos psicológicos como fator relacionado com o ambiente laboral haja vista que na legislação brasileira embora seus preceitos fundamentais já estejam previstos, partindo de uma interpretação mais profunda das atuais normas regulamentadoras da saúde e levando em consideração à saúde mental como já bem citado pela OIT, não há norma devidamente instituída, cabendo à jurisprudência pátria a caracterização do dano, ressaltando que nas pesquisa jurisprudenciais a matéria ainda é tímida, por isso ainda mais a necessidade de constantes desenvolvimentos de estudos jurídicos e psicológicos sobre o assunto.

REFERÊNCIAS

ADNET, Eduardo. **A Síndrome de *Burnout*.** Disponível em: <http://medico-psiquiatra.com/principal/sindrome-de-burn-out-burnout-sindrome.html>. Acesso em: 29 mar 2016.

ÁLVAREZ, Roger Forbes. **El síndrome de *burnout*: síntomas, causas y medidas de atenciónenla empresa,** 2011. Disponível em: <http://www.cegesti.org/exitoempresarial/publicaciones/publicacion_160_160811_es.pdf>. Acesso em: 29 mar 2016.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Decreto nº 1.254, de 29 de Setembro de 1994.** Promulga a Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981.Brasília, DF, 29 de Setembro de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Decreto nº 3.048 de 06 de Maio de 1999.**Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, DF, 06 de Maio de 1999. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF, 1 de Maio de 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Enunciados da 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho.** Disponível em: <http://www.midiaindependente.org/media/2010/03/467445.pdf>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Lei nº 6.367, de 19 de Outubro de 1976.** Dispõe sobre o seguro de acidentes do trabalho a cargo do INPS e dá outras providências. Brasília, DF, 19 de Outubro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6367.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de Setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF, 19 de Setembro de 1990. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991.** Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF, 24 de Julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de Junho de 1993**.Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras

providências. Brasília, DF, 21 de Julho de 1993. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 32700.11.2006.5.01.0246.** Agravante: Lourdes Maria Rangel de Sá. Agravado: BSND ConsubS.A.. Relator (a): Delaíde Miranda Arantes. Brasília, DF, 31 de Março de 2015. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Agravo de Instrumento em Recurso de Revistanº 1316.11.2012.5.03.0037.** Agravante: Nova Casa Bahia S.A. Agravado: Gilson Fonseca Salgado. Relator: Maurício Goldinho Delgado. Brasília, DF, 03 de Outubro de 2014. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 29 mar 2016.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Recurso de Revista nº 959-33.2011.5.09.0026.** Recorrente: Salete Rubbo. Recorrido: Itaú Unibanco S.A. Relatora: José Roberto Freie Pimenta. Brasília, DF, 08 de Maio de 2015. Disponível em:<http://www.tst.jus.br/processos-do-tst>. Acesso em: 29 mar 2016.

DEJOURS, Christophe. **A Banalização da injustiça Social.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DEJOURS, Christophe. **A Loucura do trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho.** 6. Ed. São Paulo: Cortez, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Responsabilidade civil.**21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARQUES, Vinicius Pinheiro. **A Síndrome de *Burnout* como Decorrência das Relações de Trabalho na Pós-modernidade.** Disponível em:<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a4567880c61cb006>. Acesso em: 29 mar 2016.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários à lei da previdência social**. São Paulo: LTr Editora, 1992.

OLIVEIRA, ChristianaD'arc Damasceno. **O direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr Editora, 2012.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 7. Ed. São Paulo: LTr, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador.** 3. Ed. São Paulo: LTr Editora, 2001.

POCINHO, Margarida; PERESTRELO, Célia Xavier. **Um ensaio sobre burnout, engagement e estratégias de coping na profissão docente.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ep/v37n3/a05v37n3.pdf>. Acesso em: 29 mar 2016.

TEIXEIRA, Mariana Furlan. **Saúde e Segurança do Trabalhador à Luz da Legislação Protetiva do Meio Ambiente do Trabalho**. 2010. Disponível em:<http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/36-artigos-abr-2010/6072-saude-e-seguranca-do-trabalhador-a-luz-da-legislacao-protetiva-do-meio-ambiente-do-trabalho>. Acesso em: 29 mar 2016.

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: REFLEXÕES SOBRE A REALIDADE DA MULHER ENCARCERADA

SOUZA, Carla Giselle Duenha de[1]
SILVA, Kelly Cardoso da[2]

RESUMO

Este artigo tem como escopo trazer a discussão sobre a atual situação em que se encontra o sistema prisional feminino no Brasil. É vasta a discussão feita pelos doutrinadores, por estudantes de direito, por ativistas dos direitos humanos, e também por pessoas não envolvidas diretamente, mas motivadas pela falência em que o sistema se encontra. Muitos são os direitos e garantias apresentados pela legislação a estas cidadãs, entretanto, todos esses direitos desaparecem quando adentram no sistema, estando à mulher presa protagonizando cenas absurdas de abandono e crueldade. Desta forma, refletindo sobre a teoria e realidade não resta dúvidas quanto à situação caótica em que se encontra o sistema prisional e da extrema necessidade de se encontrar meios alternativos à prisão privativa de liberdade, visto este sistema não se apresentar efetivo.

Palavras-chave: Sistema prisional brasileiro, Mulheres presas, Pena privativa de liberdade.

BRAZILIAN PRISON SYSTEM: REFLECTIONS ABOUT THE WOMEN'S REALITY IN THE PRISON

ABSTRACT

This article is a scope to discuss about the current situation of the women in the Brazilian prisons. There is a huge discussion by doctrine, by the students, by human rights activists and by many people indirectly involved, but that are motivated by the failure of the prison system. Many are the rights and guarantees provided by law for these citizens, however, all these rights disappears when they enter in the system and these women are featuring absurd scenes of abandonment and cruelty. In this way, reflecting on the theory and reality there is no doubt about the chaotic situation in which is the prison system and the extreme need to find alternative means to the deprivation of liberty, once that system does not provide effective results.

Keywords: Brazilian prison system, Women in the prison, Deprivation of liberty.

[1] Acadêmica Carla Giselle Duenha de Souza, do curso de Direito – UDC.
[2] Professora Mestre Kelly Cardoso da Silva – Orientadora – UDC.

1 INTRODUÇÃO

As altas concentrações da população nas cidades, a falta de oportunidades de estudo tendo como consequências poucas chances no mercado de trabalho, ocasiona o aumento de conflitos, cresce o índice de criminalidade, surgindo então à necessidade da criação de mecanismos de controle para que quando essas pessoas cometerem condutas contrárias à vida em sociedade sejam recolhidas para espaço determinado com a finalidade de cumprimento de uma pena imposta devido ao cometimento de algo ilícito. Quando uma pessoa comete algum tipo de crime, a própria sociedade espera que ela seja presa e que pague por seu erro. O que muitas vezes a sociedade não sabe ou que fecha os olhos não querendo saber é que uma pessoa presa não paga somente pelo seu erro, ela perde não somente o direito à liberdade. Mas também todos os outros, como o direito à saúde, defesa, assistência social e trabalho, que deveriam ser garantidos pelo Estado, mas, estas garantias são esquecidas no sistema prisional brasileiro. Neste trabalho será buscado demonstrar a realidade dos presídios femininos, não que nos masculinos a realidade seja muito diferente, mas nosso enfoque se dará com as presas, que são privadas de tudo, desde os suprimentos mais básicos, como sabonetes e absorventes, até a falta de assistência médica.

O esquecimento é o maior companheiro daquelas que se encontram nos presídios brasileiros. Muitas presas são afastadas do convívio com os filhos, outro direito que também deveria ser garantido pelo Estado. Mas, que em muitos casos por detalhes burocráticos é o responsável por afastá-los. Sem mencionar que a grande maioria não recebe visitas de pais ou companheiros com regularidade, muitas vezes a pedido da própria detenta que não quer ver as pessoas da sua família sendo vítimas das revistas vexatórias ais quais as visitas são submetidas, outras vezes devido à falta de recursos financeiros para tal.

A situação é crítica, o sistema caótico e ao tratarmos do sexo feminino a situação é ainda mais alarmante, pois as especificidades femininas não são consideradas. A realidade das mulheres em situação de cárcere é de total abandono, sendo uma realidade cruel e injusta que ocorre diariamente dentro dos presídios femininos.

