

26^a

**SEMANA ACADÊMICA
DO CURSO DE DIREITO
URI ERECHIM**

**XXVI FÓRUM DE ESTUDOS DAS
CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS**
VII MOSTRA CIENTÍFICA E XVII ENCONTRO DE DIPLOMADOS

09A13
SETEMBRO DE 2019

**UMA ABORDAGEM
MULTIDISCIPLINAR**



URI

ERECHIM

ORGANIZADORES:

Giana Lisa Zanardo Sartori
José Plínio Rigotti
Simone Gasperin de Albuquerque
Vera Maria Calegari Detoni

Uma Abordagem Multidisciplinar
XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais
VII Mostra Científica e o XVII Encontro de Diplomados



EDIFAPES

**ERECHIM - RS
2019**

Todos os direitos reservados à EDIFAPES.

Proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma e por qualquer meio mecânico ou eletrônico, inclusive através de fotocópias e de gravações, sem a expressa permissão dos autores. Os dados e a completude das referências são de inteira e única responsabilidade dos autores.

Editoração/Diagramação: EdiFAPES

Revisão: Autores

Capa: (Assessoria de Marketing, Comunicação e Eventos /URI Erechim)

Conselho Editorial:

Adilson Luíz Stankiewicz (URI / Erechim/RS) - Presidente

Arnaldo Nogaro (URI / Erechim/RS)

Cláudia Petry (UPF / Passo Fundo/RS)

Elcemina Lucia Balvedi Pagliosa (URI / Erechim/RS)

Elisabete Maria Zanin (URI /Erechim/RS)

José Eduardo dos Santos (UFSCar - São Carlos/SP)

Maria Elaine Trevisan (UFSM / Santa Maria/RS)

Jadir Camargo Lemos (UFSM / Santa Maria/RS)

Michèle Satto (IFMT / Cuiabá/MT)

Neila Tonin Agranionih (UFPR / Curitiba/PR)

Sérgio Bigolin (URI / Erechim/RS)

Yuri Tavares Rocha (USP / São Paulo/SP)

F733a XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas Sociais (26. : 2019 : Erechim, RS)

Uma abordagem multidisciplinar [recurso eletrônico] : / XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais; VII Mostra Científica; XVII Encontro de Diplomados. - Erechim, 2019.

1 recurso online

ISBN 978-85-7892-172-9

Modo de acesso: www.uricer.edu.br/edifapes

Uma abordagem multidisciplinar (acesso em: 28 ago. 2019).

Organização de Giana Lisa Zanardo Sartori; José Plínio Rigotti; Simone Gasperin de Albuquerque; Vera Maria Calegari Detoni

1. Trabalhos de Pesquisa – Direito 2. Construção do conhecimento I. Título
II. VII Mostra Científica III. XVII Encontro de Diplomados

C.D.U.: 340(063)

Catálogo na fonte: bibliotecária Sandra Milbrath CRB10/1278



EDIFAPES

Livraria e Editora
Av. 7 de Setembro, 1621
99.709-910 – Erechim-RS
Fone: (54) 3520-9000
www.uricer.edu.br

---- SUMÁRIO ----

A ADOÇÃO: UMA FAMÍLIA DO AFETO E AS PRINCIPAIS MUDANÇAS LEGAIS OCORRIDAS.....	6
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEGISLAÇÃO FEDERAL ESPECIAL COMO INSTRUMENTOS GARANTIDORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	17
A LEI DA TRANSPARÊNCIA E A DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA TEORIA À EFETIVAÇÃO.....	24
A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO.....	32
A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO ESTATAL.....	40
A LEGÍTIMA DEFESA E O PROJETO DE LEI ANTICRIME: REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS E SEUS REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS.....	49
A LÓGICA MERCADOCÊNTRICA E O FECHAMENTO SOBRE SI: A ABERTURA AO OUTRO A PARTIR DA ALTERIDADE.....	57
ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA ORTOTANÁSIA EM PACIENTES TERMINAIS NO BRASIL.....	67
APLICABILIDADE DAS REGRAS SUCESSÓRIAS ANTE O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	76
CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO: OS REFLEXOS DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL.....	86
COMO OCORREU O PROCESSO DE ATRIBUIÇÃO DO JUS PUNIENDI AO ESTADO.....	96
DA POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO DA HERANÇA DIGITAL E AS QUESTÕES DE PRIVACIDADE.....	105
DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AOS FATORES DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....	113
OS DIREITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIOS E (IM)PRESCRITIBILIDADE.....	126
OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A NATUREZA DA AÇÃO PENAL: DIÁLOGOS SOBRE A LEI Nº 13.718/2018.....	136
SEGURANÇA PÚBLICA E O COTIDIANO DO POLICIAL MILITAR.....	145
TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS: REFLEXÕES A PROPÓSITO DA CONDUTA E DO TRATAMENTO LEGISLATIVO PENAL NO BRASIL.....	154

---- APRESENTAÇÃO ----

Fazer a apresentação do *e-book* da VII Mostra Científica produzido pelo curso de direito é motivo de grande satisfação para mim, tanto em função dos acadêmicos e docentes quanto em função da interdisciplinaridade da obra.

Estimular a produção de Artigos Científicos dos mais variados temas na área das Ciências Sociais Aplicadas é o objetivo do curso que se dedica à formação de uma cultura não apenas jurídica, mas também humana e social.

A edição contempla artigos que abordam temas da atualidade, aliando a teoria a prática profissional e o desenvolvimento humano. As pesquisas são direcionadas a partir de um olhar emancipatório dos atores sociais.

O leitor encontrará neste *e-book* os trabalhos apresentados nos grupos de trabalhos fomentadores de discussões contemporâneas e promotoras da ampliação do conhecimento nas temáticas abordadas pelos autores.

Boa Leitura!!!

José Plínio Rigotti

Coordenador do Curso de Direito

URI Erechim

A ADOÇÃO: UMA FAMÍLIA DO AFETO E AS PRINCIPAIS MUDANÇAS LEGAIS OCORRIDAS¹

KOLLING, Adriano²
ANGONESE, Jéssica³
LARA, Kassandra de Goes⁴
SARTORI, Giana Lisa Zanardo⁵

RESUMO: O instituto da adoção foi mudando no decorrer dos anos e necessitou ser amparado por diversas leis, sendo socialmente e juridicamente debatido ao longo de um grande período de tempo. Após a Constituição Federal Brasileira de 1988, as normas disciplinaram o instituto de forma mais coerente e benéfica, respeitando as pessoas que buscam formar sua família dessa forma. Nesse artigo o objetivo foi revisar a literatura sobre a adoção e as principais mudanças ocorridas que afetaram o procedimento que possibilita que as pessoas possam constituir suas famílias pelo afeto. Na metodologia empregada a pesquisa escolhida foi a bibliográfica, através do método exploratório e descritivo, o que contribuiu para encontrar os elementos para esclarecer melhor o tema e estar vinculado a linha de pesquisa Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições.

Palavras-chave: Adoção. Aspectos Gerais. Origem e Evolução. Conceito. Convivência Familiar.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo o grande objetivo é revisar a literatura sobre a adoção e as principais mudanças ocorridas que afetaram o procedimento o qual possibilita que as pessoas possam constituir suas famílias pelo afeto. Na metodologia empregada a pesquisa escolhida foi a bibliográfica, através do método exploratório e descritivo, o que contribuiu para encontrar os elementos que vão esclarecer melhor o tema, está vinculado a linha de pesquisa Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições.

Nos dias atuais a instituição da adoção é um tema que dá a possibilidade de investigar, estudar e colaborar com o meio acadêmico, jurídico e social, para esclarecer dúvidas, curiosidades e explorar passo a passo este instituto tão brilhante e que deveria ter mais discussão.

Para estudarmos mais profundamente o tema abordado passaremos a expor os aspectos gerais, a conceituação, o histórico e a evolução legislativa sobre a adoção que no decorrer desses anos tiveram grandes mudanças e inovações no instituto. Também abordaremos a adoção com enfoque na formulação de uma família do afeto, o qual a convivência afetiva transborda os laços sanguíneos.

2 ASPECTOS GERAIS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO: CONCEITUAÇÃO, HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A adoção é um ato jurídico com vinculação de parentesco civil, é a aceitação de um 'estranho' / singular na qualidade de filho, estabelecido entre adotante (s), e o adotado uma união digna de filiação e paternidade. Assim, essa decisão será fatal e decisiva, planejando um ambiente familiar mais

¹ Pesquisa realizada para o projeto de monografia na disciplina de Monografia I direcionada para a fundamentação da Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) a ser apresentada como requisito parcial para a conclusão do Curso de Direito, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, URI Erechim. Linha de Pesquisa: Instituições de Direito Público e Privado, Grupo de Pesquisa Ciências Sociais Aplicadas.

² Acadêmico do Curso de Direito da URI Erechim, 8º Semestre. E-mail: adrianokolling@yahoo.com.br

³ Acadêmica do Curso de Direito da URI Erechim, 9º Semestre. E-mail: jesymila@hotmail.com

⁴ Acadêmica do Curso de Direito da URI Erechim, 9º Semestre. E-mail: kalara1391@gmail.com

⁵ Doutora em Ciência Jurídica, professora e pesquisadora da URI Erechim. E-mail: sgiana@uricer.edu.br

humano, perante todos os efeitos legais. As famílias substitutas são unicamente concebidas pela amorosidade e afinidade, não havendo nenhuma ligação biológica, sendo assim, o ato de adoção antes de qualquer outra coisa, é um ato de amor.

Conforme Madaleno (2016 p. 639)

Adoção é sem qualquer dúvida o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica e espiritual, porque sustentada, eminentemente, nos vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição, devendo a adoção ser vista sob o ângulo da solidariedade, fundamento social impregnado de singular conteúdo humano, de altruísmo, carinho e apoio.

Ainda assim, o conceito de adoção sob concepção de Diniz (2009 p. 520)

Adoção é o ato jurídico pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de seu filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha.

Diante do exposto, deve-se observar que é de extrema importância que crianças e adolescentes possam viver em um ambiente agradável e equilibrado, obter uma família para amparar e efetuar seus direitos que, por si só, acabam não sendo assegurados, desempenhando assim, um papel valioso no crescimento e na educação, assegurando maior proteção principalmente aos que mais necessitam.

Existe uma precária realidade na maioria das instituições e abrigos, com preferência pela adoção de crianças loiras, recém-nascidas e saudáveis, porém, denomina-se “adoções necessárias”, as quais são menos procuradas pelo adotantes, as adoções mais difíceis de serem concretizadas, porém as que mais precisam de cuidados específicos, eis que surge a reflexão de qual seria o real sentido da adoção, encontrar uma família para a criança ou satisfazer o desejo dos adotantes, em proveito dessa generalização, vem se trabalhando para uma nova cultura de adoção, onde seja primazia as necessidades das crianças e não dos pais ou adotantes.

Como afirma Costa (1994, p. 219), "Nunca é demais lembrar que a criança não é mercadoria, e as creches e instituições que as abrigam, balcão onde são expostas, para a escolha ou a rejeição".

Vale ressaltar que os pais adotivos possuem os mesmos direitos trabalhistas de pais sanguíneos, por exemplo, licença maternidade, estabilidade provisória após adoção, direito de amamentação, etc.

A mudança na Lei que dá prioridade de tramitação na adoção de crianças e adolescentes com deficiência é de extrema notabilidade e necessária, pois nos dias de hoje as famílias ainda estão optando por adotar crianças saudáveis, não por medo, mas pelo grau de complexidade que a deficiência muitas vezes acaba assustando.

Foi possível obter essa visão, pois os números para esse tipo de adoção são categoricamente reduzidos, quem sabe com o incremento e a possibilidade que a lei permite possamos sensibilizar a sociedade em relação a milhares de crianças nesse tipo de perfil que ainda aguardam uma adoção, derrubando assim preconceitos e fornecendo o real direito dessas crianças e adolescentes fazerem parte de uma verdadeira família afetiva.

Nos primórdios do direito primitivo, a adoção constituía-se como um método eficaz de modo a perpetuar a família e a religião, sendo assim, mesmo sem existir a figura do testamento, desconhecido pelo direito hindu, transferiam-se os bens familiares. O instituto da adoção foi objeto da legislação nas cidades gregas, no Código de Hamurabi e das leis de Manu.

A adoção é bastante antiga, conhecendo-se sua existência nas primitivas civilizações, dando-nos conta disso os códigos mais vetustos, como de Manu e de Hamurabi etc., estando em grande voga durante vários períodos em Roma, servindo, inclusive, para prosseguimento da cultuação dos deuses-lares e das tradições familiares, quando não havia sucessor masculino para o *pater familias*. Discutia-se se só os que tivessem filhos naturais podiam adotar, ou poderiam fazê-lo mesmo os que os

tivessem, pois a história mostra certa controvérsia a respeito, como esclarece, dentre outros, Fustel de Coulanges. (CHAVES, 2000).

Na Idade Média a adoção sofreu certo abrandamento, porque a Igreja, que exerceu grande influência religiosa e política à época, não via com muito agrado tal instituto, entendendo ser ele um "adversário" do casamento, pois se pessoas podiam ter filhos não naturais para imitação da natureza e amparo delas na velhice, podiam por conseguinte dispensar o matrimônio, o que era visto como uma espécie de desestímulo. Por tudo isso, a adoção só foi e é contemplada nas legislações canônicas em casos especiais. Além disso, o maior temor era que filhos adulterinos poderiam ser legalizados. Nessas condições veio a adoção para nossas legislações anteriores ao Código Civil, ou seja, nas Ordenações do Reino, assim passando nas consolidações e nos projetos (BORDALLO, 2011).

A adoção, de acordo com Nader (2016), aparentemente possui vestígios jurídicos desde o Código de Hamurabi e Manu onde era disciplinada para os povos orientais, porém, a sua maior utilização se deu no Direito Romano, onde existia uma disciplina e ordenamento sistemático, através das exigências que lhes eram impostas. Evidencia-se que houve um período na história da humanidade onde a adoção caiu em desuso devido ao Direito Canônico, em consequência dos valores da família cristã que tinha a sua base no sacramento do matrimônio, o que impedia que a adoção fosse considerada um ato permitido.

Os primeiros registros legais no que concerne a adoção foram datados desde mais precisamente com o Código de Hamurabi, de 1728. As regras referentes ao instituto da adoção eram dispostas nos parágrafos de 185 a 195. Nesse sentido, Antônio Chaves leciona sobre o inciso 185 do referido Código:

Enquanto o pai não criou o adotado, este pode retornar à casa paterna; mas uma vez educado, tendo o adotante dispendido dinheiro e zelo, o filho adotivo não pode mais deixá-lo e voltar tranquilamente à casa do pai de sangue. Estaria lesando aquele princípio de justiça elementar que estabelece que as prestações recíprocas entre os contratantes devem ser iguais, correspondentes, princípio que constitui um dos fulcros do direito babilonense e assírio (CHAVES, 2000, p.22).

Observa-se com a citação de Chaves (2000), que o termo "contratantes" demonstra diretamente a natureza contratual que possuía o instituto da adoção na época. Ainda sobre o Código de Hamurabi, outro ponto importante é que o filho adotivo, uma vez que adotado de modo irrevogável, possuía os mesmos direitos que os filhos de sangue se verificando o forte senso de justiça do referido código.

No direito romano, existiam duas modalidades de adoção: a "adoptio" e a "adrogatio". A "adoptio" consistia na adoção de um "sui iuris", a pessoa capaz, por vezes um emancipado e até mesmo um "pater familias", que abandonava publicamente o culto doméstico originário, a primeira família, para assumir o culto do adotante, tornando-o seu herdeiro. A "adrogatio", era a modalidade mais arcaica pertencente ao Direito Público, e exigia formas solenes que se alteravam e se simplificavam no curso da história. Englobava não só o adotando, mas também sua família, filhos e mulher. Ademais, não era permitido a estrangeiros. Assim exemplifica Venosa (2009).

Só poderia ser formalizada depois de aprovada pelos pontífices e em decorrência de decisão perante os comícios, que eram considerados como uma autorização popular.

Em ambas as espécies de adoção, exigia-se a idade mínima do adotante, 60 anos, que não tivessem filhos naturais, devendo o adotante ter 18 anos a mais que o adotado. A mulher não podia adotar no direito mais antigo. Contudo, já poderia na fase imperial, desde que perante a autorização do imperador.

De acordo com ensinamentos de Venosa (2009), em época mais recente do direito romano, com Justiniano, nasceram duas formas de "adoptio": "adoptio plena", realizada entre parentes, e "adoptio minus plena", realizada entre estranhos. Em ambas as situações, o adotado conservava o direito sucessório da família natural. A adoção "minus plena" era categoria nova, ocorrendo sempre que o filho era dado em adoção a um estranho, o seja, não ascendente. Nesse caso, o filho não saía da família originária, na qual conservava os direitos sucessórios, mas era considerado filho adotivo do

adotante e fazia jus à sua herança. Essa espécie não gerava o “patria potestas”, sendo facultada a adoção pelas mulheres.

Gonçalves (2013) assevera que no Brasil, o Código Civil de 1916 disciplinou a adoção com base nos princípios romanos, como instituição destinada a proporcionar a continuidade da família, conferindo aos casais estéreis os filhos que a natureza lhes negava. Por tal motivo, só era permitida a adoção aos maiores de 50 anos, sem prole legitimada ou legítima, pressupondo-se que, nessa idade, era grande a probabilidade de não virem a tê-la.

No que tange ao direito brasileiro, os primeiros indícios do instituto da adoção adveio através do uso das normas do direito romano, a fim de suprir as lacunas promovidas pela falta de sistematização adequada do instituto. A primeira legislação brasileira a tratar da adoção foi o Código Civil de 1916, contudo, no mesmo se encontrava uma grande distinção de direitos entre os filhos adotados e os legítimos. A finalidade da legislação da época era basicamente destinada a casais que não podiam ter filhos e, com isso, poderiam perpetuar o nome da família, no mesmo tocante ao Código de Hamurabi acima citado.

Vale ressaltar que, em 1957, ocorreu uma importante mudança com a Lei 3.133/1957, que modificou a concepção do Código de 1916, uma vez que permitiu adoção por pessoas de 30 anos, que tivessem ou não prole natural. Logo, o legislador não teve em mente remediar a esterilidade, mas sim facilitar o processo de adoção.

A referida lei, embora permitisse a adoção por casais que já tivessem filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, não os equiparava ao filho adotivo que não possuiria os mesmos direitos e qualificações dados a estes. De fato, a Lei 3.133/1957, aboliu o quesito de inexistência de prole para a adoção, determinando que o adotante tivesse filhos naturais, uma vez que a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária da maneira como envolveria os filhos de concepção natural (MANSUR, 2017).

Todavia, a mudança mais considerável adveio apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe em seu artigo 227, inciso 6º a igualdade entre os filhos. Nesse contexto, Dias elucida:

A Constituição Federal (227 § 6.º), ao consagrar o princípio da proteção integral, deferindo idênticos direitos e qualificações aos filhos e proibindo quaisquer designações discriminatórias, eliminou qualquer distinção entre adoção e filiação. Para dar efetividade a este comando o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA passou a regular a adoção dos menores de 18 anos, assegurando-lhes todos os direitos, inclusive sucessórios (DIAS, 2016, p. 80).

A referida autora ressalta a importância do artigo 227, que roga em seu texto o princípio da proteção integral, de modo a proferir direitos idênticos aos filhos, proibindo qualquer discriminação e distinção entre adoção e filiação.

Em concordância ao supracitado texto constitucional, outro ponto relevante na história do direito de filiação foi a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990. Com a publicação do ECA, a tratativa do instituto da adoção passou a ser de modo exclusivo, trazendo todos as especificações e procedimentos necessários para a consumação da adoção. Posteriormente, representando mais um avanço à questão, ocorreu a instauração do Código Civil de 2002, o qual trouxe em seu texto inúmeras inovações no que concerne aos direitos dos filhos adotados em relação aos filhos sanguíneos, de modo a extinguir as distinções existentes entre as duas filiações (BORDALLO, 2011).

Com o advento do Código Civil de 2002, houve diversos debates em torno de sua aplicação quanto ao instituto da adoção, de maneira que o Código tratava de um assunto de cunho legislativo exclusivo do ECA. Contudo, para findar a dúvida que se instaurou, foi editada, no ano de 2009, a lei intitulada como Lei da Adoção, dispondo que o processo designado no ECA possui base subsidiária ao Código Civil de 2002.

No ano de 2017 foi promulgada a Lei nº 13.509, com o objetivo de facilitar o processo de adoção, desburocratizando procedimentos que, anteriormente, causavam extrema morosidade ao processo em comento. Com a promulgação da referida lei, ficam o adotante e o adotado livres da obrigatoriedade de preenchimento de alguns requisitos considerados obrigatórios anteriormente, pois prejudicavam ambas as partes e dificultavam a agilidade no processo. Dessa forma, o objetivo geral da referida lei se pauta em promover uma demanda mais efetiva e célere no processo de adoção (CAVALCANTE, 2017).

A adoção se define como um ato jurídico solene pelo qual um indivíduo recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha, ou seja, se constituindo uma filiação jurídica, pois não advém do resultado de uma gestação, mas sim da demonstração de vontade, afeto e de sentença judicial. Assim, a adoção se distingue da filiação natural pelo vínculo, onde a primeira se constitui em um vínculo jurídico e a segunda por meio de um vínculo biológico.

Os conceitos de adoção são formulados, comumente, pela doutrina e se referem a uma determinada época e sistema na qual se inserem. No tocante à formulação de conceitos, Silvo Filho assevera que:

É de se considerar, também que os conceitos jurídicos são formulados a partir de um sistema de normas determinadas incidentes sobre o certo instituto, considerando a produção de certos efeitos. Não é diferente com a adoção. O conjunto orgânico de regras aplicáveis, formando uma unidade, é que caracteriza o seu regime jurídico. Sendo viável o regime jurídico nas várias ordens jurídicas por consecutórios variados, também são os conceitos de adoção, mas geralmente aparece como ato gerador de um estágio (SILVA FILHO, 1997, p. 56).

Nesse sentido, com o passar dos anos, houve notada evolução e modificação das legislações no que tange ao conceito de adoção. Embora a palavra origine-se do latim *adoptio*, que significa dar a alguém o próprio nome, assume notadamente o sentido de acolhimento ao outro. Dessa forma, Costa (1998, p. 88) afere que a “adoção é o ato solene pelo qual se admite em lugar de filhos quem por natureza não o é” ou “adoção é o ato legítimo pelo qual alguém, perfilha filho que não gerou”. Nader conceitua o instituto da adoção da seguinte forma:

Consiste no parentesco civil, entre pais e filhos, estabelecido mediante negócio jurídico bilateral solene e complexo, formalizado perante a autoridade judiciária. Distinção não há, sob o aspecto jurídico, entre o filho adotivo e o biológico. Prevalece o princípio da igualdade entre os filhos de qualquer natureza, estabelecido pela Constituição Federal, independentemente da época em que se verificou a adoção (NADER, 2016, p. 45).

Nesse mesmo viés, de acordo com o entendimento de Dias:

A adoção constitui um parentesco eletivo, por decorrer exclusivamente de um ato de vontade. Trata-se de modalidade de filiação construída no amor, na feliz expressão de Luiz Edson Fachin, gerando vínculo de parentesco por opção. A adoção consagra a paternidade socioafetiva, baseando-se não em fator biológico, mas em fator sociológico (DIAS, 2016, p. 51).

Outrossim, após análise dos conceitos supracitados, nota-se que a adoção se constitui como a filiação de primeiro grau aferida por decisão judicial que decorre de uma ligação socioafetiva entre adotante e adotado.

3 ADOÇÃO E A FAMÍLIA DO AFETO: O DIREITO A CONVIVÊNCIA

Atualmente, no direito brasileiro, é possível encontrar diversos conceitos do instituto da adoção. A definição de Sarmiento (2000) para o instituto é de que a adoção é um ato civil pelo qual alguém aceita um estranho, na qualidade de filho. Já Rodrigues (2002, p. 88) entende que “a adoção

é um ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha”. Discorda o respeitável autor do vocábulo “aceita”, usado por Sarmiento, pois, segundo ele, o termo não reflete o comportamento do adotante, uma vez que parte dele, adotante, o desejo e a iniciativa do “negócio”.

Rodrigues (2002) diz tratar-se a adoção de um negócio unilateral e solene. Essa unilateralidade é imperfeita e discutível, visto que a lei reclama o consentimento dos pais ou do representante legal do adotado (ECA art. 45), o que levou alguns escritores clássicos a definirem a adoção como um contrato solene, porque a lei lhe impõe forma, sem a qual o ato não tem validade, ou inexistente como tal.

No que tange à presença do judiciário no processo de adoção, Dias (2016) define como ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial. A adoção cria um vínculo fictício de paternidade-maternidade-filiação entre pessoas estranhas, análogo ao que resulta da filiação biológica.

No que se refere à natureza jurídica do instituto da adoção, afere-se um caráter controverso. Sob a égide do Código Civil de 1916, era notável seu caráter contratual, sendo negócio jurídico bilateral e solene, efetivado por meio de escritura pública com o consentimento das duas partes.

Posteriormente, com a Constituição Federal de 1988, a adoção passou a ser um ato muito mais complexo, exigindo uma sentença judicial para a consumação do processo. Dessa forma, o instituto não estamparia mais o caráter contratualista que vigorava anteriormente. Nesse sentido, Gomes elucida:

O processo de realização repercute na determinação de sua natureza jurídica. Como se exige, em qualquer dos modos de formação do ato, o concurso de vontades, desenvolveu-se a teoria que define como autêntico o negócio jurídico contratual – contrato que estabelece entre duas pessoas relações puramente civis de paternidade, ou de maternidade, e de filiação. Nos sistemas jurídicos que exigem a homologação do ato pelo juiz, dividiram-se opiniões. Sustentam alguns que, não obstante, permanece contratual, por que se torna perfeita e acabada o mútuo consenso, produzindo, desde esse momento, plena eficácia entre as partes. A homologação seria simples formalidade necessária para valer contra terceiros, ou condição a que se subordina a eficácia do contrato entre os próprios contraentes. Outros, porém, considerando o consentimento inidôneo a criar entre as partes o vínculo de parentesco, entendem que somente se constitui em definitivo com a homologação. O mútuo consenso passa a ser, nessa teoria, pressuposto da adoção, necessário a que se aperfeiçoe por sentença judicial. Condena-se, entretanto, esta concepção publicista do instituto porque “degrada a vontade das partes ao papel de simples pressuposto do provimento jurisdicional e lhe retira o teor negocial de que decorre, verdadeiramente, sua institucionalização”. Não se pode negar, em suma, que a adoção é negócio jurídico estruturalmente autônomo, embora ao se reconhecer sua natureza negocial não se esteja a aceitar a concepção privatista, que conduz, incorretamente, a classifica-la como simples contrato (GOMES, 2002, p. 371).

Atualmente, percebe-se que essa visão contratualista sobre a adoção foi deixada de lado, onde não há mais a intenção em se adotar visando a perpetuação do nome da família, mas sim para criar laços afetivos, vínculos e, em determinadas situações, até mesmo em face da solidariedade por parte dos adotantes em relação aos adotados.

No que diz respeito à natureza do instituto, Gagliano (2014) assinala que a mesma sofreu mudanças ao longo do período em que as leis se modificaram para se adequar a situação da nossa sociedade. Passando da natureza de um ato de direito privado, bilateral e revogável para a definição atual de um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, excepcional, irrevogável e personalíssimo.

Em consonância com o que apregoa a Constituição Federal brasileira, em seu artigo 227, Estado, comunidade e família devem resguardar os interesses da criança, para garantir o seu desenvolvimento pleno, além disso, de acordo com a sua fase de desenvolvimento. Diante desta premissa, é preciso pensar que a entidade familiar é peça fundamental nessa dinâmica de

desenvolvimento da criança e do adolescente, vez que é a célula que a resguarda, atuando como verdadeiro instrumento de proteção avançada destes indivíduos (FARIAS, 2015).

A convivência familiar é direito a ser exercido preferencialmente na família natural ou de origem, não sendo menos utópico, até por consectário, do que o princípio da dignidade da pessoa humana e do que os direitos de igualdade e liberdade. No contexto dos direitos fundamentais, ademais, é necessário registrar, a convivência familiar em relação ao intervencionismo do Estado, é um exercício de liberdade e como se trata de garantia individual, diante da qual a potestade pública tem dever geral de abstenção (assim como a sociedade), apenas quando esta mesma liberdade esteja ameaçada é que será possível interferir no seio familiar (MACHADO, 2006).

Neste sentido, Bonavides (1998, p.448) ensina que:

Em razão precisamente desse relacionamento tão íntimo com os direitos fundamentais do indivíduo ou com a liberdade de feição e teor individualista, é que as garantias constitucionais se tornaram uma espécie de escudo da personalidade contra os desvios do poder do Estado ou se converteram historicamente no símbolo mais positivo e prestigioso de caracterização jurídica do Estado liberal. Tornou-se a concretização de tais garantias num certo sentido mais importante ou tão importante quanto os próprios direitos contidos na Constituição ou por esta enunciados.

Segundo ensinamentos de Machado (2013), esta dinâmica de proteção especial às crianças e adolescentes, com a preocupação de suprir suas necessidades específicas em cada uma de suas fases de desenvolvimento, recebe o nome de Doutrina da Proteção Integral, a qual é base para a elaboração do artigo 227 da Carta de 1988. Esta nova concepção de entendimento do contexto das necessidades de crianças e adolescentes, trazida no texto constitucional, contribui para formar o entendimento de que o ente estatal deve intervir cada vez menos nas questões que os envolvem.

Isto quer dizer que, interpretando-se o artigo 227 da Constituição Federal, a sociedade e o Estado assumem caráter secundários na formação do infante, sendo a família a principal precursora de seu desenvolvimento pleno. A partir do momento em que a Constituição Federal adota a doutrina da proteção integral, afasta a intervenção estatal na família para regular as relações socioafetivas que se instituem no núcleo familiar (FACHINETTO, 2009).

Esta possibilidade da adoção da doutrina da proteção integral e, conseqüentemente, o direito à convivência familiar, nem sempre foi possível no ordenamento jurídico brasileiro, conforme discorre Prado:

Quando se trata das crianças e dos adolescentes o nosso sistema jurídico pode ser analisado em duas fases distintas: a primeira que denominamos de situação irregular, no qual a criança e adolescente só eram percebidos quando estavam em situação irregular, ou seja, não estavam inseridos dentro de uma família, ou teriam atentado contra o ordenamento jurídico; já a segunda fase denominada de Doutrina da proteção integral, teve como marco definitivo a Constituição Federal de 1988, onde encontramos no art. 227, o entendimento da absoluta prioridade (PRADO, 2017, p. 25).

Conforme salientado, a proteção integral vem do entendimento da necessidade de pensar o infante em sua plenitude, resguardando seus direitos em sua totalidade. É só com esse entendimento de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos integrais, e não apenas quando estão em situação irregular, que o princípio da convivência familiar pôde ser difundido e incluído no rol dos direitos fundamentais, destes indivíduos.

Para Fachinetti (2009, p. 87) “A convivência familiar, antes de ser um direito fundamental, é uma necessidade, pois, é na família [...] que se estabelece a primeira relação de afeto, sobre a qual se apoia todo o desenvolvimento posterior”. Ou seja, esta não intervenção estatal confere às crianças e aos adolescentes, o direito fundamental à convivência familiar, entendida como uma necessidade para o seu desenvolvimento pleno e satisfatório.

O indivíduo é produto do meio em que vive, ou viveu. Por tal motivo, as condutas por ele tomadas ao longo de sua vida foram, certamente, amplamente influenciadas pela convivência familiar

tida, precipuamente, durante a infância e adolescência, fase em que se verifica a formação do caráter pessoal do ser humano.

Muito se discute sobre a influência da genética na formação do caráter, mas pode-se afirmar que a mesma constitui um arcabouço, que será preenchido de acordo com a convivência tida nos âmbitos familiar, religioso e escolar. Isto é, a sociedade, lato sensu, exerce relevante papel na formação do caráter dos cidadãos. Deste modo, a população tem parcela considerável de responsabilidade com relação às pessoas que se encontram atualmente no mundo do crime (LEAL JÚNIOR, 2010).

Como bem observa Rodrigues (2002) que a família é condição imprescindível para que a vida se desenvolva, para que a alimentação seja assimilada pelo organismo e a saúde esteja em perfeita condição. A falta de amparo familiar é ponto de partida para a incidência em práticas criminosas. Revela-se fundamental, então, que as pessoas percebam ser essencial que a criança conviva em um lar estruturado, fundamental ao crescimento saudável e ao desenvolvimento do infante.

Em tempo, ressalta-se que a convivência familiar é um direito fundamental porque é um direito natural. De acordo com Bobbio (2004), os direitos fundamentais são aqueles que não dependem da vontade do soberano, neste caso o ente estatal, para que existam e para que se façam existir. Desta feita, o direito a ter uma família é mais interno ao ser humano, ser social e cognoncente de sua realidade, que não se pode olvidar a reconhecer-lhe como direito fundamental de sua própria existência.

A família da criança é a única entidade que possa dar continuidade à tarefa da mãe (e depois também do pai) de atender às necessidades do indivíduo. Tais necessidades incluem tanto a dependência como o caminhar do indivíduo em direção à independência. A tarefa consiste em fazer face às necessidades mutantes do indivíduo que cresce, não apenas no sentido de satisfazer a impulsos instintivos, mas também de estar presente para receber as contribuições que são características essenciais da vida humana. (WINNICOTT, 2001, p. 131).

Conforme o autor acima deixa claro, a entidade familiar é a única célula que é capaz de suprir com primazia as necessidades do indivíduo. A família, portanto, é a entidade que deve ficar responsável pelo desenvolvimento do infante enquanto sujeito de direitos e merecedor de garantias constitucionais. Além disso, por ser a família o seio de desenvolvimento necessário à sua formação, é direito fundamental que possa com ela conviver, sem a intervenção do ente estatal, tampouco da sociedade.

Contudo, guarda o direito fundamental da convivência familiar da criança e do adolescente, relativa excepcionalidade frente a algumas violações severas dos deveres do poder familiar, ou seja, ainda que, seja fundamental este direito, não é supremo. Isto é, quando há violação dos deveres por parte daqueles que deveriam proteger estes menores, há relativização do princípio da convivência familiar (MACHADO, 2003).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos ver o instituto da adoção passou por diversas mudanças na história, tanto conceitual quanto na legislação que o regulava. Legislação dura, como no código civil de 1916 que apenas para assegurar a sobrevivência do nome da família podia-se adotar sendo a condição de maiores de 50 anos e sem filhos.

Muito da regularização da adoção tinha por influência a igreja católica pois tinha grande receio de que as uniões matrimoniais fossem prejudicadas e a formação de famílias seria desestruturada.

A família é o alicerce de todo o ser humano é a família que dá o suporte para toda a estruturação da sociedade, alguém que carece de família fica desprotegido e vê a possibilidade de retornar a ter um conforto pelo instituto da adoção.

Portanto os debates a cerca deste tema é de extrema necessidade e este trabalho possibilitou um olhar mais amplo para que a evolução deste instituto no futuro seja dotada de uma época sem preconceito em adotar e em que a burocratização desse procedimento mudou para ser mais benéfica para o adotante e o adotado.

As instituições familiares sempre mudam e a mudança pretendida com a adoção é a de dar um lar com toda a proteção e afeto que uma pessoa precisa para viver e não apenas sobreviver em um mundo tão injusto e precário.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord). **Curso de direito da criança e do adolescente**: Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei 10406 de janeiro de 2002**. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.060, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Diário Oficial: Brasília, 13 jul. 1990.

BRASIL. **Lei n. 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Comentários à Lei 13.509/2017, que facilita o processo de adoção**. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/11/comentarios-lei-135092017-quefacilita.html>. Acesso em: 02 jun. 2019.

CHAVES, Antônio. **Adoção, Adoção simples e plena**. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COSTA, Tarcisio Jose Martins. **Adoção transnacional**: um estado sócio jurídico e comparativo da legislação atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FACHINETTO, N. J. **O direito à convivência familiar e comunitária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

FARIAS, C. C. D.; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: famílias**. 7. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2015.

FIGUEIREIDO, Luiz Carlos de Barros. **Adoção para Homossexuais**. Curitiba: Juruá, 2001

GAGLIANO, Paulo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. V. 6. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família**. 10. ed. Editora Saraiva, 2013.

LEAL JÚNIOR, João Carlos. Análise crítica à adoção internacional sob o prisma da lei 12.010/2009. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 72/2010, p. 400-439, Jul – Set, 2010.

MACHADO, Alberto Vellozo. Reinserção na família natural: a primeira meta ante a situação de risco. **Revista de Direito Privado**, v. 28, p. 7-25, Out – Dez, 2006.

MACHADO, M. D. T. **A proteção constitucional da criança e do adolescente e os direitos humanos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Manole, 2013.

MANSUR, Laila Elias. A celeridade nos processos de adoção: uma reflexão acerca da necessária desburocratização do processo. **Revista de Direito Privado**, v.73/2017, p.181-195, jan. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Hélio Ferraz de. **Adoção, aspectos jurídicos, práticos e efetivos**. São Paulo: Mundo jurídico, 2014.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. São Paulo: Ed. RT, 2002.

PAIVA, Leila de Dutra. O psicólogo judiciário e as “avaliações” nos casos de adoção. *In.: Avaliação psicológica e lei: adoção vitimização, separação conjugal, dano psíquico e outros temas / Sidney Shine (organizador)*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

PAULA, P. A. G. D. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRADO, D. **O que é Família**. Brasília: Brasiliense, 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 27. ed. v. 6. São Paulo: Saraiva, 2002.

SARAIVA, J. B. D. C. **Desconstituindo o mito da impunidade: um ensaio do Direito Penal juvenil**. 2. ed. Santo Ângelo: Cededica, 2012.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Consituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SILVA FILHO, Artur Marques da. **Regime jurídico da adoção estatutária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Elsie Pereira da. **A construção do apego na adoção tardia**. Porto Alegre, 2002. Diss. (Mestrado) - Fac. De Psicologia, PUCRS, 2009.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil – Direito de Família**. v. 6. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: família**. 17 ed. –São Paulo: Atlas. Coleção Direito Civil; 5, 2017.

VERONESE, J. P.; OLIVEIRA, L. D. C. **Educação versus punição**. Blumenau: Nova Letra, 2016.

VERONESE, J. R. P.; COSTA, M. M. D. **Violência doméstica: quando a vítima é criança ou adolescente - uma leitura interdisciplinar**. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2016.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo, 2011.

WEBER, Lídia Natalia Dobrianskyj. **Da Institucionalização à adoção: Um caminho possível**. Revista Igualdade n. 09, dez. 1995.

WINNICOTT, D. W. **A família e o desenvolvimento individual**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEGISLAÇÃO FEDERAL ESPECIAL COMO INSTRUMENTOS GARANTIDORES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE¹

TOMIELOS, Alana Mathilde²
TEDESCO, Gustavo de Moraes³
ZANATTA, Diana Casarin⁴

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal compreender a importância do estabelecimento dos direitos fundamentais da criança e do adolescente na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente. Será dividido em capítulos, partindo-se de uma análise histórica das primeiras leis em favor da criança e do adolescente e os direitos fundamentais a eles atribuídos. Utiliza-se o método hipotético indutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica, documental e histórica. A importância da pesquisa reside da necessidade, cada vez mais premente, de garantir direitos fundamentais às crianças e adolescentes. O estudo observa que, após a lei áurea, a necessidade do baronato por mão-de-obra conduziu à imigração ao Brasil. Com a criação do Código de Mello Mattos de 1927 o Brasil torna-se o primeiro país a ter um Código de Menores na América Latina. É durante a era Vargas que ocorre a criação o SAM - Serviço de Assistência a Menores. O trabalho de pessoas interessadas na proteção do menor resultou no artigo 227 da Constituição Federal. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, resguarda a proteção integral à criança e ao adolescente, sendo considerado um marco na história do país.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente. Constituição Federal. Direitos fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

O estudo tem como propósito estabelecer uma reflexão que possa demonstrar a importância da legislação brasileira como fonte garantidora dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. A análise engloba tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quanto a legislação especialmente produzida para proteção a esses indivíduos em processo de formação e desenvolvimento, qual seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente (VERONESE, 2016).

Parte-se de um retrospecto histórico das primeiras leis e principais direitos fundamentais em relação à criança e o ao adolescente. Prioriza-se o debate sobre os direitos fundamentais da criança e do adolescente, sendo que, são direitos essenciais para a vida de todos (VERONESE, 2016).

A proteção à criança e ao adolescente no Brasil desenvolveu-se de forma lenta, tendo início somente depois da Independência do país, quando José Bonifácio decidiu criar um projeto de lei que protegesse a criança da mulher escrava. De lá para cá, foi necessária muita evolução para que fosse criada uma lei abrangente à proteção da criança e do adolescente (VERONESE, 2016).

¹ Pesquisa realizada para XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, Departamento de Ciências Sociais Aplicadas, curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Câmpus de Erechim- RS.

² Acadêmica do 4º semestre do curso de Direito diurno, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Uri Erechim/RS.

³ Acadêmica do 4º semestre do curso de Direito diurno, na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Uri Erechim/RS.

⁴ Professora Mestre do Curso de Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Uri- Erechim/RS. E-mail: dianazanatta@uricer.edu.br.

Com a criação do Código de Mello Mattos de 1927, o Brasil tornou-se o primeiro país a ter um Código especializado em menores. O código mencionava leis e decretos que tratavam a criança e o adolescente de uma forma mais humanizada. Durante a denominada era Vargas foi criado o SAM - Serviço de Assistência a Menores. Posteriormente, após intensa mobilização em torno do tema, foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente (VERONESE, 2016).

O marco teórico da criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) teve início com a Lei nº 8.069, 13 de julho de 1990, que se embasou nos princípios norteadores da Constituição Federal de 1988. O Estatuto assume um preceito de normas internacionais, regulando os direitos humanos das crianças e dos adolescentes (VERONESE, 2016).

Os direitos fundamentais que constam na Constituição Federal de 1988 estão relacionados com os do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sendo eles: direito a vida, à saúde, liberdade, respeito e à dignidade. Todos esses direitos fundamentais são de extrema importância para que se tenha um bom desenvolvimento pessoal e intelectual (BRASIL, 1990).

Diante das evidências, a motivação para a presente pesquisa reside em reportar-se sobre os Direitos Fundamentais da criança e do adolescente, segundo a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) (BRASIL, 1990).

São etapas presentes neste artigo: revisão de literatura, estudo bibliográfico com características hermenêuticas, visando descrever a criação das primeiras leis e tendo foco principal os direitos fundamentais da criança e do adolescente, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Constituição Federal de 1988.

2 AS PRIMEIRAS LEIS E INICIATIVAS ASSISTENCIAIS EM FAVOR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A consolidação da proteção jurídica e social à criança e ao adolescente no Brasil desenvolveu-se de forma lenta e gradual. As primeiras leis que tratavam do tema eram meros mecanismos para uso externo, sem execução prática, isto é, visavam apenas mostrar ao mundo que o Brasil estava ciente do problema em questão, mesmo que não o enfrentasse efetivamente (VERONESE, 2016).

Após a independência, o país vivia ainda com a vigência do regime escravocrata. José Bonifácio escreve então um projeto que defere direitos à escrava grávida visando proteger sua criança. A escrava seria poupada de trabalho durante o período de gestação e, após dar à luz, poderia trabalhar pelo ano seguinte próxima da prole. O projeto, no entanto, nunca foi sancionado, visto que Dom Pedro I outorgou a primeira Constituição brasileira (VERONESE, 2016).

De 1862 a 1888, a classe política, já visando o fim da escravatura, sanciona leis em prol do escravo jovem, como a proibição de separar pai e filho no momento da venda e a lei do ventre livre – que, apesar de significar um avanço, mantinha o menor junto ao proprietário de escravos até os oito anos, com potencial de extensão do prazo para os vinte e um anos (VERONESE, 2016).

Após a lei áurea, a necessidade do baronato por mão-de-obra conduziu à imigração ao Brasil, impulsionando o fenômeno de urbanização. As cidades sofriam com um número cada vez maior de menores desassistidos nas ruas, além dos altos índices de mortalidade infantil no país - problema que só foi solucionado recentemente (VERONESE, 2016).

Em decorrência da situação cada vez mais precária nos centros urbanos, foi fundado, em 1896, a Casa dos Expostos, que prestava assistência às crianças necessitadas, sendo mantida por associações civis e religiosas - com destaque para a Igreja Católica (VERONESE, 2016).

Apesar do progresso lento em relação ao tema, o Código Penal de 1890 considerava somente o menor de nove anos como não criminoso, destacando que caso o jovem de idade entre nove e quatorze anos cometesse algum crime, seria analisado o discernimento do mesmo no ato, podendo sofrer com agravante, visto que a menoridade era condição atenuante – absurdo esse corrigido pela Lei n.º 4.242 de 1921 (VERONESE, 2016).

Somente no início do século XIX uma quantidade expressiva de intelectuais, guiados por ideais progressistas, começa a militar por uma ação mais incisiva do Estado na proteção do menor

exposto, uma vez que medidas filantrópicas não são suficientes para reduzir o problema. A partir dessa mudança de mentalidade é criado no ano de 1924 o Juizado de Menores, e, após, o Patronato de Menores (VERONESE, 2016).

Com a criação do Código de Mello Mattos de 1927 o Brasil se torna o primeiro país a ter um Código de Menores na América Latina. O Código sintetizou leis e decretos que tratavam de uma atenção especial à criança e ao adolescente, sendo uma legislação corretiva que visava disciplinar e preparar o menor para sua vida adulta. O Código, no entanto, encontrou dificuldades em sua busca por resultados positivos por conta da falta de autonomia aos institutos já existentes e de recursos para a criação de novos (VERONESE, 2016).

É durante a era Vargas que ocorre a criação o SAM – Serviço de Assistência a Menores -, que visava ir além do caráter normativo consagrado pelo Código de Mello Mattos e prestar amparo social aos menores desvalidos. Seu fracasso desencadeou um clamor público pela proteção da criança e do adolescente, que só foi sanado com a criação da FUNABEM, já durante a Ditadura Militar de 64 e, mais tarde, com o Código de Menores de 1979, que atendia somente o menor em situação irregular (VERONESE, 2016).

O trabalho de pessoas interessadas na proteção do menor durante a redemocratização resultou no artigo 227 da Constituição Federal. Esse desenvolvimento gradual, consagrado na Constituição, serviu de base para o Estatuto da Criança e do adolescente, criado em 1990. Dá-se no artigo 227 da Constituição Federal:

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. Constituição Federal de 1988. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, ao contrário do Código de Menores de 1979, resguarda proteção integral à criança e ao adolescente, sendo considerado um marco na história do país quando se trata da proteção jurídica e social desse grupo (VERONESE, 2016). Desde então, o Brasil busca, através do Estatuto, reverter o seu histórico de violação de direitos e de opressão para com o jovem, seja ele dá origem que for.

2.1 Direitos fundamentais da criança e adolescente

Antes mesmo de se iniciar a análise dos direitos e garantias fundamentais da Criança e do Adolescente, há que se compreender que é considerado criança e quem é considerado adolescente, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro. Pois bem, segundo o artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069/1990, é considerada criança, a pessoa com até 12 anos incompletos, e adolescentes aquela pessoa com idade entre 12 e 18 anos incompletos (BRASIL, 1990).