De acordo com dados de junho 2013 do Ministério da Justiça, há apenas um médico ginecologista para cada grupo de 1.720 mulheres**.** De papel higiênico a atendimento ginecológico muitas não contam com a mínima estrutura para o cumprimento da pena de forma decente.

O objetivo deste trabalho é contribuir para a melhor compreensão do sistema prisional brasileiro abordando aspectos da dignidade da pessoa humana que ali deixam de existir, trazendo reflexões sobre a realidade quando contrastados com a teoria e demonstrando que os direitos construídos historicamente, direitos de todos os cidadãos, são esquecidos no sistema prisional.

Para tanto iniciamos com um levantamento sobre o encarceramento feminino no Brasil, em seguida passamos para a apresentação dos direitos fundamentais das presas, seguido por dados acerca da estrutura prisional. Para então trazermos o que de fato ocorre no dia a dia das condenadas por meio de fatos reais e de reflexões. Finalizando com as considerações finais gerando alguns questionamentos sobre a temática, visto não termos a pretensão de esgotarmos a temática diante de sua complexidade e amplitude.

2 O ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL

A prisão tem sido utilizada largamente pela humanidade desde seu surgimento. Desde tempos remotos, ela existe como forma de reter o indivíduo até que o mesmo recebesse a punição definitiva: morte, tortura, deportação, venda como escravo, entre outras.

No início a prisão não era utilizada como prisão pena, mas somente para segregação previa do acusado, que posteriormente viria a ser denominado de prisão cautelar, sendo utilizada como instrumento para a realização do processo garantindo seu resultado, e posteriormente utilizada para o cumprimento da pena e vigorando até os dias de hoje.

Segundo Luiz Flávio Borges D'Urso:

> A prisão como pena aparece no final do século XVI, precisamente em 1595, época em que, inspirando-se nos penitenciários da Inquisição, a Holanda constrói a primeira penitenciária masculina e dois anos depois, em 1597, constrói a segunda penitenciária, esta feminina, ambas em Amsterdã, agora sim, para cumprimento de pena privativa de liberdade".[1]

Observando-se assim que desde o século XVI o encarceramento com divisão de gênero já era feito.

No Brasil por sua vez, desde o período colonial, as mulheres vêm sendo encarceradas em estabelecimentos juntamente com presos do sexo masculino, os homens prevaleciam em números, sendo assim, raramente eram destinados espaços para as presas. Em sua maioria as

[1] Conferência Internacional de Direitos Humanos (1997; Brasilia). Anais da I Conferencia Internacional de Direitos Humanos, Brasilia: OAB, Conselho Federal, 1997. P. 263.

presas eram prostitutas e escravas, sendo confinadas junto aos homens e frequentemente dividindo inclusive a mesma cela.

A prática de divisão da mesma cela entre homens e mulheres, continua ocorrendo ainda nos dias atuais, em 2007 houve um fato ocorrido na cidade de Belém, no estado do Pará, com uma jovem que foi colocada em uma cela com vinte homens, sendo reiteradamente abusadas sexualmente por eles. Este ocorrido chamou atenção mundialmente, e como não poderia ser diferente, recebeu duras críticas da Anistia Internacional, que afirmou que "as mulheres no Brasil são vítimas ocultas do sistema de detenção que se desmorona e as expõe a violações ou outros maus tratos".

De acordo com o investigador da Anistia Internacional, Tim Cahill, ele relatou que haviam recebido:

> Muitos informes de mulheres sob custódia que sofrem abusos sexuais, torturas, atenção médica deficiente e condições desumanas, o que demonstra que este não é, em absoluto, um caso isolado, senão que se trata de uma situação que segue oculta aos olhos da opinião pública.[1]

Trata-se de caso gravíssimo, pois, a presa sob a tutela e responsabilidade do Estado deveria ser mantida em segurança e a ela ser oportunizado o direito à ampla defesa, contraditório e ao devido processo legal, mas o que ocorre é o Estado sendo responsável por promover a violação dos direitos humanos com requintes de crueldade e sadismo. Infelizmente, não é um caso isolado e nem um "desvio de conduta" de policiais e delegados corruptos e torturadores.

Segundo o doutrinador Fernando Salla, desde o início do encarceramento feminino narrativas de abandono, abusos sexuais, problemas com a guarda (na maioria das vezes masculina), doenças, promiscuidade e outros, envolvendo as mulheres encarceradas, estavam sempre presentes nos trabalhos de penitenciaristas[2] do século XX, não muito diferente do que ainda encontra-se hoje na realidade das presas brasileiras.

Conforme o doutrinador Rogério Greco:

> São inúmeros os casos de detentas que são violentadas sexualmente pelos agentes penitenciários e muitas delas acabam engravidando. No Brasil, houve um caso emblemático envolvendo a cantora mexicana Glória Trevi, que, segundo relatos de outros presos, mantinha relações sexuais com vários agentes federais, inclusive um delegado de polícia. Com isso, Glória obtinha regalias, por exemplo, a utilização de

[1] GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2ªed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.P.201.
[2] "Muitos eram os administradores de estabelecimentos prisionais que participavam ativamente dos debates acerca da situação prisional no século XIX e na primeira metade do XX. Isso se dava, além de outras razões, "pela capacidade que demonstraram de argumentar a favor ou contra as diferentes formas de organização e funcionamento da prisão revelando a constante atualização com as linhas do debate formulado no exterior". SALLA, Fernando. *As Prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume, 1999, p.110.

> telefone. Ao final, Glória Trevi acabou engravidando no cárcere da Superintendência da Polícia Federal em Brasília.[1]

De acordo com a obra de Fernando Salla - As prisões em São Paulo: 1822- 1940, a Cadeia, um dos dois estabelecimentos prisionais que funcionavam na cidade no final do século XIX, "misturava condenados e aqueles que aguardavam julgamento; condenados à pena de prisão simples permaneciam junto aos que cumpriam pena de prisão com trabalho; galés, dementes, homens, mulheres, crianças conviviam no mesmo espaço".[2]

Ainda com o relatório feito por outro penitenciarista José Gabriel de Lemos Britto, para o ministro da justiça nos anos de 1923 e 1924, a respeito da situação prisional brasileira em diversos estados:

> As mulheres pouco aparecem em seu relato, pois a grande maioria dos encarcerados à época era do sexo masculino. Nas poucas informações sobre elas, Lemos Britto mostra que na cadeia de Fortaleza, no estado do Ceará, havia um total de 106 detentos, sendo 101 homens e cinco mulheres. Na Capital da Paraíba havia um total de 175 detentos, dentre os quais 173 eram homens. Na cadeia da capital do estado de Sergipe, que o autor classifica como hedionda, havia, à época, 74 homens e duas mulheres. Os encarcerados na Capital do Piauí eram 80 homens e uma mulher. Já em São Luís do Maranhão havia um total de três mulheres e 143 homens presos.[3]

As presas eram sempre em menor quantidade e sempre encarceradas junto com homens, ainda descreve o autor sobre uma casa de detenção especificamente na cidade do Rio de Janeiro, capital do país naquele momento, que havia uma ala separada para as mulheres e que essas "ocupavam três prisões do fundo, também isoladas, e a cargo de duas senhoras, mas essas prisões são de mau aspecto". [4]

O que se observa é que as mulheres vêm sendo presas juntamente com homens desde há muitas décadas e que a situação ainda se repete nos dias atuais, como no caso citado da jovem em Belém do Pará, e que os estabelecimentos mistos e de condições precárias não oferecem as especificidades que o gênero necessita.

Outro aspecto a ser levantado, é com relação ao baixo índice de criminalidade cometido por mulheres, que durante séculos contribuiu decisivamente para o descaso do Estado quanto a iniciativas que se preocupassem com a situação das infratoras. Sendo que, somente a partir de 1920, com o aumento do número de mulheres delinquentes, o Estado passaria, pouco a pouco, a exercer uma maior autoridade sobre as mulheres presas.

[1] GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 270.
[2] SALLA, Fernando. *Op*.cit. P. 295.
[3] BRITTO, Lemos. Systemas Penitenciarios do Brasil. Volume I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.
[4] BRITTO, Lemos. Systemas Penitenciarios do Brasil. Volume II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925. P. 162.