Estabelecida essa conceituação legal, como ponto de partida para a análise, passa-se a estudar, de forma individualizada, os principais direitos e garantias constantes na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.2 Do direito à vida e à saúde

De acordo com o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que é importante que a criança tenha um desenvolvimento sadio e harmonioso desde o seu nascimento.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência (BRASIL, 1990).

Segundo o Ministério da Saúde, o direito à vida é o mais importante de todos, pois sem ela não se há de se cogitar outros direitos. No entanto, a criança é um ser humano em pleno desenvolvimento, por isso é necessário que tenha acesso a serviços de saúde de qualidade (SAÚDE, 2018).

2.3 Do direito à liberdade, ao respeito e à dignidade

A Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso III, estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual elenca uma série de fatores, sendo alguns deles: não submissão à tortura, não privação de direitos por motivos de crença (BRASIL, 1988).

O artigo 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente menciona que “é dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990).

Segundo Fonseca (2013), exemplifica a precariedade do direito de estudar, mas há muitos casos que, as crianças, desde muito novas, trabalham nas ruas para levar dinheiro para seus familiares. Estas crianças ou até mesmo adolescentes tem moradia precária, na maioria dos casos, moram perto de pontos de tráficos. Constata-se, também, a falta de disponibilidade para lazer e a má qualidade da educação, faz com que o trabalho infantil aconteça, no qual a exploração é enorme.

Na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º incisos IV, VI, IX e XVI consta o direito de liberdade de pensamento, liberdade religiosa, liberdade de expressão e liberdade de manifestação (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 16, elenca os diversos tipos de direito à liberdade que a criança e o adolescente têm, sendo eles: direito de ir e vir; opinião e expressão; crença e culto religioso; brincar, praticar esportes e divertir-se; participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação; participar da vida política na forma da lei; buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 1990).

2.4 Do direito à convivência familiar e comunitária

Ainda na Constituição Federal de 1988 consta no seu artigo 227 a convivência familiar e comunitária, no qual é um direito fundamental para a criança e o adolescente. Também, este direito fundamental está no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual menciona:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (BRASIL, 1990).

É de suma importância que o menor cresça e seja educado no seio familiar ou de um responsável legal, pois somente assim poderá desenvolver sua personalidade. Entretanto, o direito à convivência familiar e comunitária é muito importante quanto ao direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal de 1988 menciona no seu artigo 226 que família é à base da sociedade, e que compete a ela, ao Estado, à sociedade em geral e às comunidades assegurar à criança e ao adolescente o exercício de seus direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

A família tem o dever de proteger a criança e o adolescente. Quando isto é violado, consta no artigo 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente que é necessário impedir a violência e a

negligência, assim, pode ser chamado o Conselho Tutelar por determinação Judicial, e isto implica na suspensão temporária do poder da família sobre a criança ou o adolescente (BRASIL, 1990).

Toda criança e adolescente precisam ter os direitos fundamentais, cabe os pais e os responsáveis fazer com que elas possam usufruir desses direitos que constam na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º -Dos direitos e garantias fundamentais- e também no Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.5 Do Direito à Educação, à Cultura, ao Esporte e ao Lazer

Toda a criança e adolescente tem direito a uma vida digna, no qual é necessário frequentar a escola e ter uma educação de qualidade, onde se inicia nas series iniciais e que possa concluir as series seguintes. Cabe os pais ou responsáveis incentivar a criança a ir à escola, a estudar, assim, para ter um futuro bom e também aprender diversos assuntos interessantes que só na escola que se aprende (FONSECA, 2013).

A cultura é o conhecimento que a criança e o adolescente obtêm tanto na escola quanto no ceio familiar. Também, a arte, as crenças, a lei, a moral, os costumes e entre outras aptidões que são adquiridos principalmente quando criança, e é levado para a vida toda. Assim, é de suma importância que os pais ou os responsáveis pela criança ensinem o que é cultura dentro do ceio familiar, isso faz com que ela possa se desenvolver a criar o seu próprio pensamento, buscando sempre o que é melhor para si (FONSECA, 2013).

O esporte é muito importante na vida de uma criança e de um adolescente, Assim, quando a criança desde cedo pratica algum tipo de esporte ela tem menos chances de criar uma obesidade, isso tudo junto com uma alimentação saudável. Portanto, é importante que os pais ou responsáveis incentivem a criança a correr e brincar para que no futuro não tenha algum tipo de doença, também que esse hábito da atividade física possa se manter na adolescência e seguir para sempre (VERONESE, 2016).

O lazer é essencial na vida de uma criança, pois a criança consegue se desenvolver melhor e conhecer novos amigos, também cria habilidades para trabalhar em grupo. Entretanto, também é necessário que a criança possa ter o seu tempo para brincar, assim melhorará a sua saúde física, mental, emocional e intelectual (VERONESE, 2016).

2.6 Do Direito à Profissionalização e a Proteção no Trabalho

Na Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso XXXIII, proíbe os menores de dezesseis anos a trabalhar em qualquer local, salvo se o menor for aprendiz (BRASIL, 1988). Também, é proibido o trabalho noturno para os adolescentes menores que 18 anos de idade (LORENZETTI, 2016).

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXXIII proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

A norma constitucionalmente posta está reprisada no Estatuto da Criança e do Adolescente, que em seu artigo 60 estabelece que “é proibido qualquer trabalho a menores de quatorze anos de idade, salvo na condição de aprendiz”. (BRASIL, 1990).

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no artigo 403, também referenda o texto constitucional, estabelecendo que “é proibido qualquer trabalho a menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos”. (BRASIL, 1943).

Em função do estabelecido, na CLT foi proibido que o menor de quatorze anos de idade pudesse trabalhar. Atualmente, somente é permitido o trabalho como aprendiz, aos menores de dezesseis anos e maiores de 14 anos de idade (LORENZETTI, 2016).

Para ser aprendiz, a idade mínima é de quatorze anos e a máxima vinte e quatro anos de idade. É necessário que a pessoa que deseja ser aprendiz se inscreva no programa de aprendizagem. O contrato é estabelecido entre uma empresa e o aprendiz e pode perdurar pelo período de até dois anos. Para ser válido é necessário que a empresa assine a Carteira de Trabalho e Previdência Social. Veja-se: (LORENZETTI, 2016).

Art. 433. O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação (BRASIL, 1943).

Caso o adolescente ainda esteja no Ensino Médio, é necessário que tenha um atestado de matrícula, para a empresa ter conhecimento de que o aprendiz comparece nas aulas e qual o seu percentual de frequência. Isso vai ao encontro dos princípios estabelecidos no artigo 63 do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: (LORENZETTI, 2016).

Art. 63. A formação técnico-profissional obedecerá aos seguintes princípios:
I - garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular;
II - atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente;
III - horário especial para o exercício das atividades (BRASIL, 1990).

Como já mencionado, é obrigatório que o adolescente tenha um tempo livre para as demais atividades do dia a dia e que o percentual de frequência no ensino regular esteja com um percentual alto. A respeito da frequência do adolescente na escola, o no artigo 433, inciso III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) observa que: (LORENZETTI, 2016).

Art. 433. O contrato de aprendizagem extinguir-se-á no seu termo ou quando o aprendiz completar 24 (vinte e quatro) anos, ressalvada a hipótese prevista no § 5º do art. 428 desta Consolidação, ou ainda antecipadamente nas seguintes hipóteses: [...]
III – ausência injustificada à escola que implique perda do ano letivo (BRASIL, 1943).

O artigo 64 do Estatuto da Criança e do Adolescente menciona que “ao adolescente até quatorze anos de idade é assegurada bolsa de aprendizagem. (BRASIL, 1990). O valor dessa bolsa auxílio varia de empresa para empresa e, com essa bolsa auxílio, o adolescente terá seu próprio dinheiro e irá aprender a administrar os seus gastos (LORENZETTI, 2016).

Como já mencionado, os adolescentes podem trabalhar como aprendizes com idade mínima de quatorze anos, e nas horas vagas é necessário que frequente uma escola de boa qualidade. Porém, nem sempre isso acontece. Na situação em que o país se encontra, muitos adolescentes começam a trabalhar muito cedo, até mesmo antes dos quatorze anos de idade, porque precisam do dinheiro para auxiliar nos gastos do seu lar (LORENZETTI, 2016).

No entanto, isso interfere no aprendizado do adolescente, porque se ele começa a trabalhar antes da idade permitida por lei, em muitos casos o adolescente deixa a escola para um segundo plano e coloca o trabalho em primeiro lugar. Deveria ser o contrário: a escola ser colada em primeiro plano, porque é na escola que o adolescente se prepara para um futuro com dignidade e oportunidades.

O programa menor aprendiz foi criado exatamente para o adolescente poder ter um trabalho digno, com carteira assinada e todos os direitos trabalhistas inclusos no contrato de trabalho. Por isso, é importante que a família incentive o adolescente a estudar e, somente quando completar quatorze anos de idade, que possa se inscrever no programa menor aprendiz (LORENZETTI, 2016).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propôs a esclarecer a trajetória da consolidação dos direitos da criança e dos adolescentes, além de apresentar as garantias que a Constituição Federal de 1988 e o Estatuto de Criança e do Adolescente dispõem, justamente para compreender a importância de tais previsões legais.

Para isso, foi realizada pesquisa histórica, bibliográfica e documental, a fim de embasar e situar interessados no tema em relação a todas as conquistas legais obtidas ao longo da história do Brasil.

Os autores entendem que o resgate histórico propicia a valorização do contexto de direitos conquistados no presente e gera consciência sobre a necessidade de garantia a efetividade do que que foi conquistado.

Evidente que, concomitante à obtenção de garantias, surge a necessidade de atualização da norma. A manutenção do constante – e recente - progresso em relação aos direitos da criança e do adolescente se dá, antes de tudo, pela conservação daquilo que já foi conquistado.

Por fim, em concordância àquilo que se propôs a apresentar, é de fundamental importância alertar que não se pode aceitar quaisquer regressos sobre tudo que foi obtido com a Constituição Federal e com o Estatuto da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 ago. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto Lei n.º 5.452 de 1 de maio de 1943. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 ago. 2019.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n.º 8.069/1990. Brasília, DF: Presidência da República, [2018] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

FONSECA, Franciele Fagundes *et al.* As vulnerabilidades na infância e adolescência e as políticas públicas brasileiras de intervenção. **Rev. paul. pediatr.**, São Paulo, v. 31, n. 2, p. 258-264, jun. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-05822013000200019&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2019.

LORENZETTI, Lucas Naime. Do direito à profissionalização e a proteção no trabalho dos adolescentes. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4669, 13 abr. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48169>. Acesso em: 20 ago. 2019. Acesso em: 19 ago. 2019.

SAÚDE da Criança: o que é, cuidados, políticas, vacinação, aleitamento. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/crianca>. Acesso em: 20 jul. 2019.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente**. São Paulo: Ltr, 2016.

A LEI DA TRANSPARÊNCIA E A DE ACESSO À INFORMAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DA TEORIA À EFETIVAÇÃO¹

VESOLOSKI, Josieli Fátima²

VESOLOSKI, Simone Paula³

DEZORDI, Evandro Luis⁴

RESUMO: O presente artigo objetivou destacar a importância acerca da transparência na administração pública que se dá por meio da divulgação de informações fornecidas pelos municípios, com ênfase na análise da distinção e a verossimilhança da Lei da transparência nº 131/2009 e a Lei de Acesso a Informação nº 12.527/11. A metodologia utilizada compreendeu o raciocínio indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. Quanto à transparência na administração pública, refletiu-se a conexão e diferença entre a Lei da transparência e a Lei da Informação, ainda perscrutou-se as possibilidades que perfectibilizam o controle social por meio de uma sociedade organizada e participativa. Retratando a atuação, corroboração e o compromisso do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul em efetivar as respectivas leis.

Palavras-chave: Administração Pública. Controle Social. Sociedade. Transparência.

1 INTRODUÇÃO

A administração pública representa o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem bens, serviços e utilidades para a população, englobando uma série de atividades, atuações do Estado em prol da sociedade. Nesta senda, a administração pública é “[...] todo aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços visando à satisfação das necessidades coletivas.” (MEIRELLES *et al*, 2016, p. 68).

Para que o Estado se desenvolva, passando a fomentar e fornecer meios de satisfazer os anseios e as necessidades da coletividade, precisa imprescindivelmente que a administração pública seja estruturada, planejada, controlada, e também fiscalizada, pois para o desenvolvimento das atividades através de seus órgãos e serviços necessita de recursos públicos para concretizar as demandas e as perspectivas esperadas pela população. Nesse viés, além da eficiência e sensibilização na tomada de decisões, a transparência e o controle social se tornam aliados imprescindíveis nesse contexto social.

A presente pesquisa tem o intuito de trazer fundamentos e fazer uma análise da significância da transparência na administração pública como uma ferramenta facilitadora para concretizar o controle social nas atividades do Estado. Pretende-se verificar a distinção e semelhança entre a Lei Complementar nº 131/2009 da Transparência e a Lei do acesso a Informação nº 12.527/11, que garantem o acesso às informações públicas, verificando-se como elas auxiliam no controle social.

Por ora, a administração pública é apontada e tem sido alvo de controvérsias e questionamentos quando o assunto trata dos atos, dos recursos e investimentos do dinheiro público, a respeito da transparência que se dá e própria aplicabilidade dos recursos arrecadados no momento em que se decide onde aplicar.

¹ Área Temática/Linha de Pesquisa: Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições

² Acadêmica do 10º Semestre, Curso de Agronomia - URI Câmpus de Erechim. E-mail: josy_vesoloski@hotmail.com

³ Acadêmica do 8º Semestre, Curso de Direito - URI Câmpus de Erechim. E-mail: simonels17@hotmail.com

⁴ Docente Orientador, Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais. Especialista em Direito Constitucional. Professor na URI - Erechim. E-mail: dezordi@uricer.edu.br

A sociedade está cada vez mais participativa e cobra visibilidade do Estado, exigindo, além da qualidade, uma atuação satisfatória de seus representantes a fim de garantir a democracia, a cidadania e fiscalizar as despesas públicas. Neste contexto, é válido ressaltar que “[...] o acesso à informação pública deve ser tratado como um direito inerente de cada cidadão brasileiro.” (PIAIA *et al.*, 2017, p. 210).

Diante de tal situação, verifica-se que o acesso à informação é crucial e fundamental, além de possibilitar o conhecimento, “[...] alargar as formas de participação política e estimular a comunicação horizontal entre os cidadãos e o governo.” (PIAIA *et al.*, 2017, p. 212). Por consequência, espera-se que o cidadão exerça o seu papel ativista e desempenhe a função de acompanhar e fiscalizar, cobrando dos administradores meios de possibilitar uma gestão transparente, justa e célere.

Ao mencionar gestão de recursos públicos, vislumbra-se a necessidade de avaliar, conhecer e verificar como são empregados os recursos, o dinheiro do povo em prol do próprio povo, delineando uma forma de repensar como a transparência se coloca frente às ações executadas pelo Estado e como serão fornecidas as informações que levarão o conhecimento a sociedade.

Todo o tema que envolve a administração pública e a relação dos administradores *versus* administrados é relevantemente importante e merece aprofundamento. Diante disso, justifica-se que a pesquisa deste trabalho propõe conhecer a legislação em vigor, frisar diferenças e semelhança entre as leis vigentes e elencar o papel do cidadão como ator da democracia e do controle social.

Desse modo, o conteúdo que tange a pesquisa foi realizado em livros, artigos, dissertações e sites relacionados ao tema, utilizando o método analítico-descritivo. Este artigo, além desta introdução, expõe uma síntese em relação à transparência na administração pública, tratando-se da diferenciação e verossimilhança entre a Lei da Transparência e a Lei da Informação. Por fim traz-se a menção da transparência da administração pública elencando o controle social e as ferramentas para efetivação, também se retrata a participação e contribuição que o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) assumiu e continua assumindo para garantir o amplo acesso às informações de acordo com as exigências legais.

2 A TRANSPARÊNCIA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública é uma atividade de alta relevância, pois é dela que se constrói um alicerce estruturado para facilitar o crescimento e o desenvolvimento da sociedade. Nesse contraponto, é importante mencionar em relação aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que devem nortear e serem efetivados nas atividades e decisões que a administração pública toma com finalidade do interesse público, princípios estes que estão previstos no caput do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil; “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...]”, (BRASIL, 1988).

Uma administração transparente permite que o cidadão tenha conhecimento dos assuntos que permeiam a gestão em prol da coletividade, o investimento e a aplicação dos recursos públicos, ciência dos gastos e, diante disso, é fundamental ter facilidade ao acesso destas informações, bem como saber interpretar e compreender estas informações.

Um dos aparatos jurídicos para embasar e frisar que as informações devam ser claras e qualquer pessoa ter o direito de ter acesso a elas, está previsto na Constituição Cidadã de 1988, art. 5º, inciso XXXIII:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de

responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. (BRASIL, 1988).

Nesta concepção, é inegável mencionar que a previsão contida na Constituição promulgada em 1988, o constituinte teve boa intenção, mas esta acessibilidade às informações dos órgãos públicos só se tornara possível após a criação de uma lei que regulamentasse essa demanda, e isto se sucedeu apenas em 2011 com a promulgação da Lei nº 12.527/11, que regula o acesso a informações previsto no inciso mencionado anteriormente.

Nesta senda, segue o entendimento de Cardon:

Ao se ampliar na internet, o espaço público aspira à sociabilidade, à vida privada e a expressividade dos indivíduos. Torna ainda mais transparente os bastidores da vida social, das opiniões dos internautas e dos dados de administração. Mesmo se as fronteiras entre esses universos estão longe de terem desaparecido, a divisão entre o mundo público e o mundo privado parece menos evidente. A web revela uma cena na qual a sociedade se representa, compartilhando informações que até então jamais eram apresentadas. A sociedade democrática sai da órbita representativa. (CARDON, 2012, p.106).

A Lei complementar 131/2009 editou e acrescentou dispositivos à Lei de Responsabilidade Fiscal 101/2000, ressaltando o direito de qualquer pessoa, física bem como jurídica, possa ter acesso à informação, obrigando todos os Entes a ter um portal de transparência com informações atualizadas sobre a execução orçamentária e financeira. O art. 2º da lei complementar 131/2009 refere-se à explicação que segue transcrita a seguir:

Art. 2º A Lei Complementar nº101, de 4 de maio de 2000, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 48-A, 73-A, 73-B e 73-C:

“Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a:

I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;

II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.” (BRASIL, 2009).

A Lei nº 12.527/11 (BRASIL, 2011) veio em resposta à lacuna constitucional, passando a conter dispositivos e procedimentos com o intuito de garantir o acesso às informações, que até pouco tempo antes eram inacessíveis e desconhecidas pelos cidadãos. O art. 3º da mencionada lei assegura o direito definindo alguns parâmetros:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL, 2011).

A força destas duas leis, juntamente com a previsão contida na Constituição garantem, asseguram e ratificam que o poder público, representado por todos os Entes, criem alternativas, tecnologias através de portais e divulguem ativamente dados relativos a sua administração, objetivando o acompanhamento social, para que tal conteúdo possa ser acessado por um único cidadão apenas ou de modo coletivo, inclusive reforçando que este direito as informações independe de solicitação.

É inegável que o desenvolvimento da sociedade é um fator que modifica e a torna mais participativa e democrática, bem como o acesso à informação rompem barreiras e traz um mundo aberto e acessível a todos. O uso da tecnologia traduz outra dimensão social, que emancipa a coletividade, abrindo uma nova fronteira, a partir de então tornando os bastidores públicos um lugar de acesso irrestrito.

3 LEI DA TRANSPARÊNCIA VERSUS LEI DA INFORMAÇÃO

Na democracia comunicativa, a Lei da Transparência nº 131/2009 e a Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 contribuem para uma relação mais democrática entre governo e sociedade. Neste contexto, Piaia e outros (2017) salientam que o acesso à informação pública deve ser tratado como um direito inerente a cada pessoa, decorrendo do exercício da cidadania: “[...] o acesso público a informações oficiais é o corolário da transparência na prestação de contas públicas, fazendo com que o direito à informação esteja amplamente ligado com o princípio da transparência” (ZBOROWSKI *et al.*, 2015, p. 222). Desse modo, proporcionando a qualquer pessoa o acompanhamento e o conhecimento do exercício da administração pública.

No ordenamento jurídico existe uma diferenciação entre as duas leis citadas quanto ao fornecimento de informações e que não podem ser confundidas, elas abrangem questões distintas, porém, para que cada Ente exerça de forma clara a publicidade e as obrigações com a sociedade, ambas precisam ser cumpridas em conjunto.

Por ora, cabe mencionar que a Lei da Transparência foi criada para auxiliar na divulgação da receita e das despesas de todo o ente público, órgão, sob a fiscalização do Ministério Público. Receitas e despesas em tempo real e disponibilizadas em um sítio na internet, demonstrando, por exemplo, o valor da despesa, liquidação e pagamento, classificação orçamentária, natureza da despesa, lançamento da receita, arrecadação, recursos extraordinários e assim por diante. (BRASIL, 2009).

Já a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011) trata a respeito das informações públicas, permitindo que qualquer cidadão interessado e sem quaisquer justificativa solicite documentos ao Ente ou ao órgão público, e fornecendo através de um sítio na internet informações a respeito das competências, funções, estrutura organizacional, convênios, repasses e transferências de recursos financeiros, execução orçamentária e financeira, divulgação de licitações e contratos realizados, ações e programas implementados.

Estas leis contribuem para aumentar a eficiência do poder público, da administração, minimizar a corrupção e elevar o índice de participação social, e tem como lema fundamentado que o acesso à informação é um direito de todo o cidadão e um dever do Estado, deste modo “[...] o direito a informação é considerado um princípio fundamental uma vez que proporciona o controle da atuação estatal.” (ZBOROWSKI *et al.*, 2015, p. 222).

4 TRANSPARÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS FERRAMENTAS PARA EFETIVAR O CONTROLE SOCIAL

Percebe-se, assim, que a administração pública tem buscado alternativas, meios de se adequar às necessidades da sociedade a fim de viabilizar e possibilitar que as pessoas possam participar das decisões de modo mais democrático. (ZBOROWSKI *et al.*, 2015). Com isso, certifica-se que o uso da tecnologia pode e deve projetar a sociedade em um contexto elevado, onde a administração pública pode se demonstrar mais transparente e propiciando benefícios à sociedade, propagando a atuação dos administradores e o desenvolvimento da democracia e meios de controle social.

Na busca dos anseios coletivos, o controle social sintetiza a integração da sociedade com a própria administração pública, com a função de solucionar os problemas e as deficiências sociais, sendo exercido através da efetivação dos direitos previstos na constituição, como o direito de indagar a legitimidade, questionar as contas públicas em qualquer esfera e como consequência direito de denunciar irregularidades evidenciadas ou ilegalidades identificadas perante o Tribunal de Contas da União. (MATTE *et al.*, 2012).

Di Pietro (1988) ressalta que o controle social funciona somente se a sociedade estiver conscientizada que tem o direito de participar desse controle, enfatizando que o poder público deve criar instrumentos e divulgar para que esta participação esteja ao alcance de qualquer cidadão. Ainda menciona que, enquanto o controle social não fizer parte da cultura da população, o direito fica inerte.

Atualmente, são diversas as ferramentas que possibilitam o cidadão concretizar a efetivação do controle social, o conselho de política pública, observatório social, orçamento participativo, audiência pública e ouvidoria são exemplos de como a sociedade pode contribuir para efetivar seus direitos, mostrar a cara e não calar as vozes, interagindo com o poder público, fiscalizando e fortalecendo o espaço de controle social e o direito à participação na gestão.

Dessa forma o cidadão tem o direito de saber como a administração pública está investindo e gastando o dinheiro, e por consequência, através do controle social tem o direito e dever de influenciar e participar do processo decisório no tocando do interesse da coletividade.

5 TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO GRANDE DO SUL E O COMPROMISSO COM A EFETIVIDADE DA LEI DA TRANSPARÊNCIA E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO

No Brasil, de acordo com dados históricos o Tribunal de Contas da União foi instituído em 1891. Porém, o estado do Rio Grande do Sul criou seu Tribunal de Contas em 1935. Com o passar dos anos e frente às mudanças no contexto social, o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) vem ganhando novo formato, assumindo o compromisso para garantir o amplo acesso às informações, acreditando que isso implica na maior oportunidade do controle social e institucional, proporcionando maior participação popular e por consequência, uma gestão pública eficiente.

Em razão disso (MATTE *et al.*, 2012), o TCE-RS, com o propósito de melhor orientar e incentivar que todos os membros do poder executivo e legislativo fomentem a informação em cada município gaúcho vem desenvolvendo, desde 2012, uma análise do conteúdo dos portais dos municípios gaúchos, quanto ao atendimento às exigências da Lei de Acesso à Informação nº 12.527/2011 e da Lei da Transparência nº 131/2009. Por conseguinte, disponibiliza, em seu sítio eletrônico, uma cartilha prática, didática e de fácil compreensão, elaborada com orientações pautadas nas referidas leis.

A pesquisa que o TCE-RS faz com os municípios gaúchos abrange os 497 municípios do estado e segue como parâmetro preceitos previstos na Constituição da República Federativa do Brasil, e nas leis mencionadas nesta pesquisa, entendendo que é dever de cada município prestar todas as informações de interesse coletivo ou geral por ele produzidas ou custodiadas. (MATTE *et al.*, 2012).

Pelo exposto, é relevante citar que o TCE-RS, através de seus auditores, acessam individualmente todos os sites dos executivos e legislativos municipais gaúchos, tal como um cidadão faria, adotando critérios que são analisados pelo preenchimento de um questionário padrão elaborado com base nas exigências legais.

Como afirmado (MATTE *et al.*, 2012), desde 2012, este trabalho vem sendo realizado, e em contra-partida, os auditores do TCE-RS comunicam a todos os prefeitos, presidentes de câmaras e responsáveis pelo controle interno municipal acerca do resultado da pesquisa realizada, apontando possíveis correções, revisão da avaliação por discordância de alguma informação relevante que deveria ser disponibilizada, aprazando data para realizarem as reanálises solicitadas, alterando ou acrescentando informações.

Por fim, o TCE-RS destaca que, no decorrer dos anos, sua atuação visa a alcançar a adesão de práticas de transparência pelos municípios gaúchos, e percebe que gradativamente houve avanços significativos não apenas nos índices de atendimento à legislação vigente, mas no fortalecimento da cultura da transparência dos registros municipais. Porém, apesar desse avanço, ressalta que ainda existem necessidades e pontos de melhoria.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da investigação dessa pesquisa foi possível verificar que houve avanço para que a administração pública tornasse mais acessível às informações e o próprio legislador em fortalecer a transparência por meio de legislações.

Notadamente, formar um cidadão participativo não é uma tarefa fácil e nem imediata. As ferramentas para acesso às informações estão disponíveis, porém falta interesse, conhecimento e até mesmo vontade em exercer e usufruir deste direito. É necessário que cada cidadão se envolva mais com os interesses coletivos, saindo da ‘zona de conforto’, tornando-se protagonista e incentivando que outras pessoas também possam assumir o papel e juntos buscar o equilíbrio e o controle social, com viés na participação das decisões estreitando laços entre administradores e administrados.

Ante ao exposto, é necessário reconhecer que os portais garantem meios de demonstrar a transparência da administração pública e são fundamentais para reconhecer o direito que cada cidadão tem de saber como está a execução da administração.

Entretanto, diante da crescente evolução tecnológica cabe destacar que apesar de uma grande parte da população ter acesso e fazer o uso da internet, muitos cidadãos ainda não se encontram inseridos neste mundo digital, sendo excluídos da participação efetiva de controle social. Nessa senda, de acordo com dados e pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE realizada em 2017, o país possui em média 126,3 milhões de pessoas conectadas, correspondendo a 69,9% da população com idade acima de 10 anos, ainda uma parcela expressiva da população não tem acesso à internet.

Contudo, o papel que o TCE-RS assume frente ao estímulo para que aconteça a efetiva divulgação das informações pelos municípios gaúchos é muito importante pra população, pois reforça sua missão e o seu propósito, exercendo, atuando e contribuindo para o aperfeiçoamento da administração pública, gerando impacto e propiciando o desenvolvimento humano e institucional.

Neste contraponto, a administração pública deve de modo contínuo, promover através de todos os métodos de divulgação, ferramentas para proporcionar o conhecimento da população e fazer com que, por exemplo, o Conselho de Política Pública, observatório social, orçamento participativo, audiência pública e ouvidoria, que são ferramentas de participação e controle social sejam conhecidas e as reuniões ocorram em dias e locais acessíveis para que a maior parte da população interessada possa participar e contribuir com a democracia e interação social.

Controle social não é um assunto novo, diante disso, é notável que os meios e ferramentas de efetivação são diversos e pouco conhecidos pela sociedade, e a consequência de tal fato, traduz a teoria do desconhecido, dificultando a plena utilização. A articulação da sociedade em se tornar mais participativa requer mudança de postura, chamando o interessado a despertar quanto à importância de conhecer e exercer seus direitos, e quanto mais informada uma sociedade, mais participativa se torna, facilitando que a engrenagem pública ganhe uma nova forma e refletindo o anseio da coletividade.

O fortalecimento dos instrumentos de participação da sociedade depende do discernimento individual de cada cidadão em digerir a importância dessa participação. Verifica-se que o papel da escola é fundamental em esclarecer e colocar à disposição informações a respeito de como se efetiva a participação social, a democracia, a cidadania e o controle social, essas ações proporcionarão que a

formação dessas crianças e adolescentes os tornem adultos participativos, conhecedores e envolvidos com os assuntos de interesse coletivo.

Conclui-se que sem transparência o controle social não existe. O acesso às informações do poder público e a compreensão destas é o ponto de partida para a transparência efetiva. Ressaltando que o controle social é a participação ativa de cada cidadão na gestão pública, sendo o principal mecanismo para fortalecer a cidadania, a democracia e os direitos de cada pessoa distanciando a lacuna entre a sociedade e o Estado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Lei Complementar nº 131/2009 - Lei da Transparência. Acrescenta dispositivos à Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, a fim de determinar a disponibilização, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, DF, 25 maio 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp131.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

BRASIL. Lei de acesso à informação – LAI, nº 12.527, de 18 de Novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União: República Federativa do Brasil, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 30 jun. 2019.

Dados referente à: **Acesso à Internet e a Televisão e posse de telefone móvel celular para uso pessoa – PNAD contínua.** Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf. Acesso em: 08 jul. 2019.

Dados referente à: **Lei da Transparência.** Disponível em: <http://www.leidatransparencia.cnm.org.br/>. Acesso em :30 jun. 2019.

Dados referente à: **Lei de acesso a Informação.** Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/central-de-conteudo/infograficos/arquivos/entenda-a-lai/noticias>. Acesso em? 30 jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A defesa do cidadão e das res pública. **Revista do Serviço Público**, ano 49, nº 02, abr./jun. 1998. Disponível em: www.enap.gov.br. Acesso em: 17 fev. 2019.

Entenda a diferença entre a Lei da Transparência e a Lei de Aceso à Informação. Disponível em: <http://sisgov.com/transparencia-aceso-informacao/>. Acesso em: 08 jul. 2019.

MATTE, Adriana. ASSMANN, Cristina. HOMERCHER, Evandro. **Análise dos sítios dos poderes e órgãos constitucionais do Estado o Rio Grande do Sul conforme disposições da lei de acesso**

à informação. In: *Transparência nos portais, Brasil, RS, 2012 - 2017*. Disponível em: http://www1.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/publicacoes/estudos/avaliacao_portais_rs. Acesso em: 08 jul. 2019.

MEIRELLES, Henry Lopes. BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, p. 63-69, 2016.

PIAIA, T. C. CEZARO, B. ZIEGLER, J. A. **A proteção da cidadania no acesso à internet e à informação no Brasil**. In: CERVI, Jacson Roberto e HAHN; Noli Bernardo. (Orgs.) *Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & políticas de cidadania e resolução de conflito: tomo 8*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2017, p.199- 215.

ZBOROWSKI, J. ANGELIN, R. **Direito Fundamental À informação nas compras públicas: Um mecanismo de efetivação da democracia no Brasil**. In: DEL'OMO, Florisbal de Souza; CERVI, Jacson Roberto; VERONESE, Osmar. (Orgs.) *Multiculturalidade e cidadania: olhares transversais*. Campinas, SP: Millennium Editora, 2015, p. 219-235.

A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO ¹

BEUTLER, Nicole Vicenzi²
VESOLOSKI, Simone Paula³
SANTOS, Luciano Alves dos⁴

RESUMO: A pesquisa teve como objetivo analisar a importância da liberdade de expressão, direito fundamental de primeira geração (*liberté*), essencialmente ligado à dignidade da pessoa humana. O método utilizado foi o indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica. Primeiramente, se buscou abordar a conceituação e noções gerais acerca da liberdade de expressão e sua posição na legislação brasileira. Ainda, se analisou a limitação e cerceamento de tal liberdade, realizando-se, outrossim, um estudo a respeito da liberdade de expressão em face do discurso do ódio, mediante apreciação de casos concretos e de decisões judiciais que envolveram o tema.

Palavras-chave: Discurso de ódio. Liberdade de expressão. Opinião. Princípio.

1 INTRODUÇÃO

O papel do exercício do direito de liberdade de expressão é significativo para concretização e manutenção da democracia. Porém, o desafio é que o exercício deste direito seja saudável e consciente. Porém, ao conjuga-lo com outros direitos fundamentais, pode-se observar determinada colidência. O presente trabalho aborda a colidência do direito à liberdade de expressão sob a óptica do discurso de ódio. Para tanto, busca-se esclarecer o conceito de liberdade e situa-lo como relevante instituto da democracia, avaliar seus limitadores e estudar o discurso de ódio em alguns exemplos fáticos. Com isso, pretende-se explicar a problematização do discurso de ódio, que reflete num abuso e transtorno inaceitável dentro de uma sociedade que luta, busca e defende a democracia.

2 DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na visão de Amartya Sen (2011, p. 261), “o reconhecimento de que a liberdade é importante também pode ampliar as preocupações e compromissos que temos”. Ainda, Sen (2011) entende que a liberdade pode ser valiosa por duas razões. Em primeiro momento ela possibilita a cada indivíduo à oportunidade de buscar novos objetivos e tudo aquilo que cada um valoriza, e posterior, a importância que ela representa está ligada ao poder de escolha. Esta escolha está relacionada à capacidade que envolve inclusive o direito a liberdade de expressão.

Objetivo fundamental expresso no artigo 3º da Constituição Federal⁵, a liberdade revela-se como o principal sustentáculo da sociedade brasileira. Justiça e solidariedade acompanham esse princípio, e, conjuntamente se mostram como a realização do Estado Democrático de Direito, prevista na Carta Magna. (BRASIL, 1988).

¹ Área Temática/Linha de Pesquisa: Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições

² Acadêmica do 8º semestre, Curso de Direito – URI Câmpus de Erechim, E-mail: nicovicenzi@gmail.com.

³ Acadêmica do 8º semestre, Curso de Direito – URI Câmpus de Erechim, E-mail: simonels17@hotmail.com

⁴ Mestre em Direito, Especialista em Direito Processual, Docente Orientador, Professor da URI – Câmpus de Erechim, E-mail: lucianoa@uricer.edu.br

⁵ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Em *stricto sensu*, é possível visualizar, no artigo 5º, incisos IV e IX, do referido diploma, a liberdade de expressão¹. Intrinsecamente ligada ao indivíduo e aos demais princípios que regem a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito de 1º dimensão, ligado ao rol de direitos da personalidade, como conceitua Norberto Bobbio (2004, p. 06): “As primeiras [dimensões], correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado”.

Para Alexandre Sankievicz (2011, p.22) “a liberdade de expressão deriva antes de tudo de um imperativo moral fundado na proteção da autonomia individual”. No mesmo sentido, a favor da liberdade de expressão, John Stuart Mill (2011, p. 55), em seu livro “Sobre a Liberdade”, explicita a relevância da liberdade de expressão e seu efeito social:

Mas o mal particular em silenciar a expressão de uma opinião é que constitui um roubo à humanidade; à posteridade, bem como à geração atual; àqueles que discordam da opinião, mais ainda do que àqueles que a sustentam. Se a opinião for correta, ficarão privados da oportunidade de trocar erro por verdade; se estiver errada, perdem uma impressão mais clara e viva da verdade, produzida pela sua confrontação com o erro — o que constitui um benefício quase igualmente grande.

Em concordância com Mill, Potiguar (2012, p. 94) elucida a relação da liberdade de expressão como direito fundamental:

[...] a liberdade de expressão é um direito fundamental assegurado a todo cidadão, consistindo na faculdade de manifestar livremente o próprio pensamento, sentimentos, ideias e opiniões por meio da palavra, escrito, imagem ou qualquer outro meio de difusão, bem como no direito de comunicar ou receber informações, sem impedimentos nem discriminações, até mesmo porque de nada adiantaria pensamento sem liberdade de sua emissão.

Destarte, a liberdade deve ser entendida como gênero, do qual decorrem outras espécies, como liberdade de opinião, de consciência e de crença (art. 5º, VI, da Constituição Federal), de exercer qualquer trabalho (art. 5º, inciso XIII da CF/88), ou de locomoção (art. 5º, inciso XV, da CF/88). Reunidos, esses direitos conferem ao indivíduo dignidade, a faculdade de desenvolver-se sem controle estatal e de acordo com as suas convicções. (BRASIL, 1988).

São nesses termos que decorre Potiguar (2012, p. 95), ressaltando as várias facetas da liberdade:

A liberdade de expressão inclui o direito de formar e possuir crenças e opiniões sobre qualquer assunto, e de comunicar ideias, opiniões, e informações por meio de qualquer meio, seja pela fala, escrita, ou qualquer outro meio, seja pela fala, pela escrita, música, arte, ou qualquer outra forma. Em alguma extensão envolve o direito de se manter em silêncio.

Inclusive, importante mencionar a proteção do artigo 5º, inciso XLI da CF/88, o qual prevê punição quando houver qualquer tipo de discriminação aos direitos e liberdades fundamentais². (BRASIL, 1988).

Ainda, o artigo 220 da Constituição Cidadã³ garante a manifestação de pensamento e de expressão, sendo vedada a censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988). O entendimento de Farias (2001) corrobora esse percepção, qual seja, da garantia constitucional à

¹ 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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

² XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

liberdade de expressão: “do ponto de vista do direito constitucional, censura significa todo procedimento do Poder Público visando a impedir a livre circulação de ideias contrárias aos interesses dos detentores do Poder Político”.

A nível internacional, a liberdade de expressão e de pensamento foi objeto da Conferência Especializada Interamericana sobre os direitos humanos de San José, ratificada pelo Brasil no Decreto nº 678/1992, com isso, cumpre grifar o artigo 13, acerca de supramencionada liberdade:

Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessária para assegurar:

a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral pública.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos à censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2º.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

A defesa constitucional e de leis esparsas sobre a liberdade de expressão está condicionada, dirimida pela forma e pelo conteúdo. Com isso, a lei “deixa de proteger atitudes que agridam os direitos personalíssimos da honra, intimidade, vida privada e imagem” (POTIGUAR, 2012, p. 103).

Insta mencionar o entendimento de Mill (2011), acerca da liberdade de expressão, que sistematiza sua relevância para o bem-estar da humanidade, primeiramente em relação à possibilidade de, censurado o direito ao silêncio, a opinião emitida reportar-se verdadeira, face a falibilidade dos axiomas.

Em contrapartida, traz a percepção de que as diferentes formas de expressão contribuem para um rico diálogo, passível de ponderação, pois “é apenas através do conflito de opiniões opostas que o resto da verdade tem alguma hipótese de vir ao de cima”. (MILL, 2011, p. 55)

Ainda, Mill (2011, p. 55) elucida em quatro pontos a importância da liberdade de expressão como manutenção do bem-estar mental da humanidade, em primeiro lugar, pois ao silenciar uma opinião, podemos silenciar uma opinião verdadeira e “negar isto é pressupor a nossa própria infalibilidade”.

Em segundo lugar, pois, apesar de estar errada a opinião, ela “pode conter uma porção de verdade”, ou em terceiro lugar, tal opinião representar-se como verdadeira por inteiro (MILL, 2011, p. 56)

Por fim, em quarto lugar, Mill (2011, p. 56) ressalta a importância social da possibilidade de livre opinião, pois, caso contrário:

[...] o próprio significado da doutrina estará em perigo de ser perdido, ou enfraquecido, e privado do seu efeito vital sobre o caráter e a conduta; tornando-se o dogma uma mera crença formal, ineficaz para o bem, mas que estorva os fundamentos, e impede o aparecimento de qualquer convicção real e sentida, a partir da razão ou da experiência pessoal.

No Supremo Tribunal Federal, a Ministra Carmen Lucia, ao julgar a ADPF 548/DF, acerca da liberdade de manifestações políticas em universidades, manifestou-se a favor da liberdade de pensamento¹:

Liberdade de pensamento não é concessão do Estado. É direito fundamental do indivíduo que a pode até mesmo contrapor ao Estado. Por isso não pode ser impedida, sob pena de substituir-se o indivíduo pelo ente estatal, o que se sabe bem onde vai dar. E onde vai dar não é o caminho do direito democrático, mas da ausência de direito e déficit democrático.

Diante disso, é explícita a necessidade da liberdade de expressão, seja como garantidora da dignidade da pessoa humana, seja na manutenção de uma sociedade plural e versada sobre salutar diálogo de pensamentos.

3 LIMITAÇÕES A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Na visão de Potiguar (2012, p. 143) “a liberdade de expressão não pode ser tida como exclusivo exercício da liberdade ou exclusivo exercício de igualdade, mas necessariamente como o exercício de ambas, ao mesmo tempo”. Contudo sabe-se que esses princípios estão propensos a restrições.

A liberdade de expressão, apesar de sustentáculo da sociedade planejada pela Carta Magna, é mitigada pela vedação ao anonimato, como se verifica no artigo 5º, inciso IV:

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: [...]
IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...] (BRASIL, 1988).

Ademais, tal restrição à liberdade de expressão é um encargo de tal direito, vertendo-se em uma natureza dual, na qual pode-se expressar o pensamento, crença ou convicção, mas sem se eximir da responsabilidade do discurso. É nesse sentido que Potiguar (2012, p. 100) descreve tal relação: “a liberdade de expressão possui um ônus, qual seja, o de identificar-se, assumindo a autoria do pensamento manifestado”.

Ainda, o artigo 5º, inciso VIII da CFRB², assegura a liberdade de expressão filosófica e política ao expressar que ninguém será privado de direitos por motivo de convicção filosófica ou política, “salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa” (POTIGUAR, 2012, p. 102).

Nesse diapasão, resta evidente a necessidade da liberdade de expressão, ainda que condicionada, para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Sen (2001, p.186), no livro “Desigualdade Reexaminada”, evidencia outro viés acerca da necessidade da liberdade de expressão, tangente à formação de valores oriundo do debate político livre:

Discussões e debates públicos, permitidos pelas liberdades políticas e os direitos civis, também podem desempenhar um papel fundamental na formação de valores. Na verdade, até mesmo a identificação de necessidades é inescapavelmente influenciada pela natureza da participação e do diálogo público.

¹ ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ELEIÇÕES 2018: MANIFESTAÇÕES EM INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR. ATOS DO PODER PÚBLICO: BUSCAS E APREENSÕES. ALEGADO DESCUMPRIMENTO A PRECEITOS FUNDAMENTAIS: PLAUBILIDADE JURÍDICA DEMONSTRADA. EXCEPCIONAL URGÊNCIA QUALIFICADA CONFIGURADA: DEFERIMENTO CAUTELAR AD REFERENDUM DO PLENÁRIO.

² VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

Representativo exemplo da mitigação do direito à liberdade de expressão encontra-se na Apelação Criminal Nº 5005254-26.2015.4.04.7005/PR, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que confirmou em segundo grau a condenação pelo crime de racismo o apelante Cesar Luis Sotilli Junior.

A 7ª turma afastou o argumento de liberdade de expressão do apelante, quando proferiu palavras de ódio contra judeus, momento no qual a relatora, Desembargadora Federal Cláudia Cristina Cristofani rememorou a ponderação de princípios – teoria desenvolvida por Alexy – e confirmou a condenação:

Do mesmo aresto, extrai-se o entendimento de que à luz da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, nenhum princípio constitucional é absoluto, devendo ser feita, em cada caso concreto, a ponderação entre eles. No caso, o preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra, em hipótese alguma, o "direito à incitação ao racismo", dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra (Apelação Criminal Nº 5005254-26.2015.4.04.7005/PR, 2018).

Com isso, é manifesta a pertinência da liberdade de expressão, bem como o direito à honra. Todavia, no caso de conflito entre os dois princípios, caberá a ponderação. Essa ponderação é o objeto da obra Teoria dos Direitos Fundamentais, de Robert Alexy, da qual se destaca o principal conceito a despeito da referida temática (1986, p. 96):

Portanto, se isoladamente considerados, ambos os princípios conduzem a uma contradição. Isso significa, por sua vez, que um princípio restringe as possibilidades Jurídicas de realização do outro. Essa situação não é resolvida com a declaração de invalidade de um dos princípios e com sua conseqüente eliminação do ordenamento jurídico. Ela tampouco é resolvida por meio da introdução de uma exceção a um dos princípios, que seria considerado, em todos os casos futuros, como uma regra que ou é realizada, ou não é. A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.

Diante dos princípios constitucionais de liberdade de expressão e da dignidade da pessoa humana em colidência, mostra-se imprescindível a ponderação, de acordo com o caso concreto.

Ainda, na supracitada decisão, rememorou-se julgado representativo do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 82.424/2004, impetrado pelo escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda”, condenado a dois anos de reclusão por vender obras antissemitas. Na oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence evidenciou que a livre expressão não afasta a responsabilidade civil ou penal:

[...] pronunciou-se a manifestação do pensamento, exteriorizou-se o pensamento e a opinião, exerceu-se esse direito garantido pela Constituição, vedando a censura, mas isso nada tem a ver com uma imunidade da responsabilidade civil ou penal [...].

Nesse íterim, resta clara a relevância e a representatividade da liberdade de expressão, mas sem olvidar que, como todo princípio fundamental, não é absoluto, sendo preterido em detrimento de outros princípios.

4 O DISCURSO DE ÓDIO COMO LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ao discorrer acerca da liberdade de expressão Potiguar (2012, p. 139), entende que “a liberdade de expressão só ganha verdadeiro sentido em uma sociedade aberta e plural, num espaço público que possibilite o livre intercâmbio de opiniões”.

Ainda, para Potiguar (2012), não há dúvida que a liberdade de expressão evidencia a realização pessoal de cada indivíduo exercer seu direito e manifestar suas próprias ideias, e como consequência desse exercício, poder contestar as ideias dos outros. Assim, um desafio que deve ser elencado diante de tudo o que já foi mencionado, esbarra quando a liberdade de expressão permite o discurso de ódio, que não respeita o cenário para uma correta discussão.

Quando aborda o discurso de ódio - *hate speech* -, Potiguar (2012) esclarece que este é caracterizado não somente como um problema do excesso de liberdade de expressão, mas como meios de promover o ódio baseado na injustiça racial, religiosa, étnica, gênero e na opção sexual. Visualiza-se, portanto, por um lado aqueles que defendem que a liberdade de expressão não deve ser restringida, entendendo que, apesar do discurso de ódio ser prejudicial e sem valor, tolera-lo é um ônus, uma maneira de pagar para garantir o exercício da liberdade de expressão.