A situação de abandono da mulher encarcerada tem sido uma realidade que vem ultrapassando décadas, nos poucos relatórios sobre as prisões e casas de correção brasileiras feitos em diferentes épocas, todos mostram não somente a precária condição em que se encontravam as mulheres presas, mas também o pequeno número de condenadas e processadas detidas, o que, muitas vezes serviam de "justificativa" para o adiamento de soluções para tal questão. Em meados do século XIX, quando a precariedade da situação prisional brasileira atingiu vertiginoso patamar, assim ganhando a atenção de diferentes profissionais, iniciaram-se as buscas por soluções, com o intuito de resolver a situação.

Ocorrendo então, em 1933 as primeiras tentativas para a codificação da execução das sanções pelo Judiciário, uma vez que nem o Código Penal e nem o Código de Processo Penal constituíam lugares adequados para um regulamento da execução das penas, no entanto, somente em 1981 foi apresentado um anteprojeto da Lei de Execução Penal (LEP), sendo aprovada a Lei somente em 1984 (Lei nº 7.210/84). Trazendo inovações de extrema importância, uma vez que assegurou as mulheres além de direitos comuns a quaisquer detentos, trouxe também algumas especificações como o direito a alojamento em celas individuais. Mas, que infelizmente não são garantias efetivas que de fato todos esses direitos são respeitados.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER PRESA

Segundo Lizandra Pereira Demarchi, com o advento da Constituição Federal de 1988 foram consagrados e de forma inovadora, os direitos e garantias fundamentais. Desde seu preâmbulo, estão previstos direitos civis, políticos e também os sociais. Porém, não estão limitados àqueles previstos pelo texto constitucional art. 5º , § 2º da CF/88, pois é permitido a verificação de outros direitos e garantias fundamentais, decorrentes de princípios, leis ou tratados internacionais.[1]

Sendo assim, todo cidadão tem direito a tratamento digno, de forma a não sofrer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, língua, opinião política ou quaisquer outras formas de discriminação. E o mesmo se aplica a aquele que tenha sido preso, pois, é um cidadão e como tal deve ser tratado.

[1] DEMARCHI, Lizandra Pereira. Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social . Disponível em http://www.lfg.com.br 9 setembro. 2008.

Ainda com relação aos presos de acordo com Lizandra Pereira Demarchi, a Constituição prevê tanto direitos e garantias fundamentais, quanto proibições, como as penas cruéis (art. 5º, XLVII, e, CF/88), além de garantir ao cidadão preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF/88). Estes pressupostos merecem uma abordagem especial, uma vez que os direitos fundamentais são os direitos humanos previstos na Carta Magna, em leis e tratados internacionais ou decorrem da aplicação destes, tendo eficácia e aplicabilidade imediata, e serem baseados no princípio da dignidade humana, basilar de todo o ordenamento jurídico e dirigente das ações dos operadores do direito.[1]

Desta forma, toda presa tem direito a tratamento digno, de forma a não sofrer preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, língua, opinião política ou quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, possuem o direito de não sofrer violência física ou moral, de não ser submetida à tortura nem a tratamento desumano ou cruel. Sendo proibida durante o cárcere qualquer forma de coação física (tapas, chutes, socos), moral ou psíquica (palavrões, provocações, ameaças, insultos, humilhações, etc.).

Importante ressaltar que nenhuma autoridade ou servidor penitenciário pode usar de violência física ou psicológica. Somente em ocasiões excepcionais, pode o servidor usar da força para restabelecer a normalidade da situação, desde que atue de acordo com o regimento disciplinar do Estado no qual estiver presa. Sendo, direito da detenta receber ou ter acesso um exemplar do regimento disciplinar penitenciário do Estado em que estiver presa, para que assim possa conhecê-lo.

No Brasil também não há prisão perpétua e ninguém é obrigado a exercer trabalhos forçados. Dessa forma, as presas têm o direito a trabalhar somente se quiserem e cumpridos os requisitos o direito de progressão de regime.

Além das garantias constitucionais, com o advento da Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210/84, o cumprimento das penas privativas de liberdade visa como regra priorizar o respeito aos direitos dos condenados, estabelecendo em seu art. 1º que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. " Dessa forma, a ressocialização do apenado passou a ser meta a ser alcançada pelo Estado.

Ainda, o art. 3º da citada lei determina que os condenados serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou lei. Sendo assim, esta lei assegura às mulheres, dentre outros direitos comuns a qualquer detento, independentemente do sexo, a conquista do direito

[1] DEMARCHI, Lizandra Pereira. Opt.cit.

ao alojamento em celas individuais e salubres, sendo as mulheres recolhidas em estabelecimento próprio e adequado a sua condição pessoal, estando assim também em conformidade com o art. 82 do mencionado diploma legal.

Conforme, o art. 88 da lei em comento, o condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório. De acordo com parágrafo único: são requisitos da unidade celular: a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6m2 (seis metros quadrados).

Recentemente, em 2009, duas modificações inseridas na Lei de Execução Penal pelas Leis nº 11.942/09 e nº 12.121/09, trouxeram significativas conquistas às mulheres quanto a sua situação como detentas. Dentre as garantias, está a que determina que os estabelecimentos penais destinados a mulheres sejam dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los no mínimo, até seis meses de idade, e ainda, tais estabelecimentos deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino. Além disso, no artigo 89 da LEP, recentemente alterado, dispõe que a penitenciária deverá também ser dotada de seção para gestante e parturiente e de creche.

Referidas medidas surgiram em um momento necessário e oportuno, já que é crescente o contingente de presas, e muitas delas são grávidas e mães.

As recentes mudanças na lei também refletem a implementação do princípio da humanização das penas, propiciando a infratora à possibilidade de mudança na sua condição, na medida em que o convívio familiar demonstra-se ser um fator relevante no processo de conscientização e assimilação de valores positivos o que motivam a mudança de comportamento.

São diversos os direitos assegurados para as presas, podendo ainda ser citado que a presa tem o direito à assistência material. Devendo então receber, sempre que necessite roupas, cobertas, alimentação adequada, material de higiene e limpeza, além de produtos de uso pessoal, suficientes para que não seja posta em risco sua saúde e integridade física ou moral.

A mulher presa além da assistência material tem também o direito à assistência à saúde, respeitadas as peculiaridades da sua condição feminina. Deste modo, além da assistência pelo clínico geral, caso precise de ginecologista, obstetra, psiquiatra ou psicólogo, deve ser atendida. A presa tem direito à atenção básica à saúde, incluindo programas educativos de prevenção a doenças sexualmente transmissíveis (DSTs). E aquelas que já se submetia, antes da prisão, a acompanhamento médico ou a uso de medicação tem o direito de continuar o seu tratamento.

4 ESTRUTURA PRISIONAL FEMININA

Segundo os dados de junho de 2014, do Levantamento Nacional de informações penitenciarias INFOPEN Mulheres[1], o Brasil conta com uma população de 579.781 pessoas custodiadas no Sistema Penitenciário, levando em consideração as prisões estaduais e federais, deste total, 37.380 mulheres e 542.401 homens. O estudo mostra que, em números absolutos, o Brasil está em quinto lugar na lista dos 20 países com maior população prisional feminina do mundo em 2014, atrás dos Estados Unidos (205.400 detentas), da China (103.766) Rússia (53.304) e Tailândia (44.751).

Ainda de acordo com o levantamento, os dados mostram que há 1.070 unidades masculinas, o que configura um percentual de 75%. Nas outras destinações, há o indicativo de 238 estabelecimentos mistos (17%) e 103 estabelecimentos femininos (7%), desta forma, observa-se que a maior parte das mulheres está em estruturas mistas.

Outro dado tem chamado atenção sobre a população penitenciária feminina no Brasil, o número de mulheres presas cresceu mais de 500% no Brasil nos últimos 15 anos. Entre 2000 e 2014 apresentou crescimento de 567,4%, enquanto o dos homens, no mesmo período, foi 220,20%. Dessa forma, observa-se que participação da mulher no crime vem aumentando e que o problema cresce em alta velocidade.

Observa-se que o número de mulheres presas está cada vez mais aumentando e grande parte desse avanço se deve à aprovação, em 2006, da nova Lei de Drogas, que aumenta desproporcionalmente as penas mínimas de crimes relacionados ao comércio de substâncias ilícitas. Assim, entre 2005 e 2013, o número de detentas que responderam por crimes relacionados às drogas cresceu 290%.