Porém, o discurso de ódio é ofensivo e constitui um tipo de ataque psicológico, causando no indivíduo vitimizado um dano emocional gigantesco e dessa forma, constitui um ataque ao direito à dignidade humana. Tem-se que o discurso do ódio exprime uma ideia de ódio, desprezo, intolerância, menosprezando, desqualificando e inferiorizando um grupo de pessoas. (POTIGUAR, 2012).

Significativo exemplo do cerceamento da liberdade de expressão foi elencado por Cabral et al (2013):

[...] a escola de samba Unidos do Viradouro no carnaval do Rio de Janeiro, em 2008, precisou mudar um dos carros alegóricos para desfilar. Tudo isso porque o carro fazia alusão ao Holocausto sendo formado por esculturas de pessoas mortas e sapatos espalhados e, em cima do carro viria um componente da escola de samba vestido de Adolf Hitler.

Sem adentrar no mérito material do caso acima, infere-se claramente a limitação da liberdade de expressão, ao impedir o desfile da escola de samba. Tal limitação somente pode ser valorada no caso concreto, face as peculiaridades de cada situação, momento em que será possibilitada a ponderação dos princípios conflitantes, de acordo com o modelo proposto por Alexy (1986).

O cerceamento da liberdade de expressão como forma de prevenir ou dirimir o discurso de ódio apresenta duplo perigo: de um lado, reprimir o *hate speech*, e, portanto, reprimir a manifestação de opinião, aproximando-se de situação autoritária, de outro lado, ausentar-se amplamente da proteção dos direitos fundamentais de proteção à honra e dignidade da pessoa humana. (POTIGUAR, 2012).

Nesse sentido, Potiguar (2012, p. 272), entende:

O hate speech procura utilizar a constituição contra ela mesma, invocando o direito de expressão como autorizador de um discurso que nega a própria igualdade constitucional, pretendendo tratar todos como iguais, porém uns, mais iguais que outros. Ele não possibilita o diálogo na medida em que despreza o ponto de vista do afetado, o que significa a anulação do outro. Significa tornar-se invisível frente a sociedade.

Ainda, Potiguar (2012), ressalta que a democracia pressupõe o tratamento igualitário a todos os indivíduos, não importando [...] “suas diferenças de gênero, raça, religião ou opção sexual” (POTIGUAR, 2012, p. 273).

Potiguar (2012, p. 273) frisa que não é possível admitir e permitir “o discurso de ódio em um Estado Democrático de Direito, mas sim o discurso de igualdade e liberdade, a luta pelo reconhecimento da igualdade como direito à diferença”.

Diante disso, é possível perceber que o discurso de ódio é oriundo da liberdade de expressão. As tentativas genéricas de sua limitação convergiriam para censura. A limitação do discurso deve ocorrer de forma específica, conforme as peculiaridades de cada caso e mediante a ponderação dos princípios de liberdade e de dignidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resta evidente a relação do direito fundamental da liberdade de expressão como garantia do “bem-estar da humanidade”, conferindo pluralidade às discussões e dilatando o espectro de opiniões e, por conseguinte, de verdades, e como legítima manifestação da dignidade da pessoa humana.

Nesse diapasão, o discurso de ódio mostra-se como o corolário da liberdade de expressão. A possibilidade de mitigação ou até mesmo de responsabilização civil, depende da análise minuciosa e da ponderação dos princípios, de acordo com o caso concreto.

Destarte, chega-se a concepção que o presente artigo cumpriu o papel de esclarecimento frente a liberdade de expressão, ressaltando também o entendimento referente ao discurso do ódio frente a sociedade democrática de Direito. Evidenciando a importância como um todo da liberdade de expressão como valorização do indivíduo, capaz de amplificar suas escolhas e capacidades. Ainda, salienta-se que o assunto em si não se esgota, sendo necessário aprofundamento, maior pesquisa e estudo, pois é um tema declarado importante para a sociedade. Sendo então, merecedor de maior estudo a fim de propiciar e contribuir para o meio acadêmico, bem como para o meio jurídico e evidentemente para o meio social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1986.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Código Civil** (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002.

BRASIL. **Decreto no. 678, de 6 de novembro de 1922**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF: Senado Federal, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus 82.424**, Tribunal Pleno, Brasília, DF, 17 de novembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>. Acesso em: 24 ago. 2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CABRAL, Hidéliza Lacerda Tinoco Boechat; ASSUNÇÃO, Caroline Oliveira de. **Hate Speech: O Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e seus limites**. Lex Magister, 2013. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24273022_HATE_SPEECH_O_DIREITO_FUNDAMENTAL_A_LIBERDADE_DE_EXPRESSAO_E_SEUS_LIMITES.aspx. Acesso em: 24 ago. 2019.

FARIAS, Edilson. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2195>. Acesso em: 23 ago. 2019.

FERRARI, Rosane de Fátima [et al] (Org.). **Manual de normas técnicas para produções acadêmicas da URI**. Frederico Westphalen: [s.n.], 2017.

FILHO, C; TRINDADE, J. **O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira: como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão**. São Paulo: Saraiva, 2018.

MILL, John Stuart Mill. **Sobre a liberdade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

POTIGUAR, Alex. **Liberdade de expressão e o discurso do ódio**. 1º ed. Brasília – DF. Editora Consulex, 2012.

SANKIEVICZ, Alexandre. **Liberdade de Expressão e Pluralismo, Perspectivas de Regulação**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

SANKIEVICS, Alexandre. **Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. 5º Reimpressão. São Paulo: Companhia de Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. Tradução e apresentação de Ricardo Donielli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SILVA, Isabel Germano Rodrigues; SILVA, Josiane da Costa. **Liberdade de Expressão e seus limites: o discurso de ódio é tolerável?** Vitrtajus, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p- 255-273, 2º sem. 2018.

TRF4, CASCAVEL. Câmara Cível. **Apelação Criminal: 5005254-26.2015.4.04.7005**. Relatora: Claudia Cristina Cristofani. Porto Alegre, 04 de dezembro de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000772273&versao_gproc=4&crc_gproc=d90ad940&termosPesquisados=ICdsaWJlcmRhZGUgZGUgZXhwc mVzc2FvJyBwcmlyY2lwaW9zIA. Acesso em 18 ago. 2019.

STF. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: **ADPF 548**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5576416>. Acesso em: 23 ago. 2019.

A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: A RELAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNACIONAL E O DIREITO ESTATAL¹

TRENTIN, Paula Ongaratto¹
BIANCHI, Gilmar²

RESUMO: Os direitos humanos passaram a ser tutelados no Brasil, após a redemocratização e o advento da Constituição de 1988. Os tratados internacionais criados no Pós-Guerra passaram a tutelar os direitos humanos e foram adotados pelo país, a fim de fortalecer e ampliar o rol expresso na Constituição. Destaca-se a aplicação imediata destas normas, bem como seu caráter supralegal, àqueles ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, e constitucional, caso seja posterior. Ademais, ressalta-se o processo de incorporação, bem como de entrada em vigor, no território nacional, do tratado. Posteriormente, objetiva-se realizar uma breve crítica acerca da restrita responsabilização cabível aos Estados violadores de normas constantes em tratados internacionais e de sentenças proferidas pelas cortes destes. Momento em que se verifica a necessidade de adoção de medidas diferenciadas para efetivar a tutela dos direitos humanos no Estado brasileiro. Para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos e a Constituição Federal Brasileira.

Palavras-chave: Direitos humanos. Direito internacional. Direito doméstico brasileiro.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma breve reflexão sobre o modo como o direito internacional influencia o direito doméstico brasileiro, no que tange à tutela dos direitos humanos.

Justifica-se a realização da pesquisa, ante a necessidade latente de mudança do olhar dos cidadãos acerca do que efetivamente representam os direitos humanos. Considerando que estes vêm sendo deturpados pela mídia, principalmente nacional, afastando-se de sua real essência, que é a proteção do indivíduo, garantindo a este mínimo existencial para uma vida digna.

Em uma breve análise são evidenciadas as mudanças realizadas pela Constituição da República Federativa do Brasil, datada de 1988, em relação à maneira de incorporação dos tratados internacionais no país, bem como acerca do nível hierárquico que estes alcançam.

Ademais, destacar-se-á a dinâmica existente entre o direito brasileiro e o aparato internacional de proteção dos direitos humanos, com especial relevo para a sua contribuição na efetivação dos direitos humanos.

Por meio de uma averiguação do sistema internacional de direitos humanos, apontar-se-á o modo pelo qual este pode contribuir para a implementação de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. De modo a reforçar o próprio constitucionalismo consagrado pela Constituição de 1988, que traça entre seus objetivos e princípios basilares, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.

¹ Acadêmica em Ciências Sociais e Jurídicas; sexto semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus Erechim; paula_trentin@hotmail.com.

² Professor Mestre; Graduado pela UPF, Especialista pela UFSM, Mestre pela UFSC; gilmar.bianchi@hotmail.com

Posteriormente, abordar-se-á de forma específica a temática dos tratados internacionais de direitos humanos, com destaque para as suas peculiaridades, bem como para seus impactos no ordenamento jurídico interno.

Ao fim, apresentar-se-á uma problemática que emerge no cenário atual de constitucionalização dos direitos humanos previstos em tratados internacionais, qual seja a responsabilização do ente violador, as possíveis sanções a ser aplicadas e as dificuldades de ordem prática enfrentadas em sua efetivação.

Ressalta-se que na formulação do presente artigo é utilizado o método indutivo, haja vista a inexistência de uma premissa geral sobre a temática, sendo esta formulada a partir das circunstâncias que se analisa. Destaca-se que os recursos empregados foram exclusivamente bibliográficos, tendo como principais fontes livros, artigos e a legislação brasileira.

2 A TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: a relação entre direito internacional e o direito estatal

2.1 Um breve histórico acerca da consagração dos direitos humanos na Constituição de 1988

Em face das atrocidades cometidas nas Grandes Guerras Mundiais, em especial na segunda delas, buscou-se um meio de tornar efetiva a aplicação dos direitos humanos por todo o mundo. Nesse ínterim, foram criados parâmetros globais de ação estatal visando proteger os direitos humanos, os quais foram denominados por Thomas Buergenthal como Direito Internacional dos Direitos Humanos, que visam proporcionar a humanização do direito internacional contemporâneo, bem como a internacionalização dos direitos humanos (PIOVESAN, 2018).

Por meio deste Direito Internacional, é possível que o cidadão de qualquer nação, ou até mesmo o apátrida, em qualquer localidade que se encontre, possa invocar a proteção dos direitos prescritos em tratados internacionais e ser amparado pelo estado em que se encontra, ou, supletivamente, pela comunidade internacional em caso de inércia do ente estatal. Caso estes direitos sejam negados ou violados pelo estado, este será devidamente responsabilizado por suas ações ou omissões, podendo sofrer as sanções previstas no tratado violado (PIOVESAN, 2018).

Flávia Piovesan (2018, p. 84), expoente na temática dos direitos humanos, destaca:

O movimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. O Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial.

Tornou-se perceptível a mudança de olhar sobre o indivíduo nas relações internacionais no que toca aos direitos humanos, uma vez que este deixa de ser objeto e passa a ser sujeito de direito. Neste sentido, os direitos e liberdades fundamentais deixam de ser concebidos como uma generosidade, um ato de altruísmo de Estados soberanos e passam ser tidos como inerentes à condição de humano e inalienáveis (PIOVESAN, 2018).

Desse modo, infere-se que houve uma flexibilização do antigo conceito de soberania, a fim de permitir que por meio da aceitação das obrigações jurídicas constantes em tratados, os Estados possam submeter-se às autoridades internacionais, no que se refere à tutela e fiscalização dos direitos humanos em seus territórios. Sob este viés, observa-se que a violação dos direitos consagrados em tratados enseja em responsabilização do ente, bem como imputação de diversas sanções (PIOVESAN, 2008).

A Constituição de 1988 instaurou novamente o regime político democrático no Brasil, consolidou as liberdades fundamentais e trouxe os direitos sociais. A fim de consolidar a democracia foi preciso alicerçar o Estado Democrático de Direito, que possui como pilares a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Assim, observa-se o encontro do Estado com os direitos fundamentais, que por meio de uma simbiose sustentam-se reciprocamente (PIOVESAN, 2008).

A dignidade da pessoa humana passa a pautar a nação, a fim de evitar o mero cumprimento da lei quando esta é carente de valor e de participação popular, uma vez que esta poderia dar ensejo a um novo Holocausto. Assim, diante da necessidade de reaproximar a ética do direito, os princípios passam a ter força normativa (PIOVESAN, 2008).

Todavia, a dignidade da pessoa humana não ganhou relevo tão somente no Brasil, mas em todo o mundo, inspirando as Constituições criadas no Pós-Guerra, e, tornando-se um verdadeiro superprincípio, que passou a orientar o direito, tanto em âmbito nacional, quanto internacional (PIOVESAN, 2008).

Neste viés, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar os princípios como sustentáculos das normas legais, a fim de dar-lhes maior valor ético e um cunho de justiça. Por meio deste suporte axiológico, é possível harmonizar o sistema jurídico e mantê-lo em pleno funcionamento, na medida em que constituem a consolidação e a salvaguarda dos direitos fundamentais (PIOVESAN, 2018).

Em sua própria estrutura é visível o primado da Constituição pelos direitos de seus cidadãos, uma vez que trata em seus primeiros capítulos dos direitos e garantias fundamentais, elevando-os inclusive à condição de cláusula pétrea (PIOVESAN, 2018).

A nova topografia constitucional inaugurada pela Carta de 1988 reflete a mudança paradigmática da lente ex parte príncipe para a lente ex parte populi. Isto é, de um Direito inspirado pela ótica do Estado, radicado nos deveres dos súditos, transita-se a um Direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos dos cidadãos. A Constituição de 1988 assume como ponto de partida a gramática dos direitos, que condiciona o constitucionalismo por ela invocado. Assim, é sob a perspectiva dos direitos que se afirma o Estado e não sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos. Há, assim, um Direito brasileiro pré e pós-88 no campo dos direitos humanos (PIOVESAN, 2018, p. 112).

Ademais, avulta-se a introdução dos direitos sociais, difusos e coletivos. Igualmente relevante é a aplicabilidade imediata conferida pelo legislador às normas que preceituam direitos e garantias fundamentais, tornando sua observância e implementação obrigatória a partir da entrada em vigor, independentemente de regulamentação pelo legislador infraconstitucional (PIOVESAN, 2018).

Ao tratar das relações internacionais, a Constituição de 1988 também inova ao elencar diversos princípios anteriormente inexistentes, dentre eles o da prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II, CF/88). A partir deste momento, quando o país propõe-se a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, reconhece a existência de limites à sua soberania, que deixa de ser absoluta e passa a ser relativizada em prol da proteção destes direitos (PIOVESAN, 2018).

2.1.1 Os tratados internacionais de direitos humanos

Os tratados internacionais, atualmente, constituem a principal fonte obrigacional do direito internacional. Por serem juridicamente vinculantes e obrigatórios, no Brasil, exige-se a apreciação e o aceite tanto pelo Poder Legislativo, quanto pelo Poder Executivo (PIOVESAN, 2018).

Destaca-se, que entre a assinatura e a ratificação o Estado já se encontra obrigado a não praticar atos que violem os objetos ou propósitos do tratado. Entretanto, tão somente após a ratificação pelo Presidente da República o tratado passa a ter obrigatoriedade interna e internacionalmente (PIOVESAN, 2018).

Considerando o processo de formação dos tratados e reiterando a concepção de que apresentam força jurídica obrigatória e vinculante, resta frisar que a violação de um tratado implica a violação de obrigações assumidas no âmbito internacional. O descumprimento de tais deveres implica, portanto, responsabilização internacional do estado violador. (PIOVESAN, 2018, p. 128).

Ao prescrever que os direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição não ensejam em exclusão dos direitos previstos em tratados internacionais (artigo 5º, parágrafo 2º, CF/88), o legislador incluiu os direitos previstos em tratados no rol dos constitucionalmente garantidos, incorporando-os, de forma implícita, à Carta de 1988 (LENZA, 2017).

Posteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, os tratados internacionais de direitos humanos, se aprovados por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, adquirem o status de norma constitucional, os tratados que não se referem a direitos humanos continuam a ser considerados normas com status de ordinária (LENZA, 2017).

Contudo, surge na doutrina um debate acerca do nível hierárquico dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados anteriormente à Emenda Constitucional nº 45/2004, pelo quórum de maioria qualificada, mas somente em um turno. No julgamento do HC 87.585-8, que versava sobre a possibilidade de prisão civil do depositário infiel, o STF decidiu adotar a tese da supralegalidade que confere a estes tratados superioridade às normas infraconstitucionais, mas as mantém adstritas às normas constitucionais. Desse modo, toda a legislação conflitante, anterior ou posterior, com estes tratados tornou-se inaplicável (PIOVESAN, 2018).

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento segundo o qual, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, concluiu o Tribunal que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos — Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (PIOVESAN, 2018, p. 157).

Justifica-se este tratamento diferenciado aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, uma vez que objetivam a salvaguarda dos direitos inerentes à condição humana, enquanto os demais buscam o equilíbrio e reciprocidade de relações entre os Estados (PIOVESAN, 2018).

As denominadas cláusulas abertas admitem uma inter-relação entre a ordem constitucional e a ordem internacional, gerando a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional. Desse modo, os tratados internacionais de direitos humanos passam a integrar o denominado bloco de constitucionalidade, podendo ser utilizados para a realização do controle de constitucionalidade (LENZA, 2017).

É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional). O Poder Constituinte soberano criador de Constituições está hoje longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado. A abertura ao Direito Internacional exige a observância de princípios materiais de política e direito internacional tendencialmente informador do Direito interno. Nesse raciocínio, a abertura à normação internacional passa a ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea (PIOVESAN, 2018, p. 132).

Outrossim, destaca-se a possibilidade de invocar os direitos constantes em tratados internacionais de direitos humanos independentemente da existência de lei que lhe outorgue eficácia no âmbito interno. Em caso de inobservância destes direitos, cabe ação perante os tribunais nacional e internacional competentes, que podem declarar a antijuridicidade da conduta, invalidando-a, e aplicar sanções pecuniárias em favor da pessoa física que teve seu direito violado (PIOVESAN, 2018).

Diante desta incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos, por meio do ato de ratificação, observa-se que o legislador adotou a teoria monista, que preceitua que o direito interno e o direito internacional constituem uma unidade, inexistindo qualquer limite entre eles (PIOVESAN, 2018).

Quanto ao impacto destes tratados no plano interno podem ocorrer três hipóteses: a de coincidência com a Constituição; a de integração, complementação ou ampliação dos direitos assegurados pela Carta de 1988; e a de contrariedade a preceitos do direito interno. No primeiro caso, os tratados reforçam o valor jurídico dos direitos assegurados; no segundo, preenchem lacunas, inovam, e ampliam o rol de direitos; no terceiro caso, adotar-se-á a norma mais favorável à vítima, a primazia será a de que melhor proteja os seus direitos, devendo ser escolhida pelo tribunal competente no caso concreto (PIOVESAN, 2018).

Conforme destaca Flávia Piovesan (2018, p. 193):

Vale dizer, os tratados internacionais de direitos humanos inovam significativamente o universo dos direitos nacionalmente consagrados, ora reforçando sua imperatividade jurídica, ora adicionando novos direitos, ora suspendendo preceitos que sejam menos favoráveis à proteção dos direitos humanos. Em todas as três hipóteses, os direitos internacionais constantes dos tratados de direitos humanos apenas vêm aprimorar e fortalecer, nunca restringir ou debilitar, o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.

Outra peculiaridade existente nos tratados de direitos humanos incorporados pelo direito interno, com *status* de norma constitucional, trata-se da impossibilidade de denunciá-lo, ou seja, retirar-se do tratado. Presume-se que o Estado abre mão desta prerrogativa quando constitucionaliza, formalmente, o tratado no âmbito jurídico interno (PIOVESAN, 2018).

Antônio Augusto Cançado Trindade (1996, p. 06), destaca:

É alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção do ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista.

Nesta senda, verifica-se que os tratados internacionais de direitos humanos são de suma importância para a inovação da legislação doméstica dos países signatários, e até mesmo dos que a ele não aderiram. Uma vez que estes podem se inspirar nos preceitos constantes nos tratados e criar normas semelhantes para a tutela dos direitos fundamentais de seu povo.

2.2 Possibilidade de responsabilização no caso de descumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos

As sentenças com natureza jurídica internacional, quais sejam as proferidas por cortes internacionais, não emanam de um Estado, não se subordinando, deste modo, a nenhuma soberania específica. Sua obrigatoriedade estende-se a todos os Estados que previamente acordaram em submeter-se à jurisdição do organismo que a proferiu. Salienta-se que a aceitação da jurisdição das

cortes é facultativa, todavia, uma vez reconhecida formalmente pelo Estado, torna-se obrigatória à implementação de suas decisões (CEIA, 2013).

Ademais, as sentenças não necessitam de homologação do Superior Tribunal de Justiça para adquirirem exigibilidade e validade no âmbito interno, considerando que no momento da recepção da norma externa pelo ordenamento pátrio houve a verificação da compatibilidade recíproca. Assim, as sentenças internacionais produzirão os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelo judiciário nacional, constituindo título executivo judicial (CEIA, 2013).

Diante do princípio da boa-fé, do *pacta sunt servanda*, bem como do artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, impõe-se ao Estado o cumprimento da sentença prolatada em âmbito internacional, bem como das normas contidas nos tratados, sendo vedada a invocação de disposições constantes no direito interno para justificar o descumprimento (CEIA, 2018).

Em caso de violação de normas internacionais, atribuível a um Estado, gerar-se-á a responsabilidade internacional e o surgimento do dever de reparar o dano causado. Verifica-se que a responsabilização do Estado se dá de forma objetiva, bastando à comprovação do nexo causal, da conduta e do dano, sendo irrelevante a demonstração de culpa (CORREIA, 2005).

A responsabilização estatal pode ocorrer nos três poderes, quais sejam: o Legislativo, por suas ações e omissões; o Executivo por ações passivas ou ativas de suas autoridades e funcionários; e o Judiciário por denegar ou realizar uma má administração da justiça. Esta responsabilização do Estado pelos atos dos agentes públicos persiste mesmo quando estes estiverem agindo a título privado (CORREIA, 2005).

Conforme destaca Marcelo Figueiredo (2007, p. 23):

Vivemos sob o signo de um Estado Democrático de Direito em uma sociedade pluralista com instrumentos de democracia participativa, encontramos na Constituição brasileira, inúmeros instrumentos a forçar um diálogo normativo entre os poderes e funções do Estado e a sociedade nela inserida.

Assim, a fim de efetivar a proteção dos direitos humanos é possível peticionar perante as instâncias nacionais e internacionais, de modo que a tutela, supervisão e monitoramento da situação do país podem ser atribuídos aos cidadãos locais e à comunidade internacional (CORREIA, 2005). Contudo, esta possui responsabilidade subsidiária, somente atuando caso as instituições do país se mostrem omissas na proteção dos direitos, a exemplo do caso de Damião Ximenes Lopes, morto por espancamento numa clínica psiquiátrica, na cidade de Sobral, estado do Ceará, o qual foi julgado 4 de julho de 2006 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em San José, na Costa Rica, após o Brasil deixar de seguir as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CORREIA, ROSETO, 2011).

Ao fim, a Corte determinou que o Estado brasileiro reparasse materialmente a família Ximenes, por meio do pagamento de indenização, e moralmente por meio da investigação e identificação dos culpados pela morte de Damião com a celeridade devida, e, igualmente, através da promoção da formação e da capacitação de profissionais de saúde e dos demais indivíduos vinculados ao campo da saúde mental (CORREIA, ROSETO, 2011).