Ainda de acordo com os dados do levantamento, em geral as mulheres submetidas ao cárcere são jovens, têm filhos, são as responsáveis pela provisão do sustento familiar, possuem baixa escolaridade, são oriundas de extratos sociais desfavorecidos economicamente e exerciam atividades de trabalho informal em período anterior ao aprisionamento. Sendo, em torno de 68% dessas mulheres possuem vinculação penal por envolvimento com o tráfico de drogas não relacionado às maiores redes de organizações criminosas. A maioria dessas mulheres ocupa uma posição coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio, sendo que, muitas são usuárias e poucas as que exercem atividades de gerência do tráfico.

[1] Disponível em: http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do-infopen-mulheres.

Mesmo tendo sido feito este levantamento de dados pelo Departamento Penitenciário Nacional, há uma deficiência grande de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais do governo, o que contribui para a invisibilidade das necessidades dessas pessoas.

As mulheres em situação de prisão têm demandas, necessidades e peculiaridades que lhes são específicas, e que vem sendo completamente ignoradas.

5 REFLEXÕES SOBRE A REAL SITUAÇÃO DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

A pena privativa de liberdade e o sistema carcerário em si, têm sido alvo de duras críticas ao longo dos últimos anos, isso se deve ao fato, de as pessoas a eles submetidas serem humilhadas, degradadas e estigmatizadas, alguns estudiosos apoiam a necessidade da criação de alternativas para as penas privativas de liberdade, outros acreditam que ela precisa ser combatida, como é o caso de Foucault, segundo ele elas são:

> Desprovidas de efeitos sobre o público. Porque é inútil à sociedade, até nociva: é cara, mantém os condenados na ociosidade, multiplica-lhes os vícios. Porque é difícil controlar o cumprimento de uma pena dessas e corre-se o risco de expor os detentos à arbitrariedade de seus guardiães. Porque o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania.[1]

Assim, observa-se que para Foucault a prisão não é uma forma humanista de cumprir a pena, e sim um ato de tirania que tem alto custo e poucos resultados, pois em sua grande maioria mantém o preso na ociosidade. Ainda afirmava o filósofo que a prisão, “em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos”.[2]

Comumente ouve-se de estudiosos e da própria mídia que o sistema prisional se tornou uma grande escola para a criminalidade. Isso se deve ao fato de que na prática, na realidade do sistema carcerário, o que facilmente pode ser constatado são as superlotações, a precariedade das condições de higiene, infraestrutura péssima ou na maioria das vezes condenada, serviços de saúde no interior praticamente inexistente, a utilização de drogas, ambiente de péssimo aspecto, a ausência de vagas e oportunidade de trabalho ou estudo para todas as apenadas, facções criminosas controlando os presídios.

Fora o sedentarismo e a constante ociosidade que as detentas são submetidas, ainda existe a corrupção de agentes penitenciários, a morosidade e os erros do Poder Judiciário, a

[1] FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir***:* história da violência nas prisões. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002. P. 95.
[2] FOUCAULT, Michel. Op. cit. P. 221.

insalubridade dos estabelecimentos penais gerando diversos tipos de doenças infectocontagiosas como: tuberculose, leptospirose, micose, pediculose, sarna, AIDS, gripe, etc.), entre muitos outros problemas existentes. Com todas essas observações reforça-se a afirmação de Foucault, de que o sistema tem se demonstrado altamente caro, ineficaz e de certa forma inútil para a sociedade.

Reafirmando as precárias condições carcerárias femininas, Rogério Greco afirma que nos presídios femininos são constatados:

> Relatos de detentas feridas em virtude de disparo de arma de fogo, espancadas com barras de ferro, tuberculosas e aidéticas que não recebem o necessário atendimento médico e que disseminam a doença em seu meio, presas grávidas que foram espancadas por guardas penitenciários, que as agrediam desferindo socos em sua barriga, detentas que, agredidas violentamente, tiveram seus dentes quebrados, outras submetidas a choques elétricos nos seus seios e na região genital.[1]

Reafirmando a ideia de que a prisão não tem cumprido com a sua proposta, Olga Espinoza afirma que "o cárcere é uma instituição totalizante e despersonalizadora, na qual predomina a desconfiança e onde a violência se converte em instrumento de troca e que o único objetivo de quem está ali é sair, fugir, atingir a liberdade"[2].

Isto ocorre devido, a toda violência que acontece no interior das próprias prisões, e até mesmo praticada pelos próprios apenados. Revestidas nas formas físicas, psíquicas ou morais, incluindo humilhações, tortura, estupro, homicídio, subjugação, sodomização, constrangimento, ameaças, chantagens, entre outras.

A situação alarmante em que as mulheres se encontram nas prisões, pode ser facilmente constada por meio dos vastos trabalhos desenvolvidos pela Pastoral Carcerária[3] que retratam a realidade das presas, inúmeros testemunhos das encarceradas sobre como sofrem toda forma de violência e abandono quando caem no sistema prisional, e de como essas mulheres têm sido protagonistas nas prisões das mais bárbaras histórias.

Heidi Ann Cerneka, da coordenação nacional da Pastoral Carcerária (PCr), afirma que a mulher presa carrega consigo o peso de quem rompeu os padrões de ternura, carinho e gentileza, sendo considerada como "uma mulher 'desnaturada', que deve perder o direito de ser mãe, de ser mulher e muitas vezes de ser tratada com dignidade. "

[1] GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. Op. cit. P. 267.
[2] Espinoza, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBECRIM, 2004. P. 78.
[3] A Pastoral Carcerária é uma ação pastoral da Igreja Católica Romana no Brasil, vinculada à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, que tem como objetivo a evangelização das pessoas privadas de liberdade, bem como zelar pelos direitos humanos e pela dignidade humana no sistema prisional. É a presença de Cristo e de sua Igreja no mundo dos cárceres onde procura desenvolver todos os trabalhos que essa presença vem a exigir. A Pastoral mantém contatos e relações de trabalho e parceria com organismos dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo, como também ONG's locais, nacionais e internacionais. Disponível em: http://carceraria.org.br/quem-somos.

A coordenadora da Pastoral afirma ainda que 80% das presas são mães, mas que os presídios femininos do Brasil são na verdade unidades prisionais masculinas adaptadas, de modo que "não foram planejados para serem presídios femininos, não contemplam a questão de visita, dos filhos e da amamentação".

Isso ocasiona um grave problema, pois segundo ativistas de Direitos Humanos da Conectas[1], quando detidas, os filhos são distribuídos entre parentes e instituições. Só 19,5% dos pais assumem a guarda das crianças. Os avós maternos cuidam dos filhos em 39,9% dos casos, e 2,2% deles vão para orfanatos, 1,6% acabam presos e 0,9% como internos de reformatórios juvenis.[2].

Segundo Rogério Greco, as presas também enfrentam problema com os filhos quando entram no sistema grávidas ou ali engravidam, pois:

> O acompanhamento pré-natal é feito de forma precária. Quando a gestante dá à luz seu filho, embora permaneça, temporariamente, afastada das demais companheiras de prisão, os berçários existentes são como que pequenas jaulas, que não se diferenciam muito do ambiente prisional anterior. E ainda, após poucos meses, a mãe é separada de seu filho, que passa a ser, em regra cuidado por algum parente próximo, sem que, para tanto, exista qualquer programa de auxílio por parte do governo. Essa família que resolve acolher a criança passa a ter o ônus que não estava previsto no seu orçamento e, por conta disso, ela acaba cuidando de forma inadequada.[3]

A situação é ainda agravada quando os membros da família não podem mais cuidar e sustentar as crianças, elas viram alvos de disputa judicial e as mães presas podem perder a guarda, pois como estão presas na maioria das vezes não recebem as intimações para depor manifestando seu interesse em manter seus filhos e faltam às audiências. O Estado por sua vez, entende a ausência como desinteresse da mãe e jogam as crianças no burocrático e ineficiente sistema de abrigos e adoção.