Dentre as sanções imputadas ao Estado-parte do tratado internacional, encontra-se a reparação adequada dos danos causados à vítima e a seus familiares. No caso de descumprimento destas sanções, o Estado será responsabilizado internacionalmente, vindo a sofrer novas sanções, bem como a pressão interna do povo que clama por justiça e a pressão externa dos países que aderiram ao tratado (CORREIA, 2005).

No contexto brasileiro, destaca-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), que criou uma interessante dinâmica envolvendo o Estado, organizações da sociedade civil e os seus órgãos, a fim de resguardar os direitos humanos. A sociedade civil legitima e procura efetivar os direitos individuais por meio do SIDH, os governos fornecem recursos e se submetem à autoridade

do SIDH, e as instituições deste sistema resolvem os litígios de modo apropriado. Todavia, este cenário pacífico e harmonioso raramente é efetivado em território nacional (BERNARDES, 2011).

Dentre as dificuldades de implementar as decisões proferidas pelas cortes internacionais, destacam-se os fatos da União responder integralmente por atos sobre os quais tem controle limitado, uma vez que situam-se no âmbito da competência municipal ou estadual, e da inobservância pelos poderes Legislativo e Judiciário dos comandos sentenciais. Ademais, avulta-se o desconhecimento dos operadores do direito do ordenamento internacional dos direitos humanos, bem como de suas praxes processuais (BERNARDES, 2011).

Na análise de casos concretos, verifica-se que o poder Executivo e Legislativo dispõem de instrumentos para implementar as determinações sentenciais, diferentemente do Judiciário, que deve ser provocado. Contudo, mesmo diante de provocação, este se mantém inerte, restrito à legislação pátria, uma vez que as cortes internacionais não possuem meios coercitivos para forçar a execução da sentença, ficando as sanções restritas à pressão política e à bloqueios econômicos (CEIA, 2013).

Ainda no limiar da transição do milênio, um dos Juízes da Corte Interamericana de Direitos Humanos já destacava:

No continente americano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu relatório anual de 1977, constatou deficiências no direito interno de muitos países (inoperância de garantias e meios de defesa, falta de independência do Poder Judiciário), que deixavam de oferecer proteção adequada às vítimas de violações de direitos humanos; era precisamente nestas circunstâncias, - esclareceu a Comissão Interamericana no relatório de 1980 sobre a situação dos direitos humanos na Argentina, - que se tornava necessária a atuação dos órgãos de supervisão internacionais. Em relatórios anuais mais recentes, a Comissão relacionou a proteção dos direitos humanos com a própria organização política (interna) do Estado e o exercício efetivo da democracia, e em várias ocasiões instou os Estados-membros da OEA a incorporar aos textos de suas Constituições certos direitos e a harmonizar suas legislações respectivas com os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos. Em decorrência das recomendações gerais formuladas em seus relatórios ou dirigidas a determinados Governos, logrou a Comissão que se modificassem ou derogassem leis violatórias dos direitos humanos, e que se estabelecessem ou aperfeiçoassem recursos e procedimentos de direito interno para a plena vigência dos direitos humanos (TRINDADE, 1996, p. 9).

Na mesma senda Flávia Piovesan, renomada jurista de direito internacional, acrescenta:

Outra medida fundamental - e esta sem dúvida a mais dificultosa - é a transformação da cultura jurídica tradicional que, via de regra, concebe o direito como instrumento de preservação e contenção social. Há que se despertar o potencial ético e transformador do fenômeno jurídico, cabendo aos operadores do direito incorporar os seus valores inovadores. Os agentes jurídicos não de se converter em agentes propagadores de uma ordem jurídica renovada, democrática e concretizadora dos direitos humanos, pautada nos parâmetros constitucionais e internacionais (PIOVESAN, 2000, p. 18).

A fim de garantir a efetividade das decisões tomadas a nível internacional, utilizam-se diversas estratégias de pressão política, criando constrangimentos para os países, embargos econômicos e outras sanções que ultrapassam os âmbitos civil e penal, igualmente, empregam-se as medidas de não repetição, que dão ensejo a mudanças nas políticas públicas, na legislação interna e na jurisprudência do país, bem como de qualificação dos magistrados e dos demais operadores do direito (BERNARDES, 2011).

Os tratados de direitos humanos indicam vias de compatibilização dos dispositivos convencionais e dos de direito interno de modo a prevenir conflitos entre as jurisdições internacional e nacional no presente domínio de proteção; impõem aos Estados Partes o dever de provimento de recursos de direito interno eficazes, e por vezes o compromisso de desenvolvimento das "possibilidades de recurso judicial"; prevêm a adoção pelos Estados Partes de medidas legislativas, judiciais, administrativas ou outras, para a realização de seu

objeto e propósito. Em suma, contam com o concurso dos órgãos e procedimentos do direito público interno. Há, assim, uma interpenetração entre as jurisdições internacional e nacional no âmbito de proteção do ser humano (TRINDADE, 1996, p. 22).

Flávia Piovesan (2012) destaca a importância de formar primeiramente um *ius commune* latino-americano, para, posteriormente, ser possível alcançar a plena globalização dos direitos. Dentre as medidas a serem adotadas sobressaem-se a promoção da ratificação dos tratados internacionais, bem como sua incorporação na ordem jurídica doméstica com *status* privilegiado, a aplicação do controle de convencionalidade, o diálogo entre os sistemas regionais, a implementação das decisões internacionais no âmbito interno e o fomento do diálogo entre as jurisdições constitucionais. Eleonora Mesquita Ceia (2013) acrescenta a incorporação formal na Constituição de normas que imponham a observância dos tratados pelos agentes públicos e a promoção da cultura dos direitos humanos na sociedade civil, no rol de medidas a serem adotadas.

Nesse ínterim, infere-se que é cabal o primado do Estado pelos direitos humanos, efetivando-os, e protegendo-os de possíveis violações (TRINDADE, 1996).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que o Brasil vem tendo avanços significativos na tutela dos direitos humanos a partir de sua redemocratização, quando passam a ser inseridos na legislação interna diversos direitos anteriormente negligenciados, bem como com o início do processo de incorporação de diversos tratados internacionais que versam sobre o tema, como norma constitucional.

A criação de novas cláusulas pétreas e o primado dos direitos humanos nas relações internacionais trouxe ao país novo fôlego na luta pela efetivação dos direitos fundamentais. Após um longo período de violação a direitos e de restrição de liberdades, o povo teve seus apelos ouvidos pelo legislador, que ao criar a Constituição de 1988 deu prioridade ao indivíduo, em relação ao Estado e aos interesses econômicos.

Nesse diapasão, os tratados internacionais de direitos humanos passaram a ter um tratamento diferenciado no domínio interno, principalmente após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/2004, que os equiparou às normas constitucionais. Os demais tratados aprovados anteriormente à referida emenda, são considerados normas supralegais, conforme entendimento do STF.

Ademais, destaca-se a aplicação automática dos tratados, independentemente da edição de norma pelo legislador nacional, assim, passam a ter exigibilidade a partir da ratificação pelo Presidente da República.

Entretanto, verifica-se que a realidade fática brasileira diverge da idealizada pelo legislador quando da criação da Constituição de 1988. Verificam-se inúmeros entraves que impedem o acesso às cortes internacionais, bem como a efetivação das decisões destas cortes no plano interno.

Visando a anteposição destas barreiras, é necessário investir numa qualificação adequada dos operadores do direito para que possam orientar seus clientes, realizar o controle de convencionalidade e resolver os litígios, da melhor forma. Além disso, verifica-se a necessidade do país observar e cumprir as decisões proferidas pelas cortes internacionais, independentemente da imposição de sanções externas, e sim pelo respeito à ordem democrática e aos direitos que são inerentes à condição de ser humano, dos quais é titular o povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

BERNARDES, Márcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. **Revista**

Internacional de Direitos Humanos. V. 8. N.15. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16033946.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, 1988.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista EMERJ**. V. 16. N. 61. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: http://patriciamagno.com.br/wp-content/uploads/2014/08/PM_Corte-IDH-jurisprudencia-e-o-Brasil.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

CORREIA, Ludmila Cerqueira. Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos: o Brasil e o caso Damião Ximenes. **Prima Facie Internacional Journal**, v. 4. n. 7. João Pessoa, 2005. Disponível em: <http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/4560/3431>. Acesso em: 11 dez. 2018.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; ROSATO, Cássia Maria. Caso Damião Ximenes Lopes: mudanças e desafios após a primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, v. 8. n. 15. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/16033944.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2019.

FIGUEIREDO, Marcelo. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário no Brasil: uma visão geral. **Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC/SP**. São Paulo, 2007. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/download/736/509>. Acesso em: 12 dez. 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. Saraiva. São Paulo, 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. Saraiva. 18. ed. São Paulo, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF**. Florianópolis, 2008. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>. Acesso em: 11 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. **Revista Fundação Escola Superior do Ministério Público, Distrito Federal e Territórios**, v. 15. n. 8. Brasília, 2000. Disponível em: http://www.escolamp.org.br/ARQUIVOS/15_07.pdf. Acesso em: 12 dez. 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre as jurisdições. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 19. São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/176>. Acesso em: 12 dez. 2018.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos**. San José/Costa Rica, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>. Acesso em: 12 dez. 2018.

A LEGÍTIMA DEFESA E O PROJETO DE LEI ANTICRIME: REFLEXÕES ACERCA DAS ALTERAÇÕES PROPOSTAS E SEUS REFLEXOS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS¹

BORTOLOSO, Dalana²
PERISSINOTTO, Daiane³
ZANATTA, Diana Casarin⁴

RESUMO: A pesquisa pretende estudar o instituto da legítima defesa, causa excludente de ilicitude prevista no ordenamento jurídico penal brasileiro, para, a partir disso, analisar uma proposta de alteração legislativa, que propõe mudanças no instituto. Objetiva-se pontuar os aspectos a serem modificados, com o fim de verificar os impactos que advirão a partir das alterações propostas. Para tanto, a metodologia utilizada é a pesquisa bibliográfica e documental, através da análise de doutrina, legislação e jurisprudência, baseando-se no método de abordagem indutivo. Justifica-se a pesquisa em razão da responsabilidade que é do Estado em aplicar o *jus puniendi* e, portanto, da importância de ser bem definido e aplicado um instituto que permite a autodefesa do cidadão brasileiro.

Palavras-chave: Anticrime. Legítima defesa. Consequências Jurídicas.

1 INTRODUÇÃO

O estudo objetiva estabelecer uma reflexão acerca do instituto da legítima defesa na legislação brasileira, a partir de mudanças propostas por um projeto de lei denominado anticrime, que tramita no Congresso Nacional. Busca-se estabelecer a real dimensão das mudanças legislativas propostas, analisando os possíveis impactos e consequências no âmbito da aplicação do direito penal.

A metodologia utilizada para este trabalho é a pesquisa bibliográfica documental e a análise de leis convenientes ao tema abordado, baseadas nos métodos de abordagem indutivo.

A pesquisa parte da observação de que, desde que a humanidade passou a conviver em sociedade, essa interação social nem sempre foi harmônica, pois no convívio social o homem revela o seu lado instintivo: a agressividade. Isso justifica que o Estado intervenha, a fim de conferir proteção e segurança ao cidadão, elaborando um, sistema jurídico penal que seja capaz de abarcar as condutas do mundo fático e contemple os reais anseios sociais.

O sistema penal adotado pelo Brasil é baseado na teoria finalista, que define crime como sendo um fato típico, ilícito (ou antijurídico) e culpável. Essa definição é feita da seguinte forma: primeiro verifica-se se o fato é típico, ou seja, apresenta os requisitos para tanto. Depois, por exclusão, verifica-se a ilicitude do fato e culpabilidade do indivíduo. Quando se diz que o fato é típico mas não é ilícito, significa que se configurou uma das causas excludentes de ilicitude, dentre elas, a legítima defesa. É

¹ Pesquisa institucional realizada para publicação na VII Mostra Científica do XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Erechim – RS.

² Acadêmica em Direito, cursando o 7º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- Câmpus de Erechim - RS. E-mail: dalanabortoloso@hotmail.com

³ Acadêmica em Direito, cursando o 7º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- Câmpus de Erechim - RS. daianeperissinotto@gmail.com

⁴ Orientadora da pesquisa, professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Erechim/RS, Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Câmpus de Santo Ângelo - RS. E-mail: E-mail: dianazanatta@uricer.edu.br

sobre essa causa excludente que o estudo se dedica, já que é hipótese conferida pelo Estado ao indivíduo, de se auto defender.

2 A ILICITUDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

A ilicitude¹ dos fatos praticados pelo ser humano pode ser observada não apenas no aspecto penal, já que há atos ilícitos em outras esferas do ordenamento jurídico como um todo. No que diz respeito ao direito penal, diz-se que a ilicitude é um dos elementos que compõem o conceito analítico de crime² (CUNHA, 2016).

Trata-se da antijuridicidade como qualquer conduta, positiva ou negativa, com resultado contrário ao ordenamento jurídico. Para tanto, sabe-se que a norma já deve estar vigente em tal ordenamento, não apenas princípio, mas também por força de lei, pois, em nome do princípio da legalidade, constitucionalmente previsto, não haverá crime sem que a conduta seja anteriormente prevista como tal.

Mesmo que parte da doutrina defenda que uma conduta considerada antissocial deva ser penalizada, não há amparo legal para tal vontade. Então, conforme entendimento que prevalece, apenas se considera fato típico, um ato também considerado ilícito. E a regra é que todo fato típico seja também ilícito, ficando ressalvadas as hipóteses excludentes que inibem a punibilidade, mas que, ainda assim, não retiram a tipicidade da conduta praticada (SANCHES, 2016).

Sobre a relação entre ato ilícito e ato injusto, ressalta-se que não se tratam de sinônimos. O ato ilícito é passível de valoração e engloba a ação, enquanto o ato injusto é relativo, único em que não há parâmetros de definição (MASSON, 2015).

A ilicitude subdivide-se, conforme a doutrina, em: formal, material, subjetiva e objetiva. A primeira delas é simplesmente a contrariedade da conduta face ao ordenamento jurídico vigente. A ilicitude material, trata então, do ato do agente perante a sociedade, levando-se em conta a reprovabilidade da conduta e o dano causado num contexto geral (MASSON, 2015). É interessante notar, quanto a estes dois conceitos, que conforme parece, completam-se e são os mais difundidos na doutrina.

A ilicitude subjetiva, por sua vez, trata da capacidade do agente causador do dano, mais especificamente de sua consciência para tanto, aproveitando-se de determinada situação para justificar sua conduta. Em sua maioria, a doutrina entende ser esta análise compete à culpabilidade, terceiro elemento da teoria do crime, segundo o conceito analítico (GRECCO, 2017). A ilicitude objetiva trata da conduta contrária ao ordenamento jurídico de forma expressa ou mesmo implícita, sem que sejam observadas quaisquer circunstâncias (GRECCO, 2017).

A lei penal, quando trata da ilicitude (antijuridicidade), elenca quatro causas excludentes, quais sejam, estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito, nos termos do artigo 23 do Código Penal (BRASIL, 1940). Essas são as chamadas causas legais, já que derivam de lei e possuem normativa no Código Penal Brasileiro. Há uma outra excludente, que não consta no código penal, porém, de igual importância, qual seja, o consentimento do ofendido, que deriva de principiologia (GRECCO, 2017).

3 A LEGÍTIMA DEFESA

Dentre todas as formas de exclusão da ilicitude, a que mais se destaca é a legítima defesa, tema central da pesquisa e que passa a ser apreciada. Há possíveis alterações a serem aplicadas ao

¹ Também denominada antijuridicidade, diferença de denominação que não possui importância prática, já que as duas denominações dizem respeito a mesma coisa, ou seja, um requisito para a configuração do crime, em seu conceito analítico, analisada de como excludente, ou seja, todo fato típico é ilícito, salvo quando configurada uma das quatro excludentes de ilicitude (ou antijuridicidade): legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento de um dever legal e exercício regular de um direito.

² De acordo com uma das vertentes da teoria finalista, o conceito de crime, no aspecto analítico, seria composto por três elementos: o fato típico (tipicidade), ilícito (ilicitude) e culposo (culpabilidade).

instituto, em virtude do projeto de Lei Anticrime, proposto pelo então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, e que podem apresentar reflexos importantes.

A legítima defesa surge com as primeiras civilizações, sem previsão legal. Entretanto, mesmo sem previsão, observa-se nas sociedades, já que decorre do instinto natural do ser humano em defender a si e aos seus, em caso de ameaça seja ela física, moral ou a seus bens (MASSON, 2017).

Sabe-se que o Estado detém, ou deveria deter, a função de penalizar condutas ilícitas a fim de vedar a autotutela. Tamanha responsabilidade somada ao desenvolvimento social e sobretudo a demasiada criminalidade, enfraqueceu o Estado que, por sua vez, adotou formas de que, sem excesso, os cidadãos possam defender - se e, ainda, defender seus direitos, sendo pioneira e mais abrangente, a legítima defesa.

Contudo, tal permissão não é ilimitada, pois encontra suas regras na própria lei penal. Para que se possa falar em legítima defesa, que não pode jamais ser confundida com vingança privada, é preciso que o agente se veja diante de uma situação de total impossibilidade de recorrer ao Estado, responsável constitucionalmente por nossa segurança pública, e, só assim, uma vez presentes os requisitos legais de ordem objetiva e subjetiva, agir em sua defesa ou na defesa de terceiros (GRECCO, 2017, p.476).

Como dito, a excludente de ilicitude em questão possui respaldo legal no Código Penal Brasileiro, que estabelece a previsão, em seu artigo 25, com a seguinte redação: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940). O legislador tornou o artigo supracitado propriamente o conceito de legítima defesa, destacando-se a importante análise dos requisitos objetivos e subjetivos que passam a ser analisados.

A doutrina define agressão como sendo “a conduta (por ação ou omissão) humana que ataca ou coloca em perigo bens jurídicos de alguém” (CUNHA, 2016, p. 265); segue no conceito tratando do termo injusta como “agressão contrária ao direito, não necessariamente típica” (CUNHA, 2016, p. 265). E, ainda, “a injustiça da agressão independe da consciência do agressor”, já que se trata de ato da vítima (CUNHA, 2016, p. 265). Além disso, em se tratando, por exemplo de restrição de liberdade com embasamento legal, não ocorre o reconhecimento da legítima defesa. Não basta apenas a agressão ser injusta, há que se observar também sua legalidade. Outra importante distinção é a provocação injusta, que não se trata de excludente e o agente responderá pelos atos praticados (GRECCO, 2017).

Para bem fragmentar o conceito, ainda há que abordar que a agressão deve necessariamente ser atual (que está ocorrendo) ou iminente (prestes a ocorrer), e que os direitos então defendidos não poderão ser em prol da coletividade (deve-se visar o individual). Apenas será reconhecida a legítima defesa se não houver outra possibilidade de defesa abarcada pelo Estado. Sobretudo, devem ser utilizados meios de forma moderada, cessando-os assim que repelida a injusta agressão ou no instante em que tornar-se desproporcional ou então podendo usar-se de formas desproporcionais desde que sejam únicos meios para tanto (GRECCO, 2017).

Conclui-se o conceito com o entendimento de que qualquer bem jurídico pode ser amparado pela legítima defesa, inclusive os materiais, ficando apenas ressaltados bens coletivos. Ainda, tratando da parte final do art. 25 do Código Penal, há que se observar que a proteção do bem jurídico de outrem não depende de sua autorização, podendo se enquadrar excludente apenas com respaldo nos demais requisitos (GRECCO, 2017).

Outro importante aspecto a ser considerados são as espécies de legítima defesa, quais sejam, a legítima defesa real ou autêntica e a putativa ou imaginária. A legítima defesa autêntica ou real é a que concretamente ocorre, sobretudo a ótica dos meios legais (GRECCO, 2017). A legítima defesa putativa ou imaginária trata-se daquela que o agente erroneamente acredita estar repelindo injusta agressão que concretamente não ocorre. Tal fato é justificado pelas discriminantes putativas do erro de tipo, disposto no artigo 20, § 1º, do Código Penal Brasileiro, com a seguinte redação:

Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei.

§ 1º - É isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. Não há isenção de pena quando o erro deriva de culpa e o fato é punível como crime culposo (BRASIL, 1940).

Além dos elementos objetivos, já mencionados, a excludente da legítima defesa requer elemento subjetivo que, em apertada síntese, nada mais é que o *animus defendendi* – finalidade de defender-se ou a outrem, devendo esta ser clara e notória (GRECCO, 2017).

Ditos os aspectos principais e requisitos objetivos e subjetivos a fim de se caracterizar a ação em legítima defesa, parte-se ao pressuposto de que se tal defesa ultrapassar os limites considerados suficientes para repelir injusta agressão, incorre-se em excesso, que pode ou não ser punido. Por vezes, torna-se difícil a delimitação do excesso, que geralmente é considerado além do momento em que foi cessada a agressão.

Suposto excesso pode ser praticado dolosa ou culposamente. O excesso será culposo se o agente por violenta emoção não dosar seus atos e modo de atuação ou por negligência se exceder. Ou então, considera-se doloso o excesso, quando o indivíduo age com vontade, mesmo ciente de que tal agressão está repelida. Importante alertar que somente o que for considerado excesso poderá ser punido e, após análise de causa de discriminante putativa (GRECCO, 2017).

O excesso pode também se entender por extensivo ou intensivo. O extensivo trata da continuação da agressão além do mínimo necessário; já o intensivo trata do modo utilizado para defesa. Ainda, há o excesso de causa, que expõe a inferioridade do bem defendido em relação ao bem ameaçado; nesse aspecto, será punido o resultado sem aplicação de excludente (GRECCO, 2017).

Outra espécie de excesso é o denominado excesso exculpante:

Com o chamado excesso exculpante busca-se eliminar a culpabilidade do agente, ou seja, o fato é típico e antijurídico, deixando, contudo, de ser culpável, em virtude de, no caso concreto, não poder ser exigida do agente outra conduta que não aquela por ele adotada (GRECCO, 2017, p.497, 498).

Tal causa é de tamanha importância que possui normativa legal conforme artigo 30 do Código Penal Brasileiro, como segue: “Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime” (BRASIL, 1940). Todavia, não se pode confundir o excesso exculpante com o excesso culposo. O primeiro trata de interferência da emoção em vista do fato, fazendo com que o agente perca a noção do excesso cometido; já no caso do excesso culposo, ocorre por negligência ou não observância de circunstância necessária (GRECCO, 2017).

Outro importante aspecto com relação aos excessos, é o erro de execução, se ocorrer em razão do *animus defendendi*, não poderá haver punição. Quando a vítima se exceder em sua defesa, torna-se agente causador também e, em decorrência do fato, tem-se a chamada legítima defesa sucessiva em que cada agente responde pelo seu excesso.

Ainda se considera agindo em legítima defesa o indivíduo que, mesmo eventualmente, pratique a conduta com erro de execução, com respaldo ao artigo 73 do Código Penal Brasileiro, como segue

Art. 73 - Quando, por acidente ou erro no uso dos meios de execução, o agente, ao invés de atingir a pessoa que pretendia ofender, atinge pessoa diversa, responde como se tivesse praticado o crime contra aquela, atendendo-se ao disposto no § 3º do art. 20 deste Código. No caso de ser também atingida a pessoa que o agente pretendia ofender, aplica-se a regra do art. 70 deste Código (BRASIL, 1940).

Cabe ressaltar que também se pode incorrer em fatos concretos em que a intenção da vítima era agir em legítima defesa, porém, por erro ou condições adversas do momento, atinge pessoa diversa do agressor ou ambos. Se comprovado o erro de execução, não haverá fato típico. Caso a ação tenha sido premeditada, haverá punição quanto a aquela (GRECCO, 2017).

Na esfera cível, em regra, não ocorre responsabilização por atos ilícitos, e como dito, a legítima defesa é propriamente excludente da ilicitude, então não há responsabilização, conforme descreve artigo 188 do Código Civil brasileiro, *in verbis*: “Não constituem atos ilícitos: I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido” (BRASIL, 2002).

Sobre o crime disposto no artigo 137 do Código Penal, qual seja, o crime de rixa, pertinente se mostra a seguinte indagação “É possível legítima defesa no crime de rixa?” (CUNHA, 2016, p. 267). E a própria doutrina responde:

Inicialmente, desataca-se, sem dificuldade, que o indivíduo alheio à contenda, caso, seja alvo de agressão, e o que intervém para fazê-la cessar podem perfeitamente se defender contra qualquer dos rixosos. Entre os praticantes do crime, todavia, não há, em regra, possibilidade de legítima defesa porque as agressões cometidas naquele contexto - uns contra os outros - são rodas injustas. Logo, aquele que pratica. Uma agressão injusta não pode se defender de outra agressão injusta. Não obstante, é possível que, em dado contexto, um dos contendores extrapole os limites e passe a atuar de modo que destoe do ânimo conflitivo dos demais, o que altera a perspectiva da injustiça da agressão, que, se antes era generalizada, agora se concentra na conduta que se extrapolou. Assim, se todos se agridem mutuamente de mãos limpas, mas, a certa altura, um dos rixos. Esse se apossa de uma arma de fogo, torna-se possível a legítima defesa contra aquele que a está utilizando. (CUNHA, 2016, p. 267).

Contudo, percebe-se que estando presente à legítima defesa, estará afastada a contrariedade da conduta com o ordenamento jurídico penal, não havendo que se falar em crime. Para tanto, deve-se usar moderadamente os meios necessários, proporcionais à gravidade da ameaça ou agressão, podendo punir-se a agressão em excesso.

4 O PROJETO DE LEI ANTICRIME E SUAS ALTERAÇÕES ACERCA DA LEGÍTIMA DEFESA

Após os relatos referente à legítima defesa na ótica da doutrina, tratar-se-á sobre o Projeto de Lei Anticrime apresentado ao Congresso Nacional, mais especificadamente à Câmara dos Deputados, no dia 04 de fevereiro de 2019, o Ministro da Justiça, Sérgio Moro, com respaldo do Presidente da República Federativa do Brasil, Jair Messias Bolsonaro. Citado projeto altera artigos do Código Penal e Lei dos Crimes Hediondos, bem como a Lei das Execuções Penais, dentre outras. O estudo aprofunda o projeto, no que diz respeito a alterações aplicáveis ao instituto da legítima defesa, já que se trata de um dos aspectos mais significativos e polêmicos contidos no texto do referido Projeto de Lei (YOUTUBE, 2019).

Segundo o Ministro, o projeto foi embasado na ideia de proporcionar maior segurança para a população, bem como dar efetividade e severidade às leis já vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. A ideia do projeto não seria atender à parcela específica da população, mas, tão somente, proteger a todos, buscando a melhor solução aos caóticos problemas de corrupção, violência e crime organizado, que são os pilares norteadores dos crimes considerados de menor gravidade (YOUTUBE, 2019).

Após a apresentação do Projeto, houve grande repercussão midiática com relação as alterações em geral e, especialmente, com relação ao aspecto que altera o instituto da legítima defesa. A intenção de divulgar, segundo o Ministro (YOUTUBE, 2019), foi justamente para que juristas e a população em geral apresentassem suas ideias, a fim de aprimorar o texto proposto, por considerar que as mudanças, de uma forma geral, implicam em considerável modificação ao sistema penal¹.

¹ Outro motivo explicado pelo autor do projeto de lei seria verificar se ele estaria de acordo com o clamor até então demonstrado pela população brasileira, no sentido de suprir as lacunas estatais, em busca de mais segurança pública, freando a criminalidade, em especial, aquela oriunda dos crimes mais graves e de maior impacto negativo para o País.

O citado projeto de lei visa justamente a celeridade e a mediação como forma de retirá-lo do simbolismo, deixando – o moderno e célere, a fim de que seja conseqüentemente efetivo.

Apesar das críticas ao Projeto de Lei Anticrime, este não concede autorização para matar e nem isenta sua pena. A proposta dada pelo projeto consiste em uma alteração no instituto jurídico da legítima defesa, especificamente no artigo 25 do Código Penal, o qual seria acrescentado um parágrafo único, nos seguintes termos:

Art.25 [...]

Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:

I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e

II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (BRASIL, 1940).

Relembre-se a atual redação do artigo 25 do Código Penal: “entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (BRASIL, 1940). Tendo em vista essa alteração, há uma complementação do já exposto no art. 25 Código Penal. Assim é assinalado que as situações previstas no pelo inciso I e II devem ser consideradas hipóteses de legítima defesa, contanto que sejam respeitados os requisitos do *caput*.

No artigo 23, foi adicionado o § 2º, o qual possui a seguinte redação:

Art.23. [...]

§ 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

§ 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção (BRASIL, 1940).

Com a inserção do § 2º o magistrado poderá avaliar se o autor poderia ter tomado ação diversa no estado emocional em que se encontrava e, caso entenda que sim, poderá reduzir a pena levando em conta o estado emocional.

O anteprojeto de Lei, pretende oferecer previsão legal a certas condutas de agentes policiais ou de segurança pública, reconhecendo legítima defesa em determinados contextos ou situações. O instituto da legítima defesa fundamenta-se a partir de uma injusta agressão atual ou iminente. A reação defensiva no caso de ser a agressão, já busca prevenir os possíveis ou prováveis males futuros provenientes da agressão. Observa-se claramente uma verdadeira antecipação do momento da injusta agressão, e conseqüentemente, da respectiva reação que torna - se um ataque preventivo, o que descaracteriza os fundamentos jurídico-teóricos da legítima defesa.

Segundo Cunha (2016), trata-se de equívoco o entendimento de privilégio aos policiais, já que continuarão sendo observados os requisitos da legítima defesa. Ainda, ressalta que a alteração apenas busca esclarecer os meios e de que forma a legítima defesa também pode ser considerada.

A legítima defesa, no meio policial, tem sido enfrentada da seguinte maneira, pela jurisprudência:

APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL HABITADO. POLICIAL MILITAR. RECONHECIMENTO DAS EXCLUDENTES DA ILICITUDE DO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL E LEGÍTIMA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. Devem ser reconhecidas as excludentes absolutórias do estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa, na conduta do agente que utiliza os meios necessários e moderados para repelir injusta agressão no momento em que agia em estrito cumprimento do dever legal, ao efetuar disparo no intuito de dispersar um grupo de populares descontentes com a ação policial. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. (TJ-GO - APR: 03883257620088090160, Relator: DR(A). FABIO CRISTOVAO DE CAMPOS FARIA, Data de Julgamento: 21/08/2018, 2A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2582 de 05/09/2018).

O julgado transcrito trata de denúncia oferecida pelo Ministério Público acusando determinado policial militar por disparo de arma de fogo em local habitado, na cidade de Novo Gama/GO. A acusação foi recebida pelo Magistrado, que condenou o réu, substituindo a pena privativa de liberdade imposta, por prestação de serviços à comunidade, além de multa. Inconformado, possuindo provas cabíveis e estando certo de seu amparo legal, o réu interpôs recurso de Apelação, a fim de que fossem reconhecidos de fato o estrito cumprimento de dever legal (causa legal de excludente de ilicitude), bem como a legítima defesa. O recurso foi provido, já que restou provada a necessidade, razoabilidade e cuidado tido pelo agente, quanto ao fato (GOIANIA, 2018). O julgado permite que se observe que a legítima defesa já se aplica atualmente, como excludente de ilicitude, pela jurisprudência, em casos envolvendo integrantes das forças de segurança pública, desde que comprovados os requisitos legais. Diante disso, o Projeto de Lei Anticrime vem apenas regulamentar, de forma inovadora, essa aplicabilidade, demonstrando significativos benefícios à segurança jurídica da sociedade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concluído o estudo, observa-se que a reflexão estabelecida acerca da legítima defesa mostra - se pertinente e necessária, pois é instituto que garante ao indivíduo sua autoproteção, devendo possuir normatização clara que que transmita segurança jurídica a todos. Por isso mesmo, o estudo confirma a importância na análise das propostas de alteração legislativas, verificando-se que, além de pertinentes, contribuem para essa busca por maior segurança jurídica nas relações sociais.

De fato, a evolução da sociedade fez com que o Estado despertasse para o seu dever de punir, e este dever foi lastreado por leis que preestabeleceram condutas incriminadas, em nome do princípio da legalidade, ou seja, por conta de que não haverá crime sem que a conduta seja prevista como tal e sanções proporcionais ao delito cometido.

Viu - se que, para que uma conduta ser considerada crime, há que preencher três requisitos, ou seja, tem que ser típica, ilícita e culpável. Isso significa que ninguém será considerado culpado, sem que sejam analisadas, antes disso, as causas excludentes de ilicitude.

Uma das hipóteses legais de excludente de ilicitude é a da legítima defesa, prevista no Código Penal, que permite ao cidadão, usar moderadamente os meios necessários para repelir injusta agressão, seja ela atual ou iminente, defendendo direito seu ou de terceiros.

A legítima defesa entra em pauta de maneira expressiva com o Projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo Ministro da Justiça, Sérgio Moro, o qual altera o art. 23 e 25 do Código Penal, permitindo às polícias e demais membros da segurança pública, certas condutas que se passam a serem consideradas manifestações de legítima defesa. Cabe ao Juiz a possibilidade de redução da pena até metade ou até mesmo tem cabimento que se deixe de aplicar a pena, se for entendido que aquela determinada conduta é proporcional ao estado emocional ao qual se encontrava o agente e, sobretudo, o bem jurídico que este protegia no momento da conduta.

Entende-se que o Projeto de Lei Anticrime não constitui uma autorização legal para o abuso de autoridade e nem uma isenção ou redução automática de pena para policial que mata em serviço. Porém, cabe ressaltar um intenso receio de como o projeto, caso seja aprovado, será interpretado e aplicado pelo Poder Judiciário.

A sociedade deve analisar que o Projeto de Lei Anticrime não vai solucionar a criminalidade do país, pois o problema existente na segurança pública deve ser combatido em diversas frentes. A legítima defesa amplia - se significativamente na sociedade, em que muitas vezes é utilizada por indivíduos que cometem condutas criminosas contando com referida antijuridicidade para evitar possível condenação. Cabe, portanto, ao Estado com sua responsabilidade de aplicar o *jus puniendi*, bem como de controlar a autodefesa da sociedade, posicionar-se de forma justa e legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 4. ed. Bahia: Juspodvm, 2016, p. 253-279.

GOIANIA. TJ-GO - **APR: 03883257620088090160**, Relator: Dr(a). Fabio Cristovao de Campos Faria, Data de Julgamento: 21/08/2018, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ 2582 de 05/09/2018. Disponível em: <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625918961/apelacao-criminal-apr-3883257620088090160/inteiro-teor-625918963?ref=juris-tabs>. Acesso em 22 ago. 2019

GRECCO, Rogerio. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017, p. 451 - 501.

MASSON, Cleber. **Curso de Direito penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Forense, 2017, p.463 - 514.

MORO, Sergio. **Projeto de Lei Anticrime**. De fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2019.

SERGIO Moro apresenta seu Projeto de Lei Anticrime. [S.I:s.n], 2019. 1 vídeo (50min36s). Publicado pelo canal O Antagonista. Disponível em: [youtube.com/watch?v=3IGNPHeffc0](https://www.youtube.com/watch?v=3IGNPHeffc0). Acesso em: 21 ago.2019.

VEJA os principais pontos do Projeto de Lei Anticrime de Sérgio Moro. [S. l.: s.n], 2019. 1 vídeo (4min59s). Publicado pelo canal Jovem Pan News. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=rc-BQddwnEU>. Acesso em: 18 ago. 2019.

A LÓGICA MERCADOCÊNTRICA E O FECHAMENTO SOBRE SI: A ABERTURA AO OUTRO A PARTIR DA ALTERIDADE

CENI, Caroline Isabela Capelesso¹
DE OLIVEIRA, Thaís Maciel²

RESUMO: O consumismo excessivo e a fragilidade das relações interpessoais são condições presentes na contemporaneidade. Tais características confirmam a totalização dos indivíduos e a, conseqüente, falta de reconhecimento do outro, bem como uma ética voltada para o consumo, em que as relações pessoais se dão em moldes mercadológicos e não mais de compreensão do outro. Ou seja, a alteridade para com o próximo não é marca presente nas relações entre os indivíduos contemporâneos. Nessa senda, a pesquisa questiona, a partir da ótica de Emmanuel Lévinas e Luis Alberto Warat, se a alteridade pode ser uma maneira de romper com a totalização dos sujeitos a fim de possibilitar uma sociedade mais compreensiva e que reconhece o outro. Objetiva-se que com a compreensão da importância da alteridade nas vidas individuais as relações interpessoais ocorram a partir do viés do reconhecimento do outro na sua essência, rompendo com a totalização que permeia os indivíduos. O artigo utilizou-se do método de pesquisa complexo paradoxal com abordagem hermenêutica e técnica bibliográfica.

Palavras-chave: Alteridade. Consumo. Reconhecimento. Totalização.

1 INTRODUÇÃO

Considerando a complexidade na contemporaneidade, as diferenças presentes no tecido social, bem como uma ética voltada para o consumo que desencadeia em relações efêmeras faz-se necessária uma melhor compreensão da importância do desenvolvimento da alteridade nos indivíduos. O consumismo excessivo e a sociedade de massa reverberam necessidades que vão além da lógica de mercado imposta diuturnamente.

Para uma vivência social pacífica é preciso que os indivíduos se (re)conheçam em suas próprias necessidades e sentimentos para que (re)conheçam as necessidades, sentimento e diferenças do outro. Essa consciência advém da alteridade que pode ser desenvolvida de maneira interna, mas que ensejará em conseqüências positivas externamente, nas relações interpessoais.

Dessa maneira, a problemática do trabalho consiste em questionar, a partir da ótica de Emmanuel Lévinas e Luis Alberto Warat, se a alteridade pode ser uma maneira de romper com a totalização dos sujeitos, a fim de possibilitar uma sociedade mais compreensiva e que reconheça o outro. A pesquisa utilizou-se do método de pesquisa complexo paradoxal com abordagem hermenêutica.

Assim, objetivou-se a partir da ótica de Emmanuel Lévinas e Luis Alberto Warat dialogar a necessidade de (re)encontro com o outro em uma modernidade líquida de sujeitos totalizados. Contemporaneamente, verifica-se a fluidez dos relacionamentos intersubjetivos em razão de uma

¹ Mestranda bolsista CAPES/TAXA do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDireito) *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito da URI/SAN. Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Erechim. E-mail: caroline.ceni@hotmail.com.

² Mestranda bolsista CAPES/TAXA do Programa de Pós-graduação em Direito (PPGDireito) *Stricto Sensu* - Mestrado em Direito da URI/SAN. Bacharela em Direito pela Instituição de Ensino Superior de Santo Ângelo – CNEC/IESA. E-mail: adv.thaismaciel@gmail.com.

ética pautada para o consumo o que, muitas vezes, desencadeia em processos litigiosos presentes no Poder Judiciário.

Para tanto, a pesquisa abordará, inicialmente, a compreensão de totalização dos sujeitos a partir do pensamento de Emmanuel Lévinas; na sequência elencará a sociedade transmoderna contemporânea com base em Luis Alberto Warat para, por fim, identificar a sociedade contemporânea e sua liquidez resultante de seus processos sociais que totalizam o indivíduo, levando-os a racionalidade mercadológica e a necessidade da alteridade a fim de que as pessoas (re)conheçam o outro de maneira genuína. Tais condições edificam uma infinitude e rompem com a totalização dos sujeitos, tornando as relações interpessoais sólidas.

2 EMANNUEL LÉVINAS E O SUJEITO FECHADO SOBRE SI

Conforme Byung-Chul Han, “cada época possui suas enfermidades fundamentais” (2017, p. 7). Nesse aspecto, a dialética da alteridade negativa determina a condição humana do século XXI. Com efeito, a era da instabilidade, da desintegração social, caracteriza a contemporaneidade como a era do discurso do mesmo. Ou seja, a sociedade contemporânea repreende o diferente “em virtude de sua alteridade” (HAN, 2017, p. 7).

Essa desintegração social é fruto de uma impotência sem precedentes da era do capitalismo. Bauman argumenta:

É tanto uma condição quanto um resultado da nova técnica do poder, que tem como ferramentas principais o desengajamento e a arte da fuga. Para que o poder tenha liberdade de fluir, o mundo deve estar livre de cercas, barreiras, fronteiras fortificadas e barricadas. Qualquer rede densa de laços sociais, e em particular uma que esteja territorialmente enraizada, é um obstáculo a ser eliminado. Os poderes globais se inclinam a dismantelar tais redes em proveito de sua contínua e crescente fluidez, principal fonte de sua força e garantia de sua invencibilidade. E são esse derrocar, a fragilidade, o quebradiço, o imediato dos laços e redes humanos que permitem que esses poderes operem (BAUMAN, 2001, p. 14).

Diante dessa fluidez das estruturas e das instituições, o exercício em ser um sujeito autônomo requer um comprometimento desafiador. O indivíduo incluso nessa estrutura “encontra-se em guerra consigo mesmo. O depressivo é o inválido dessa guerra internalizada. A depressão é o adoecimento de uma sociedade que sofre sob o excesso de positividade. Reflete aquela humanidade que está em guerra consigo mesma” (HAN, 2017, p. 29).

Essa anomalia que a sociedade do consumo normatiza, impõe aos seus membros a condição de consumidores primários. Logo, para participar dessa sociedade é necessário aderir à lógica do consumo. A identidade, nesse segmento, “única e individual — só pode ser gravada na substância que todo o mundo compra e que só pode ser encontrada quando se compra. Ganha-se a independência rendendo-se” (BAUMAN, 2001, p. 62).

A partir do exposto, o objetivo na sociedade do consumo não é a satisfação do desejo, mas a transformação dos consumidores em mercadorias de vendáveis, de forma que na sociedade líquida, a cultura consumista se torna um ideal universal. Han (2017) igualmente salienta que a sociedade laboral se especificou em uma sociedade ativa e do desempenho, ao ponto que para satisfazer seu ego quase dilacera-se.

Dessarte, o consumo condiciona os indivíduos a uma totalização. Hannah Arendt assim argumenta que “os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato toma-se imediatamente uma condição de sua existência” (ARENDRT, 2007, p. 17). Nesse ponto, a linguagem e o discurso como importantes fatores da interação humana, são usados pela ótica do consumo, na edificação de seres consumistas.

Nesse contexto, de sujeitos esgotados, fechados sobre si em uma totalidade coisificada, Emmanuel Lévinas (1980) contribui para reflexão crítica acerca da relação do infinito na sociedade

no cansaço. A partir da sua epistemologia sobre a ética da alteridade, Lévinas apresenta a alteridade como possibilidade para acolher o outro na sua infinitude.

Com efeito, Lévinas propõe a ética da alteridade como filosofia primeira, sinalando que o outro diferente, merece ser respeitado na sua completude e diferença. Desse modo, a partir do infinito que se realiza na relação com o outro, a alteridade simboliza a interpelação necessária que a sociedade contemporânea do século XXI precisa.

Assim, Lévinas expõe:

É preciso inverter os termos. Para a tradição filosófica, os conflitos entre o mesmo e o outro resolvem-se pela teoria em que o outro se reduz ao mesmo ou, concretamente, pela comunidade do Estado em que sob o poder anônimo, ainda que inteligível, o eu reencontra a guerra na opressão tirânica que sofre da parte da totalidade. A ética em que o mesmo tem em conta o irreduzível outrem, dependeria da opinião. O esforço deste livro vai no sentido de captar no discurso uma relação não alérgica com a alteridade, descobrir nele o desejo – onde o poder, por essência assassino do outro, se torna, em face do outro e – contra todo bom senso –, impossibilidade do assassinio, consideração do outro ou justiça. O nosso esforço consiste concretamente em manter, na comunidade anônima, a sociedade de eu com outrem – linguagem e bondade (LEVINAS, 1980, p. 34).

Nesse sentido, seguindo o entendimento de Lévinas, a ética da alteridade rompe com a dimensão totalizadora do ser, edificando a ideologia do ser enquanto outrem. Ou seja, o ser, nesse aspecto, não é objetificado, nem totalizado, é reconhecido como outro na sua infinitude, não fecha-se sobre si. Portanto, não reduzir o outro ao mesmo, provoca a exterioridade do ser, representando a ideia do infinito, uma abertura ao diferente, ao outro.

O desejo do infinito, por conseguinte, representa a busca por alteridade na relação do mesmo. Salienta-se, que na sociedade do cansaço os indivíduos já estão totalizados sob a ótica do consumo. Destarte, há um isolamento inviolável do mesmo, um fechamento sobre si que anula sua alteridade. Logo, a negativa da alteridade se reverbera tanto na coisificação do mesmo, como na inexistência da infinitude.

Com efeito, a alteridade impreterivelmente representa:

A razão pela qual todas as nossas definições são distinções e o motivo pelo qual não podemos dizer o que uma coisa é sem distingui-la de outra. Em sua forma mais abstrata, a alteridade está presente somente na mera multiplicação de objetos inorgânicos, ao passo que toda vida orgânica já exhibe variações e diferenças, inclusive entre indivíduos da mesma espécie. Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa- como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tomam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares (ARENDDT, 2007, p. 189).

Nessa senda, conforme Touraine, é possível garantir um reconhecimento pelo outro totalizado “a partir da afirmação por cada um do seu direito a ser um Sujeito [...] o Sujeito não pode afirmar-se como tal se reconhecer o outro como Sujeito e, em primeiro lugar, sem se libertar do medo do outro que conduz à sua exclusão” (TOURAINÉ, 1997, p. 228-229).

A pluralidade humana, nesse exposto, necessita do reconhecimento pelo outro. A partir da ética da alteridade, portanto, busca-se edificar um novo discurso diverso da ordem vigente totalizante. Desse modo, através da exterioridade do ser:

O outro reverbera-se realmente como outro, em toda intensidade de sua exterioridade, quando rompe como distinto ao extremo, como o não habitual ou cotidiano, como o extraordinário, como o empobrecido, o oprimido e o vitimizado pelos sistemas; o que à margem do caminho, fora do sistema, mostra seu rosto sofrido e desafia a totalidade (MARTINES, 2015, p. 61).

Nessa tangente, o sujeito abstrato da contemporaneidade totalizado e com bases excludentes, padece do consumo. Por conseguinte, essa relação altera que Lévinas propõe liberta o indivíduo de uma vida em face da mercantilização. Consequentemente, possibilita a relação com o infinito e a busca por completude enquanto ser.

Conforme o autor:

O infinito é característica própria de um ser transcendente, o infinito é o absolutamente outro. O transcendente é o único ideatum do qual apenas pode haver uma ideia em nós; está infinitamente afastado da sua ideia – quer dizer, exterior – porque é infinito. [...] O infinito no finito, o mais no menos que se realiza pela ideia do infinito, produz-se como desejo. Não como um desejo que a posse do desejável apazigua, mas como o desejo do infinito que o desejável suscita, em vez de satisfazer. Desejo perfeitamente desinteressado – bondade. Mas o desejo e a bondade supõem concretamente uma relação em que o desejável detém a negatividade do eu que se exerce no mesmo, no poder, na dominação. O que, positivamente, se produz como posse de um mundo que eu posso ofertar a outrem, ou seja, como uma presença em face de um rosto (LEVINAS, 1980, p. 36-37).

A ideia de infinito, diante do exposto, se reverbera no rosto de outrem. Ou seja, a partir da exterioridade do ser, não há totalização, permitindo a manifestação da alteridade. Logo, o ser enquanto outrem, permite a visualização do outro como sujeito de direitos humanos, digno de respeito e reconhecimento.