Outros aspectos desumanizantes e descaracterizadores pelos quais passam as mulheres presas, segundo Heidi Cerneka diz respeito à boa parte das presas não terem roupas íntimas em boas condições, tampouco produtos de higiene femininos, algo tão cotidiano da vida de uma mulher como um simples absorvente é negligenciado. Fazendo com que a própria Pastoral Carcerária promova e apoie campanhas com o intuito de proporcionar um pouco de dignidade a essas presas, a exemplo da campanha "Estou presa, continuo mulher", que conseguiu arrecadar mais de mil peças de roupas íntimas e centenas de absorventes.

[1] Conectas Direitos Humanos é uma organização não governamental internacional, sem fins lucrativos, fundada em setembro de 2001 em São Paulo – Brasil. Disponível em: http://www.conectas.org.
[2] Dados coletados pela Pastoral Carcerária, referente ao estado de São Paulo. Disponível em http://carceraria.org.br.
[3] GRECO, Rogério. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. Op. cit. P.270.

Cerneka afirma ainda, que “precisamos mostrar para a população, para a sociedade toda e também ao Estado, que, primeiramente, aquela pessoa [presa] é cidadã com todos os direitos que merece e depois, como cristãos, que é preciso tratar meu próximo como eu gostaria de ser tratada”.

Esta afirmação leva-nos a refletir se de fato ao tratarmos de forma desumana, deixarmos no esquecimento, e não proporcionarmos oportunidades as presas, se ao saírem do sistema prisional estas mulheres poderão ser reintegradas a sociedade, ou se certamente voltarão a cometer ilícitos e assim retornarão ao sistema, devido à estigmatização e a falta de oportunidades.

Esses e outros problemas também foram apresentados em recente publicação da Jornalista Nana Queiroz, “Presos que menstruam”, em que ela por quatro anos de pesquisa conversou com detentas de várias partes do país e colheu depoimentos de suas experiências dentro das prisões, e a partir de suas observações retrata no livro o desrespeito à dignidade das mulheres presas, casos de maus tratos, violência, negligência do Estado e abandono inclusive das famílias. Ela ainda faz um retrato sobre a gravidez dentro dos presídios, a presença dos bebês que convivem nas prisões, de todas as torturas físicas e psicológicas às quais são submetidas às mulheres presas e também sobre o tratamento dado às famílias durante as visitas.

Não é somente a presa que é rotulada como “bandida”, mas toda a família e pessoas próximas a ela. As revistas vexatórias, que acometem os familiares as mais extremas formas de humilhação e desrespeito, principalmente com crianças e idosos, é um dos principais motivos para o abandono pela família, ou muitas vezes a própria presa não quer ver a família se submetendo a estas situações.

Nas penitências que não tem a radiografia corporal (são pouquíssimos os presídios que possuem), conforme trecho do livro de Queiroz existe um procedimento em que:

> Os parentes têm que abaixar nus para que o orifício anal seja verificado, e mulheres têm, por vezes, que colocar um espelho no chão enquanto abrem a vagina. Nem mesmo as crianças ou bebês escapam da vergonha, eles têm as roupas tiradas e as fraudas trocadas por outras fornecidas pela penitenciária.[1]

Está forma de revista, além de humilhante também tem se demonstrado ineficiente, pois, o seu principal objetivo é coibir a entrada de drogas, armas e aparelhos celular, mas constantemente é divulgado na mídia que em revistas nas celas estes três itens são facilmente encontrados dentro das prisões, sendo assim, pode até acontecer de os visitantes tentarem esconderem no próprio corpo, mas que há outras maneiras de entrada desses objetos.

[1] QUEIROZ, Nana. Presos que Mestruam. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Record, 2015. P. 51.

Este procedimento também acaba desencadeando outros problemas além do próprio abandono em si, pois o Estado não proporciona em quantidade suficiente nem itens básicos para higiene das presas, que passam então a depender da ajuda dos familiares. Assim, se não recebem visitas da família "elas ficam sem assistência e os itens de higiene são os primeiros que faltam", conta Nana.

No livro Queiroz explica que em alguns presídios é oferecido um pacote pequeno de absorventes para o ciclo menstrual, mas, conforme relatos de muitas detentas eles não são suficientes para aquelas com fluxo maior. Em casos extremos, quando falta absorvente durante a menstruação, detentas improvisam usando miolo de pão como absorvente interno.

O fato de haver o fornecimento de um kit básico de higiene, não significa que a pessoa conseguirá ter condições mínimas de higiene até a próxima entrega, pois, a quantidade não é suficiente. E quando a família não consegue ajudar, por dificuldade financeira ou por outras razões, a presa fica a mercê da própria sorte e esses itens de higiene se tornam mercadorias de troca para essas pessoas que não tem visita e não recebem ajuda da família. Assim, algumas presas fazem faxinas para outras, lavam roupas ou serviços de manicure.[1]

Em conversa com uma detenta de 57 anos da Penitenciária de Sant'Anna no Estado de São Paulo, Queiroz questiona se falta algum item básico para a sua sobrevivência, uma vez que a penitenciária tem que fornecer a ela um kit de higiene, e mais uma vez é surpreendida por um triste retrato da realidade quando a presa afirma que tem "dia que até sai recolhendo papel de jornal do chão para limpar a bunda".[2] A partir desses e de muitos outros fatos retratados na obra, o que fica claro é que as mulheres são esquecidas pelo próprio sistema carcerário e que são tratadas como homens. Pois, a elas são oferecidos os mesmos auxílios que aos prisioneiros do sexo masculino, ignorando a diferença de gênero e necessidades extras.

Assim como a coordenadora da Pastoral Carcerária, Nana Queiroz também afirma que as especificidades de gênero são ignoradas "o Estado esquece que as mulheres precisam de absorventes, por exemplo, e que precisam de papel higiênico para duas necessidades ao invés de uma. Ou ainda que necessitam de Papanicolau, que as mulheres engravidam, precisando do pré-natal, que têm filhos e precisam amamentar, enfatiza a jornalista.

As situações de tortura também são retratadas no livro, em um dos trechos a presa conta que já na delegacia começaram as torturas:

> A minha irmã levou choque no bico dos peitos. Eles dava choque para ver se ela contava alguma coisa.. Eu, eles colocava com a cabeça na descarga, na privada cheia

[1] QUEIROZ, Nana. Op cit. P. 104.
[2] QUEIROZ, Nana. Op. cit. P. 103.

> de xixi. Bateram muito de um lado, quebraram os dentes da frente e tudo. Ixi! Apanhei muito. Nós ficou dois dias no Deic (Departamento Estadual de Investigações Criminais) sem comer, sem beber água, só pau. Pau mesmo, do feio.[1]

Ainda sobre situações de violência no cárcere, em depoimento de outra detenta para Queiroz, ela afirma que as grávidas apanham muito da polícia:

> Bater em grávida e algo normal para a polícia, respondeu Aline. Eu apanhei horrores e estava grávida de seis meses. Um polícia pegou uma ripa e ficou batendo na minha barriga. Nem sei qual foi a intenção desse doido, se era matar o bebê ou eu. A casa penal me mandou pro IML para fazer corpo delito, mas não deu nada.[2]

Ainda os depoimentos de outras detentas no livro confirmam o que foi dito pela presa Aline:

> Michele, já de barrigão protuberante, apanhou de uma, outra mulher. Na hora da detenção, Mônica recebeu socos de um policial, que disse que filho de bandida tinha que morrer antes de nascer.[3]

Tanto nos trabalhos elaborados pela Pastoral Carcerária quanto de pesquisas realizadas como a de Nana Queiroz, fica evidenciado que são diversas as situações degradantes que ocorrem com as mulheres no cárcere e que são comuns tanto em presídios femininos como em presídios mistos. Pois, até os itens de higiene pessoal são de responsabilidade da própria detenta, o Estado não tem propiciado o mínimo de dignidade para essas mulheres e não se sabe se um dia será possível passar pelo sistema prisional e de lá sair uma cidadã melhor, muitas foram às presas que lá passaram e ainda há muitas que neste momento estão passando seus dias em condições brutais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os levantamentos feitos por este trabalho não visam esgotar o tema, mas discutir a temática que mesmo sendo difícil, problemática e polêmica deve ser tarefa de todos os envolvidos no mundo jurídico, pois, somente a partir de estudos e reflexões a seu respeito será possível mudarmos o quadro atual em que se encontra o sistema prisional.

Embora, o processo de evolução histórica da pena tenha sido lento, ainda está longe de ter atingido uma aplicação ideal, muito tem sido pesquisado sobre mecanismos para que a

[1] QUEIROZ, Nana. Op. cit. P. 68.
[2] QUEIROZ, Nana. Op. cit. P. 66.
[3] QUEIROZ, Nana. Op. cit. P. 66-67.

pena possa ser cumprida sem a utilização do encarceramento. Mas embora, esteja sendo buscadas formas diversas e até já ter havido significativa diminuição de sua utilização, ainda não é o bastante. Atualmente, o que se encontra é um sistema falido como medida ressocializadora, por este motivo que o direito penal deve ser utilizado apenas como *ultima ratio* e que a banalização da tipificação de condutas deve ser abolida, pois, o sistema prisional está em colapso como o jurista Rogério Greco define e não comporta tamanha demanda.

Assim, é preciso buscar ao máximo afastar o homem do cárcere e reservar a segregação celular somente para os casos nos quais nenhuma outra forma se enquadre. Entretanto, como não foi encontrado uma maneira de substituição completa da pena de prisão, o encarceramento ainda é um mal necessário, mas que não deve ser deixado no esquecimento e aceito como única solução, visto que, ao longo dos tempos tem propiciado mais desgraças que benefícios.

Fica evidenciado que nosso país não está com o sistema carcerário estruturado de forma apropriada para receber o crescente número de condenados, as mulheres em especial, têm encontrado um sistema despreparado, sem estrutura e que negligência direitos básicos que lhes são garantidos, não só como mulheres, ou como presas, mas direito mínimos de toda cidadã.

São diversos os problemas encontrados nos estabelecimentos penais brasileiros, poucas as soluções encontradas, eles vão desde poucas unidades prisionais exclusivas para mulheres (apenas 103, segundo último censo do DEPEN), alto déficit de vagas ocasionando superlotação dos presídios, ausência de módulos de saúde para parturientes e lactantes, número insuficiente de creches, insalubridade e insegurança das prisões, adaptação improvisada da infraestrutura existente, falta de produtos de higiene femininos, abusos sexuais, prostituição e concepção dentro do cárcere nas unidades mistas (principalmente, onde às vezes homens e mulheres dividem as mesmas celas), raras iniciativas consolidadas e produtivas de ensino e trabalho, carência de visitas e consequente fragilização dos vínculos familiares, dificuldade de acesso ao direito da visita íntima. Ficando assim, latente o descaso por parte do Poder Público para as questões relacionadas às mulheres presas.

Desta forma, embora haja previsão legal de tratamento digno, direitos e garantias, a realidade é totalmente diversa da teoria, e assim como conclui Michel Foucault, em seu livro *Vigiar e Punir, "*que a prisão não diminui as taxas de criminalidade, ao contrário provoca a reincidência, fabrica novos delinquentes, fortalece uma administração arbitrária, a corrupção e o medo", é exatamente o que podemos observar ao estudarmos o sistema prisional brasileiro, é o retrato de um sistema falido, desestruturado que está à beira do abismo.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Bruna Soares Angotti Batista de. *Entre as leis da Ciência, do Estado e de Deus*: o surgimento dos presídios femininos no Brasil (1930-1950). Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

BRASIL. Decreto- Lei n.12.121, de15 de dezembro de 2009. Acrescenta o § 3 ao artigo 83 da Lei n. 7. 210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), determinando que os estabelecimentos penais destinados às mulheres tenham por efetivo de segurança interna somente agentes do sexo feminino. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 16 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12121.htm>. Acesso em: 20/02/2016.

_____. Decreto-Lei de Execução Penal n. 7. 210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal e a legislação correlata. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 de jul. 1984. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/766> . Acesso em: 20/02/2016.

_____. Decreto- Lei n. 11.94, de 28 de maio de 2009. Dá nova redação aos artigos 14, 83 e 89 da Lei n. 7219, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 29 mai. 2009. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11942.htm>. Acesso em: 20/02/2016.

BRITTO, Lemos. Systemas Penitenciarios do Brasil. Volume I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.

_____. Systemas Penitenciarios do Brasil. Volume II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.

Conferência Internacional de Direitos Humanos (1997; Brasilia). Anais da I Conferência Internacional de Direitos Humanos ■ Brasilia: OAB, Conselho Federal, 1997.

DEMARCHI, Lizandra Pereira. *Os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social*. Disponível em http://www.lfg.com.br 9 setembro. 2008.

ESPINOZA, Olga. A mulher encarcerada em face do poder punitivo. São Paulo: IBECRIM, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. 26 ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

_____. Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Direito Penal do Equilíbrio. 8ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Execução Penal*: comentários à lei nº. 7210/84. São Paulo: Editora: Atlas, 2005.

QUEIROZ, Nana. Presos que Mestruam. Rio de Janeiro. Record, 2015.

SALLA, Fernando. *As Prisões em São Paulo: 1822-1940*. São Paulo: Annablume, 1999.

<http://www.conectas.org>. Acesso em 10/02/2016.

<http://carceraria.org.br>. Acesso em 15/03/2016.

<http://carceraria.org.br/quem-somos>. Acesso em 15/03/2016.

<http://www12.senado.leg.br/noticias/arquivos/2016/03/14/apresentacao-detalhada-do infopen-mulheres>. Acesso em 11/03/2016.

<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/20419>. Acesso em 10/02/2016.

<http://fimdarevistavexatoria.org.br/> Acesso em 15/03/2016.

<http://www.conectas.org/pt/acoes/justica/noticia/28793-mulheres-e-encarceradas-dupla-punicao>. Acesso em 10/02/2016.

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE7CD13B5ITEMID0892E0A129D44E56AF956B4B6EC869A2PTBRIE.htm>. Acesso em 20/02/2016.

<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-de-atuacao/torviolpolsist/Relatorio%20DEPEN%20-%20Sistema%20penitenciario%20no%20Brasil%20-%20dados%20co.pdf/view>. Acesso em 20/02/2016.

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8080>. Acesso em 20/02/2016.

<http://vivario.org.br/o-drama-das-mulheres-encarceradas/> Acesso em 23/02/2016.

<http://sociologiacienciaevida.uol.com.br/ESSO/Edicoes/22/artigo127779-1.asp>. Acesso em 23/02/3016.

<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-11/numero-de-mulheres presas-cresceu-mais-de-500-no-brasil-nos-ultimos>. Acesso em 15/02/2016.

<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi>. Acesso em 11/02/2016.

<http://carceraria.org.br/em-chat-heidi-cerneka-comenta-sobre-mulheres-presas-e-saude-nos-carceres.html#sthash.OuXlHm39.dpuf>. Acesso 15/03/2016.

<http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=24>.Acesso15/02/2016.

REQUERIMENTOS TRIBUTÁRIOS DA REVOLUÇÃO DE 1789

SANTOS, Fabrizio Cândia dos[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo evidenciar os requerimentos tributários que consubstanciaram um dos fatores decisivos para a eclosão da Revolução Francesa. Para tanto, procede-se ao inventário de algumas das ideias que moldaram o imaginário, em seus antecedentes históricos, acerca da tributação.

Palavras-chave: Tributação, Revolução Francesa, Inventário Histórico.

ABSTRACT

This work has the scope to highlight the tax requirements that consubstantiated one of the decisive factors for the outbreak of the French Revolution. Therefore, it proceeds to the inventory of some of the ideas that have shaped the imaginary in its historical background, on the taxation.

Keywords: Taxation, French Revolution, Historical Inventory.

[1] Professor Mestre Fabrizio Cândia dos Santos – UDC.

1 INTRODUÇÃO

A Revolução Francesa representa um marco histórico na construção da modernidade, em especial na modelação do Estado moderno. Evidentemente, seus vestígios estão impressos na feição dos sistemas tributários adotados pelos países do ocidente, principais destinatários de sua influência. Mas se a tributação sofreu os influxos da Revolução de 1789, não é menos verdade que a própria Revolução teve em seu cerne a tributação, como fator decisivo para sua eclosão.

Entretanto, ao contrário do que o senso comum costuma sugerir, dentre os requerimentos da Revolução, não se insurgia contra a tributação por si, mas sim contra as injustiças decorrentes de um sistema de privilégios estabelecidos pela ordem social e política, da qual a tributação era sua face mais visível. Era preciso implementar um sistema igualitário e libertário, inclusive no que tange à tributação, sem, contudo, extirpá-la. Com efeito, a tributação não só sobreviveu à Revolução, como também adquiriu contornos de essencialidade, conforme se pode depreender do art. 13º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789: "*Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades*".

Para compreender o papel que o fator tributação exerceu no seio da Revolução - em especial, como um fator de opressão se torna um requerimento de necessidade - é necessário proceder ao inventário de ideias que povoaram as mentes revolucionárias, recorrendo aos antecedentes históricos do fatídico ano de 1789.

2 REQUERIMENTOS TRIBUTÁRIOS DA REVOLUÇÃO DE 1789

A equivocidade do fenômeno tributário não é recente. Desde priscas eras, a tributação é encarada como uma necessidade, talvez natural, decorrente do convívio social, mas também como um mal que assola um direito fundamental, que é a limitação de gozo dos frutos do trabalho. Esse antagonismo se torna mais crítico em estágios maduros de socialização, como é o Estado. Se a tributação, de um lado, como entendeu Hobbes (2009), é a nutrição que mantém a plenitude do Estado, de outro, é mais fácil para um homem aceitar uma ofensa a seu pai do que a seu patrimônio, como assinala Maquiavel. Por isso, a tributação passa a ser vista como um mal necessário.

No que tange à Revolução, contudo, o aspecto crítico da tributação ganha contornos de dramaticidade. Fácil perceber as razões quando se toma em consideração o mote básico da Revolução: legalidade, igualdade e fraternidade. A Revolução representou uma ruptura com um estado anterior que se pressupunha em confronto com esses requerimentos. Um estado de coisas em que não havia igualdade entre os homens; em que governava a exceção; em que a soberania não tinha lastro na nação. Reformar já não era suficiente, era preciso abalar as antigas estruturas feudais para que reinasse o poder da nação, expresso na vontade geral da lei, sob a qual todos seriam iguais.

Sob esse aspecto e ao contrário do que nos faz supor o senso comum, a Revolução não foi simplesmente uma oposição ao absolutismo. Foi, acima de tudo, uma oposição ao sistema feudal, que deixará de ser um sistema político, tornando-se um modelo de organização social. No dizer de Tocqueville (2009, p.11):

> Como seu objetivo não foi apenas mudar um governo antigo, e sim abolir a forma antiga da sociedade, a Revolução Francesa teve de atacar simultaneamente todos os poderes estabelecidos, demolir todas as influências reconhecidas, apagar tradições renovar os costumes e os usos e, por assim dizer, esvaziar o espírito humano de todas as ideias nas quais se haviam fundamentado até então o respeito e a obediência. Daí seu caráter tão singularmente anárquico.

Mas por qual razão se tornara tão essencial essa ruptura social para os revolucionários? Simplesmente porque o modo de vida feudal se tornara incompatível com o novo estilo de vida emergente nos centros urbanos. Particularmente, o sistema feudal impunha incontáveis amarras à vida econômica dos indivíduos, para além das amarras políticas e sociais, o que pode ter influenciado Rousseau a proferir em primeira frase de seu contrato social: “O homem nasceu livre, e por toda a parte geme agrilhoado” (ROUSSEUAU, p. 21, 2009).

Esses grilhões feudais estavam em seu âmago. Com efeito, o modelo feudal se caracterizava pela servidão, pelo particularismo, pelo privilégio. No entender de Anderson (1994), o feudalismo se feicionava por um modo de produção regido pela terra e uma economia natural, pelas quais o produtor imediato não era proprietário, mas a ela se vinculava por meio da servidão. A propriedade era controlada privadamente pelo senhor feudal, o qual mantinha uma relação político-legal de coação sobre o servo.

Na França pré-revolucionária, havia uma peculiaridade bastante significativa. Os camponeses franceses conseguiram se tornar proprietários de pequenos lotes de terra. E, não obstante o orgulho de sua propriedade, ela não era plena, uma vez que, desde a aquisição da terra até sua utilização eram recortadas pelos encargos feudais, como assinala Tocqueville (2009, p.38):

> Para adquiri-la precisa primeiramente pegar um direito, não ao governo, mas a outros proprietários da vizinhança, tão alheios quanto ele à administração dos assuntos públicos e quase tão impotentes quanto ele. Por fim a possui; nela enterra seu coração junto com as sementes. Esse pedacinho de chão que no vasto universo lhe pertence exclusivamente enche-o de orgulho e de independência. Entretanto surgem os mesmos vizinhos, que o arrancam de seu campo e obrigam-no; esses mesmos esperam-no na passagem do rio para cobrar-lhe um direito de pedágio. Encontra-os de novo no mercado, onde lhe vendem o direito de vender seus próprios produtos. E quando, de volta ao lar, quer alimentar-se com o restante de seu trigo, desse trigo que cresceu ante seus olhos e por suas mãos, é obrigado a levá-lo para moer no moinho e assar no forno daqueles mesmos homens.

O crescimento urbano teve um papel decisivo para o declínio do sistema feudal, como ressalta Dobb (1983). Todavia, a urbanização, que consagrava um novo modelo de exploração econômica – o comércio – não representou uma ruptura com o sistema feudal, mas sim operou-se por uma transição, período em que os dois sistemas conviveram:

> A história moderna é a urbanização do campo, e não como entre os antigos, a ruralização da cidade'. Assim, uma oposição dinâmica de cidade e campo só foi possível no modo de produção feudal: a oposição entre uma economia urbana de crescente comércio de bens, controlada pelos mercadores e organizada em associações e corporações, e uma economia rural de troca natural, controlada pelos nobres e organizada em terras senhoriais e pequenas propriedades, com enclaves individuais. Não era preciso dizer que a preponderância deste último era enorme: o modo de produção rural era esmagadoramente agrário. Mas as leis de sua dinâmica eram determinadas pela complexa unidade de suas diferentes regiões, e não pela simples predominância do domínio senhorial" (ANDERSON, 1995, p. 146-7).

Isso não significa que a convivência urbano-rural era pacífica. Isto porque as inúmeras restrições aplicáveis ao modo de produção agrícola foram, *mutatis mutandis*, transladas para a economia urbana. Smith (1996) assinala que as cidades feudais eram habitadas por negociantes e artífices que viviam sob condição servil ou quase servil. As atividades comerciais eram sujeitas a autorizações reais, quando não submetidas ao monopólio concedido em caráter de exclusividade a alguns. A situação era agravada pela existência de diversos tributos que eram cobrados na Inglaterra feudal sobre pessoas e bens de viajantes, quando cruzavam domínios feudais, quando atravessavam pontes, quando levavam mercadorias de um local a outro na feira, quando na feira levantavam uma barraca ou banca para venda de mercadorias[1].

A tributação era a pura expressão do modelo feudal de organização social. Estabelecidos pela vontade do soberano, ou por ele autorizados, os tributos não se adequavam, no mais das vezes à capacidade contributiva dos cidadãos. Não era incomum também a concessão de privilégios isentivos a certas pessoas ou grupos de pessoas. Enfim, além de incômodos, os tributos eram "ilegítimos", pois não consentidos por seus destinatários. É preciso ressaltar, todavia, que o sentido da "tributação" era bastante diverso do que hoje se entende

[1] Ainda segundo Smith (1996), esses tributos eram conhecidos como *passage, pontage, lastage e stallage*.

pelo termo. Os tributos eram difusos, impostos tanto pelo soberano como também pelos senhores feudais sobre seus suseranos, ou sobre aqueles que, porventura e ocasionalmente, ingressassem em seus domínios. Os privilégios de acesso ao exercício de certas atividades econômicas, como o comércio, também caracterizavam a tributação em sentido amplo, uma vez que operavam o desvio de capacidade econômica a uns em detrimento de outros. Esses "tributos sem receita" foram, indubitavelmente um dos principais *leitmotiv* do processo revolucionário, pois eram extremamente gravosos ao desenvolvimento do capitalismo. Nesse contexto, era preciso combater o acorrentamento tributário do sistema feudal para que um novo modo constitutivo de vida social pudesse aflorar:

> Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento "esclarecido". Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhoavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das Igrejas (distintas da religião "racional" ou "natural"), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum critério irrelevante. A liberdade, a igualdade e, em seguida, a fraternidade de todos os homens eram seus slogans (HOBSBAWN, 2012, p. 48).

Desse modo, legalidade, igualdade e fraternidade se enfeixam no âmago da tributação. Nesse contexto, o primeiro requerimento tributário refere-se ao monopólio estatal da tributação. De acordo com o art. 14 da Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789: "*Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração*". A lei expressa a vontade geral, como já verberara Rousseau (2009), confirmada a assertiva pela Própria Declaração de 1789, em seu art. 6º. Em assim sendo, só por meio de uma lei geral, de consentimento popular ou de sua representação, poderia um tributo ser criado.

O monopólio estatal sobre a tributação representava o fim da tributação difusa e horizontal. Só a nação detém a soberania fiscal. E apenas o seu agente, o Estado, poderia exercê-la. Trata-se talvez do mais importante requerimento tributário da Revolução, pois seu significado vai muito além da mera tecnicização da tributação. Ele representa, sobretudo, o fim da opressão diuturna a que se submetiam os vassalos; o termo de muitos grilhões impostos pelo feudalismo que sobrecarregavam a vivência econômica do homem comum. De fato, a passagem de um direito difuso, entrecortado, particular, localizado para um sistema legal imposto pelo monopólio do Estado assinalava o fim da relação de poder feudal e o início do império da razão legal. E se não bastasse, a própria vontade do soberano, inclusive sua veleidade fiscal, se

submeteria à aprovação da nação. A tributação vertical sofreria, assim, uma refração com a domesticação do poder absoluto pela lei: o que era poder se torna competência.

O segundo requerimento, embora do ponto de vista jurídico seja uma decorrência do primeiro, situa-se na base do iluminismo francês: a igualdade. O monopólio estatal do poder de legislar suprimiu, de fato, as relações de poder feudal. Mas é a isonomia que está em seu fundamento. Extinguir a submissão específica pela submissão à lei. Todos devem ser iguais perante a lei, perante a vontade geral. E todos devem contribuir isonomicamente para a manutenção das despesas do Estado, conforme a Declaração de direitos do homem e do cidadão: "*Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades*".

Observa-se que a isonomia consiste em equitativa distribuição dos encargos que são indispensáveis à manutenção da força pública. Essa equidade se traduz pela introdução de uma tributação progressiva, vale dizer, tributação adequada à capacidade contributiva do cidadão. A ideia da capacidade contributiva associa o tamanho do patrimônio ao nível de proteção exigido do Estado relativamente a esse patrimônio, vale dizer, quanto maior a riqueza, maior o interesse do cidadão que a possui em vê-la protegida pelo Estado. Essa equação – de equidade - é formulada pelo liberalismo econômico, particularmente por Smith (1996, p. 282), nos seguintes termos: "*Os súditos de cada Estado devem contribuir o máximo possível para a manutenção do governo, em proporção a suas respectivas capacidades, isto é, em proporção ao rendimento de que cada um desfruta, sob a proteção do Estado*". De outra mão, se todos devem contribuir, é sinal de que os privilégios tributários de isenção, concedidas a certas classes, como nobres ou senhores feudais, deveriam cessar.

O terceiro requerimento está ligado à proteção da propriedade, conforme dispõe a Declaração: "*Art. 17.º Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização*". Traduzindo-se em termos tributários, ressalta-se a moderação da tributação, tanto em termos individuais (vedação ao confisco), como também em termos econômicos (neutralidade). Sob o primeiro aspecto, há necessidade de a tributação ser moderada a ponto de não ofender o direito natural de propriedade. Com efeito, a propriedade é um direito sagrado que deriva do trabalho: " *(…) cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a este ninguém tem qualquer direito senão ele mesmo*" (LOCKE, 2009, p. 30). Condenado por Deus a viver do suor de seu trabalho desde a expulsão do paraíso, nada mais justo que todo homem tenha o direito aos frutos de seu trabalho, e sobre a terra que

cultiva. Donde sobressai a necessidade de moderação na tributação. As palavras de Locke (2009, p. 94) parecem ter sido inspiradoras da Revolução:

> Tendo, pois, propriedades quando em sociedade, cabe aos homens tal direito aos bens que lhes pertencem, que ninguém tem o direito de lhes tirar, em todo ou em parte, sem o seu consentimento. Por isso é errôneo supor que o poder legislativo ou supremo de uma comunidade possa fazer o que bem entenda e dispor arbitrariamente das propriedades dos cidadãos, ou tirar-lhes qualquer parte delas à vontade.

De outro giro, a expansão do patrimônio também precisaria ser assegurada, sendo um requerimento essencial de uma Revolução de ranço burguês. Nesse caso, a moderação da tributação se revela pela neutralidade, ou seja, pela não afetação da tributação na decisão dos agentes econômicos, pois "*(...) o imposto pode dificultar a iniciativa das pessoas e desestimulá-las de aplicar em certos setores de negócios que poderiam dar sustento e empregos a grandes multidões*" (SMITH, 1996, p. 283). Nessa toada, a proteção ao patrimônio deve ser encarada pelo binômio acumulação-expansão, tão cara ao sistema de produção capitalista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Revolução Francesa não se esgotou. Ainda sobrevive no imaginário e nos discursos. Mas sobrevive também nas instituições, nas feições dos sistemas políticos e jurídicos, ainda molda culturas públicas. A Revolução assinala uma ruptura; ruptura que permitiu a criação da modernidade. Evidencia a vitória das luzes da modernidade sobre as trevas medievais. Sobretudo, põe em relevo a vitória de um projeto que põe a liberdade humana como princípio básico.

Com efeito, o racionalismo, posto como ideário que guiou a Revolução Francesa, tinha por ambição estabelecer o paradigma da liberdade como corolário da razão humana. Na controvérsia estabelecida contra os empiristas, que pregavam a submissão humana ao determinismo dos fatos, contra os quais, segundo os mesmos, não se poderia lutar, o racionalismo defendia a possibilidade de vivência da liberdade, como derivação dos preceitos universais da razão, dos quais qualquer ser humano, pela simples condição de sê-lo, poderia se apropriar. A Revolução só foi possível porque era viável opor-se ao estado de coisas. A vitória da dedução racional sobre a indução significava, por conseguinte, a possibilidade de contestar as autoridades postas, de contrapor-se ao aprisionamento da causalidade e ao império da casualidade.

A lei como expressão da vontade geral; a igual submissão ao sistema legal; a autoridade da razão estabelecida pela força da nação, e não pela veleidade de um soberano expressavam, maximamente, as luzes desse projeto, que se espraiavam sobre toda e cada circunstância da vida. Não poderia ser diferente no que tange à face mais visível do anterior estado opressivo: a tributação. Os princípios de legalidade, de isonomia, de vedação ao confisco, dentre outros, que hoje povoam a Constituição Brasileira – e outros sistemas legais dos Estados do ocidente – são frutos dessa Revolução.

Daí a importância de se proceder a um inventário histórico desse projeto, não só como forma de compreensão, mas também como orientador de uma perspectiva prática para que as gerações que se sucedem consigam preservar esse legado de proteção, obtido a duras penas.

REFERÊNCIAS

ANDERSON, Perry. **Passagens da Antiguidade ao Feudalismo**. Tradução de Beatriz Sidou. 5. ed. Brasília: Editora Brasiliense, 1994.

DOBB, Maurice. **A Evolução do Capitalismo**. Tradução de Manuel do Rêgo Braga. 9. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1983.

DUDLEY, Will. **Idealismo Alemão**. Tradução de Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRANÇA. **Declaração de direitos do homem e do cidadão – 1789**. Disponível em http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html. Acesso de 01 a 22 de março.

HOBBES, Thomas. **O Leviatã**. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009.

HOBSBAWN, Eric. **A Era das Revoluções: 1789-1848**. 25. ed.. Tradução: Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

ISRAEL, Jonathan. **Iluminismo Radical: a filosofia e a construção da modernidade, 1650-1750**. Tradução de Claudio Blanc. São Paulo: Madras, 2009.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. Tradução de Pedro Vieira Mota. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OSBORNE, Roger. **Do Povo para o Povo: uma nova história da democracia**. Tradução de Ludimila Hashimoto. Rio de Janeiro: Bretrand, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Tradução de Pietro Nasseti. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

TOCQUEVILLE, Alexis. **O Antigo Regime e a Revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ISSN 1980-3478