Sem embargo, a dialética da alteridade fundamenta um:

Retorno do sujeito, mas não do sujeito metafísico, mas do sujeito vivente, corporal, intersubjetivo e prático, como um horizonte filosófico para uma crítica da globalização neoliberal. É dizer, a práxis se realiza por uma comunidade de vítimas – que se constitui em um sujeito intersubjetivo – que busca, exercendo o direito a gerar direitos, subverter o sistema que lhe nega a satisfação para a produção e reprodução da vida, e dar um passo para um novo sistema (MARTINEZ, 2015, p. 127).

Nesse aspecto, a busca por felicidade encontra óbice na mercantilização dos sujeitos. A eterna busca pelo lucro e pelo consumo não satisfaz a completude do ser humano. Ao contrário, ocasiona agressividades e individualidades extremas. Respaldo disso, representa o esgotamento da sociedade contemporânea. Dessa forma, o leque teórico da diversidade é primordial diante da perspectiva humana

Com efeito, o tecido axiológico do pensamento consumista está estruturado dentro de princípios do capitalismo. Nesse exposto, a sociedade do desempenho está voltada ao pensamento uniforme de sociedade e não pluriforme diante das diferenças.

Indubitavelmente, a questão da infinitude dialoga com a necessidade de alteridade como pressuposto da exterioridade do ser. A sociedade do cansaço extremamente totalizada, diante de seus sujeitos abstratos e coisificados, sofre do esgotamento que a busca pelo eterno desempenho capitalista acarreta. Logo, a proposta da ética da alteridade apresenta-se como uma interpelação necessária diante do indivíduo totalizado da contemporaneidade.

Não obstante, a ideia da infinitude possibilita a transcendência do ser enquanto outrem, desse modo, o outro visto como obstáculo não é respeitado na sua alteridade. A redução do outro ao mesmo que o consumo apregoa provoca uma totalidade que não completa o ser enquanto indivíduo. Nesse sentido, apenas a satisfação do desejo com o infinito possibilitaria sua completude como ser, possibilita uma abertura frente ao diferente.

3 A SOCIEDADE TRANSMODERNA DE LUIS ALBERTO WARAT E SUA CONDIÇÃO DE ALTERIDADE

Na contemporaneidade a sociedade se encontra imersa em um processo de mudanças profundas que vão além dos aspectos tecnológicos e perpassam por todos os aspectos humanos (WARAT, 2004) e são encontradas em todos os cantos do globo em razão do fenômeno da globalização. Tal condição é por alguns autores chamada de pós-modernidade, ou seja, a modernidade e sua solidez se liquefizeram em algo novo, ainda não compreendido na esfera social, mas que tem a incerteza do que acontecerá como característica principal.

A partir do pensamento de Luis Alberto Warat adota-se a compreensão de que esse fenômeno que é marcado por dúvidas, esse período de transição, é a transmmodernidade. Ou seja, um “lugar em que cada um de nós pode descobrir-se a si mesmo”, é o novo como sensibilidade (WARAT, p. 47, 2000). Isso decorre, uma vez que a modernidade não teve um ponto final, mas continua em trânsito levando a sociedade para outros caminhos.

Vivemos em uma cultura pré-moldada, que força a paixão por consumir (relações, informação inútil, não formativa, viagens de turismo acidental, coisas supérfluas, etc.) e que nos condiciona a seguir a rota da ansiedade, que terminará fatalmente em melancolia e indiferença. E uma cultura que personifica os objetos e coisifica as pessoas. Vivemos em uma cultura globalizada, onde todos consumimos e falamos os mesmos tópicos e lugares comuns, e que globaliza também a trivialização dos sentimentos (como significado e como sensibilidade). E uma socialização do infantilismo: indivíduos que não conseguem decidir nada, e que estão à deriva (e o que não é o mesmo que se deixar surpreender pelo inesperado), vazios de si mesmo, com planos de vida brilhantes e descompromissados, é um sexo-maquínico, sem mistério [...] É uma cultura que substitui os conflitos e inaugura a era da ansiedade e da depressão. E um diagnóstico de decadência para a cultura globalizada que inaugura o milênio (o global como sintoma de decadência). Temos uma humanidade com homens cada dia mais longe de si mesmos, sem a mínima capacidade para refletir profundamente sobre si mesmos, sobre o que realmente querem construir, e desse modo, criar um projeto coerente de vida (WARAT, 2004, p. 46).

Tais caminhos, nem sempre, são sólidos, o que ensejam em relações efêmeras e na redução do outro ao mesmo e isso, por consequência, provoca uma totalidade¹ excludente de sujeitos, que passam a pautar suas relações pelo individualismo e egocentrismo. Hodiernamente, as relações interpessoais são estruturadas a partir de um sentimento de consumismo extremado.

Coloca-se o outro como objeto, fonte potencial de prazer sem a preocupação de laços duradouros e respeito a sua identidade e individualidade (BAUMAN, 2008a). Tais relações se dão em uma sociedade que pode ser classificada como sociedade do desempenho que edifica uma subvida para o consumo e tal comportamento reverbera nas relações interpessoais.

A sociedade atual é uma sociedade de redes que se desmancham com facilidade apenas com um contato virtual (BAUMAN, 2004). Ou seja, não se desenvolve um sentimento de responsabilidade pelo Outro, um sentimento de compreensão pelas necessidades e vivências do outro, o que interfere na capacidade de tratar um estranho com humanidade.

O desafio de compreender o outro parece mesmo uma tarefa inglória. Logicamente, irrealizável. A factividade da vida, contudo, permite ousar, a hermenêutica leva a sério o fato de nos comunicarmos, apesar das diferenças e dos mal-entendidos. Mesmo que o outro seja irrecuperável em sua outridade, ele não está separado de nós. Estamos em contato com ele e, de alguma forma, nos comunicamos. (RUEDELL, p. 39, 2016).

¹ Utiliza-se neste trabalho o conceito de totalidade de Emmanuel Lévinas (1980) que é a redução do outro ao mesmo que a filosofia ocidental apregoa, ou seja, o ser enquanto objeto e não ser enquanto ser.

Nesse processo de transição a comunicação é essencial para a compreensão do outro e de suas necessidades. A palavra comunicação vem do latim *communicare*, que significa partilhar, participar algo, tornar comum (MICHAELIS, 2018). “A pretensão de saber e de atingir o outro realiza-se na relação com outrem, que se insinua na relação da linguagem, cujo elemento essencial é a interpelação, o vocativo (LÉVINAS, 1980, p. 56).

Nesse aspecto, a comunicação é essencial para a abertura com o outro em uma sociedade complexa multicultural. As diversas culturas e identidades cingem a contemporaneidade e demandam respeito aos indivíduos como sujeito de direitos.

A incapacidade de enxergar o outro em suas especificidades e simbologias impossibilita o diálogo e vem revelando a fragilidade do ser humano, o que deixa cada vez mais longínqua a solução para a harmonização das diferenças culturais e abre caminho para fundamentalismos de qualquer sorte. (MEDEIROS, p. 588, 2009).

A sociedade do desempenho, capitalista, objetiva maximizar a produção e escraviza os sujeitos para uma lógica consumista onde o outro se transforma em um objeto, aniquilando, por consequência, sua individualidade, sua essência. Nessa senda, a redução do outro ao mesmo é consequência da racionalização das relações interpessoais.

“O cansaço da sociedade do desempenho é um cansaço solitário, que atua individualizando e isolando” (HAN, 2015, p. 71). Esses cansaços dividem em dois e impedem que se fale, impedem que a alma sinta. Destroem comunidades, proximidades e linguagens, ele se manifesta no olhar que desfigura o outro (HAN, 2015).

A exterioridade do ser como pressuposto para uma transcendência é necessária para edificar uma relação de infinitude. “É preciso levar em conta, que novas identidades estão surgindo deixando o indivíduo fragmentado, desorientado e fragilizado em termos de subjetividade individual e coletiva” (WARAT, p. 15, 2005) o que desnorteia e desumaniza o homem.

Dessa forma, a lógica da totalidade, ainda presente, “aliena a exterioridade e coisifica a alteridade” (MARTINEZ, 2015, p. 61). Essa racionalidade que o consumo apregoa impede que o infinito¹ se reverbere perante o outrem, totalizando-o de maneira excludente. A interpelação do rosto que Lévinas propõe convoca o outro a uma relação de infinitude que é necessária para edificar um ambiente de respeito e alteridade na sociedade multicultural.

[...] A construção do futuro das sociedades deve ser sustentada pela alteridade, homens diferentes e autônomos. Os grandes heróis, as grandes narrativas, os objetivos sociais grandiosos não estão mais no espaço do imaginário do século XXI. É a hora dos atores e dos conflitos, de um mundo novo, que se auto-componha para se expressar e se transformar. (WARAT, p. 11-12, 2005).

É necessário que se ultrapasse a compreensão de que o outro é apenas fonte de prazer ou que está à disposição para o atendimento de necessidades. A alteridade permite que as pessoas construam relações sólidas e genuínas, que, por consequência, provocam o reconhecimento do outro, mas não o reconhecimento pautado pela esfera do consumo.

4 A ALTERIDADE QUE ENSEJA NO RECONHECIMENTO NA SOCIEDADE DO CONSUMO

Hodiernamente para uma vivência de respeito entre os indivíduos é necessário que se reconheça o outro na sua essência, na sua igualdade, mas, principalmente, na sua diversidade e diferença. Para coexistir e não meramente tolerar a diversidade é necessário um reconhecimento recíproco através de diálogo e comunicação não violenta em razão do poder das palavras, do poder da comunicação. A convivência cultural da sociedade contemporânea é necessariamente heterogênea,

¹ Utiliza-se neste trabalho o conceito de infinito de Emmanuel Lévinas (1980) que possibilita uma transcendência do ser como outrem, ou seja, é a visão do ser enquanto ser, é a relação face a face, quando o outro não é um reflexo de si mesmo.

portanto a racionalidade estrutural de uma única visão, nos moldes que a modernidade trouxe, não abarca a diversidade cultural.

O próprio direito, nesse aspecto, reitera essa visão racional e reducionista desprovida de sensibilidade para com o outro na afirmação de sua ‘pureza’. Formou-se uma identidade jurídica para os sujeitos de Direito excessivamente normativista que coisifica o homem e converte suas relações interpessoais em litígios (WARAT, p. 16, 2005).

A igualdade e a diferença são elementos da pluralidade humana, por isso não se pode aceitar ações que rotulam, excluem e coisificam os indivíduos, independentemente de quaisquer justificativas sociais. Por isso, torna-se necessário “falar da sociedade e, sobretudo, referir-se aos espaços de relação, que deveriam ser espaços de alteridade, lugares de encontro com o outro [...]” (WARAT, p. 105, 2000). Esses espaços de encontro com o outro não ocorrem em uma sociedade totalizada e voltada para o consumo que reitera uma alteridade negativa e supervaloriza o “Eu” em detrimento do “Outro”.

Os conceitos de responsabilidade e escolha responsável, que antes residiam no campo semântico do dever-ético e da preocupação moral pelo outro, transferiram-se ou foram levados para o reino da autorrealização e do cálculo de riscos. Nesse processo, “o Outro” como desencadeador, alvo e critério de uma responsabilidade reconhecida, assumida e concretizada, praticamente desapareceu de vista, afastado ou sobrepujado pelo eu do próprio ator. “Responsabilidade” agora significa, no todo, *responsabilidade em relação a si próprio* (“você deve isso a si mesmo”, “você merece”, como dizem os corretores do “alívio da responsabilidade”), enquanto “escolhas responsáveis” são, no geral, os gestos que atendem aos nossos interesses e satisfazem os desejos do eu. (BAUMAN, p. 119, 2008b, grifo do autor).

Caracteriza-se, assim, a transmodernidade a partir de relações individuais egocêntricas, em que os indivíduos se reduzem ao ‘ter’ e não ao ‘ser’, em que não há uma responsabilidade para com o outro. O ‘ter’, portanto, passa a representar o que o sujeito é perante a sociedade; já o ‘ser’ – a subjetividade individual – perde a importância e é anulada em prol do consumo, da vida mercadológica e do esquecimento da importância em reconhecer o outro.

Essas condições se tornam características individuais presentes nas relações intersubjetivas e não permitem o (re)conhecimento do outro. A alteridade ética é muito importante na sociedade do consumo, que cresce tecnologicamente, mas perde o sentido de comunidade e se torna egoísta, desconfiada e violenta com o outro indivíduo (WARAT, 2004).

Esse não-reconhecimento provoca uma degradação do indivíduo, uma vez que ao não ser autoreconhecido também não reconhece o outro como sujeito de direitos humanos. Tais condições são as que caracterizam a fragilidade das relações interpessoais humanas que se transformam em litígios a serem decididos pelo Poder Judiciário.

As relações sociais no estado de natureza levam como que a partir de si mesmas à realização intersubjetiva de um contrato social, então não seria apreendido com isso também aquele processo de experiência através do qual os sujeitos aprendem a se conceber como pessoas de direito. (HONNETH, p. 186, 2009).

Essa totalização do mesmo ao absolutamente outro provoca essa limitação do reconhecimento e subjuga o outro a uma posição de objeto em que o outro não se manifesta. Esse processo resulta em uma humanidade excludente em que a epifania do rosto é levada a uma compreensão de racionalidade e totalidade. A alteridade permite a revalorização do outro em razão da excessiva racionalização, que termina por invalidar os lugares da razão do outro, o ser precisa ser sinônimo de alteridade (WARAT, 2004). O desenvolvimento da alteridade de maneira interna enseja no (re)encontro com o outro, na compreensão da essência do outro que, apesar de sua diversidade, é meu semelhante e, tais condições, permitem a concretização de relações interpessoais satisfatórias.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, conclui-se que Lévinas e Warat proporcionam horizontes de possibilidades, não em uma visão de totalidade e racionalidade, mas sim a partir de uma ideia de infinitude transcendental. Verifica-se que a sociedade transmoderna, que tem por característica suas relações frágeis e líquidas, necessita de uma visão voltada para o infinito como forma de produção de alteridade.

Esse infinito produz a alteridade ao mesmo tempo em que reconhece e respeita o outro na sua individualidade. Esse retorno ao paradigma do outro traz a sensibilidade para o Direito e para as relações interpessoais necessárias diante da pluralidade do ser do mundo contemporânea e do multiculturalismo presentes na sociedade atual.

Essa visão possibilita uma ideia de exterioridade frente ao totalismo líquido que aprisiona os sujeitos em uma vida para o consumo e uma ética mercadológica. Portanto, o pensar o infinito na sociedade do século XXI, a partir de uma ética de alteridade, não é pensar no objeto, mas pensar enquanto ser.

Conforme esse pressuposto, a infinitude só se realiza na interação com o outro. Portanto, a partir da exterioridade do ser, é reconhecido sua subjetividade. Ou seja, a partir da lógica do outrem, não há uma totalização excludente. Consequentemente, não provoca uma totalidade, mas instiga uma infinitude.

Impreterivelmente, essa manifestação pelo direito da alteridade é primordial diante do esgotamento societário atual. Percebe-se pelo exposto, que o ser enquanto objeto ocasiona uma profunda patologia na sociedade. Logo, essa anomalia além de negar a alteridade a outrem, o totaliza em um objeto do consumo.

O pensamento 'egológico', consequentemente, leva a uma percepção moral negativa, em que a fragmentação dos laços, diante da inexistente compaixão, torna a questão da sobrevivência cansativa. A humanidade, nesse aspecto, carece da humanização do ser enquanto outrem. Portanto, a subjetividade é parte essencial no indivíduo. Logo, o universo-mercadoria não consegue cingir completamente esse indivíduo que é essencialmente um ser movido a diálogo, linguagem e alteridade.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. Tradução de: Roberto Raposo.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**. A busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. Tradução de Carlos Alberto Medeiros.

BAUMAN, Zygmunt. **A Sociedade Individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008a. Tradução de José Gradel.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008b. Tradução de Carlos Alberto Medeiros.

BAUMAN, Zygmunt. **Ensaio sobre o conceito de cultura**. Zahar, 2012.

BAUMANN, Zigmunt; DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. Tradução de: Plínio Dentzien.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. 2. ed. amp. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2009. Tradução de: Luiz Repa.

HONNETH, Axel. **O direito da liberdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

LARAIA, Roque Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. Zahar, 2001.

LEVINAS, Emmanuel. **Totalidade e infinito: ensaio sobre a exterioridade**. Lisboa: Edições 70, 1980.

MARTINEZ, Alejandro. **Fundamentos dos direitos humanos desde a filosofia da libertação**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2015.

MEDEIROS, Ana Letícia Barauna Duarte. Multiculturalismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de Filosofia do Direito**. 2. reimp. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

MICHAELIS. **Comunicação**. Dicionário Online. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/comunica%C3%A7%C3%A3o/>. Acesso em: 28 ago. 2018.

RORTY, Richard. **Uma ética laica: introdução de Gianni Vattimo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de: Mirella Travesin Martino.

RUEDELL, Aloísio. **Hermenêutica: da necessidade de interpretar para um modo de pensar**. Ijuí: Unijuí, 2016.

TOURRAINE, Alain. **Iguais e Diferentes. Poderemos viver juntos**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. Tradução de: Carlos Aboim de Brito

WARAT, Luis Alberto. **A Ciência Jurídica e Seus Dois Maridos**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WARAT, Luis Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação**. 2005. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/educacaodireitoshumanos.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ZIMERMAN, David E. **Os quatro vínculos: amor, ódio, conhecimento e reconhecimento na psicanálise e em nossas vidas.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA ORTOTANÁSIA EM PACIENTES TERMINAIS NO BRASIL

ODY, Maria¹
SARTORI, Giana²
VEIGA, Júlia³

RESUMO: No presente trabalho, o objetivo foi averiguar a constitucionalidade da aplicação da ortotanásia em paciente terminais no Brasil. O método utilizado foi o analítico, desenvolvendo texto expositivo a partir de raciocínio intuitivo, por meio de pesquisa bibliográfica. O artigo abordou, primeiramente, os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, dando maior destaque ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Em segundo plano, estabeleceu-se a conceituação e contextualização da ortotanásia e autonomia do paciente terminal, para aprofundar posteriormente a análise da constitucionalidade de tal procedimento. Em vista disso, nota-se a garantia à morte digna como direito fundamental protegido constitucionalmente e também pelas resoluções internas do Conselho Federal de Medicina no Brasil.

Palavras-chave: Ortotanásia. Constitucionalidade. Direitos fundamentais. Autonomia. Conselho Federal de Medicina.

1 INTRODUÇÃO

A problemática explorada no presente trabalho traz à tona questões acerca da ortotanásia no Brasil, procedimento regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina através de resoluções. A relevância do assunto se afirma ao passo que a morte é parte inevitável da vida e, como tal, também se faz necessário a observância da dignidade da pessoa humana e demais garantias durante tal processo. No presente artigo científico, a ortotanásia é analisada sob a perspectiva de paciente terminais, ou seja, aqueles portadores de doença sem possibilidades terapêuticas.

A respeito da metodologia utilizada, a fonte de pesquisa primordial fora a bibliográfica, desenvolvida através de obras nacionais e internacionais. Pesquisas em endereços eletrônicos complementaram a metodologia utilizada. O texto foi desenvolvido através do método analítico e raciocínio intuitivo, na forma expositiva.

O presente trabalho foi dividido em três tópicos principais. O primeiro trata-se de uma apresentação sucinta dos direitos fundamentais, ressaltando o direito à vida digna e o supra princípio da dignidade da pessoa humana, todos referidos na Constituição Federal.

No tópico seguinte, são traçadas conceituações básicas do procedimento da ortotanásia, analisando-o do ponto de vista jurídico. Além disso, foram trabalhadas conceituações acerca da autonomia do paciente terminal frente à escolha pelo processo natural de morte.

Por fim, no terceiro e último tópico, discorre-se sobre as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, direcionando o estudo para a constatação da constitucionalidade da ortotanásia no Brasil, visto que possibilita a garantia de direitos fundamentais garantidos por cláusula pétreia.

¹ Acadêmica em Direito, oitavo semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: mcristinaody03@gmail.com;

² Professora Doutora do Curso de Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: sgiana@uri.com.br;

³ Acadêmica em Direito, oitavo semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: julia_silva_veiga@hotmail.com.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: O DIREITO À VIDA E O SUPRAPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos fundamentais, alicerces da Constituição Federal brasileira, são símbolos de luta e ação social, são frutos da conquista e de intervenções humanas, estando em construção e aprimoramento constante. (ARENDRT, 2013)

Tais direitos são resultantes de um processo histórico, espelhados nos direitos humanos, no qual é possível ressaltar três grandes marcos: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 1948; a posterior Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993; e, na América Latina, a Convenção Americana de Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica, de 1978. Este último, buscou estruturar uma unidade no continente visando a justiça social e a liberdade, fundamentados nos direitos humanos essenciais. Destacam-se os dois primeiros artigos para exaltar seu conteúdo axiológico:

Artigo 1º. Obrigação de respeitar os direitos: os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 2º. Dever de adotar disposições de direito interno: se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades. (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Contemplados também pela norma constitucional, os direitos fundamentais são dotados de um grau mais elevado de garantia, de profundo caráter humanístico, e primam pela proteção do supra princípio da dignidade da pessoa humana. Conforme ilustrado pelo pensamento de Bobbio (2004), “As exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas, quanto mais rápida e profunda foi a transformação da sociedade”.

A tutela do bem jurídico “vida”, por sua vez, é indispensável para a existência dos demais direitos fundamentais, classificados doutrinariamente como direitos individuais ou liberdade públicas, denominação adotada pelas Constituições brasileiras anteriores. Tais direitos não são naturais do homem, mas sim garantias prestadas pelo Estado, sendo eles a razão de ser do pacto social, como é entendido pelos grandes pensadores do século XVII, Locke e Hobbes. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 51)

Embora não exista uma norma expressa que qualifique o Estado brasileiro como sendo um Estado Social e Democrático de Direito, a ligação íntima deste com os direitos fundamentais demonstra claramente o caráter e a proteção social como objetivos da República do Brasil. Exemplo disto é o supra princípio da dignidade da pessoa humana como norteador das demais garantias constitucionais.

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e de um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim guiado pelo valor da justiça material. (SARLET, 2004, p. 71-72)

O direito à vida é constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, através do art. 5º da Constituição Federal:

Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e os estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA, 1988)

Tal direito não se restringe a interpretação da proteção da vida como uma mera proteção para não ser morto; mas também é, à luz do supra princípio da dignidade da pessoa humana (posteriormente melhor desenvolvido no presente artigo), o direito de viver dignamente. Neste ponto que a análise do referido direito se faz fundamental para o objeto principal deste estudo: a ortotanásia.

A norma suprema do ordenamento jurídico nacional, a Constituição Federal brasileira, também faz menção à vida digna em seu art. 170, ao se referir à ordem econômica. É fato que tal dignidade não é limitada pelo poder aquisitivo do sujeito. Por exemplo, independentemente do seu patrimônio, um paciente em estado terminal que é submetido à tratamentos que não irão lhe proporcionar a cura, mas apenas intensificam seu sofrimento, não estaria vivendo com o mínimo de dignidade. Hipótese esta onde a ortotanásia deve ser uma opção para o paciente, limitando as interferências médicas às de caráter estritamente paliativo, proporcionaria a ele maior conforto e tranquilidade para o tempo de vida que lhe resta.

Neste cenário hipotético, o direito à vida digna (embora breve, em virtude da aproximação da morte natural e inevitável) está amparado constitucionalmente de forma isonômica, desligado de diferenças econômicas ou sociais. Importante ressaltar que ao efetuar a aplicação concreta dos direitos fundamentais poderá resultar no fenômeno da colisão de direito, devendo assim sobressair o princípio mais pertinente ao caso, o que envolverá um juízo subjetivo do “peso” de cada princípio envolvido na colisão. (FERREIRA FILHO, 2012, p. 127)

A dignidade da pessoa humana, por sua vez, encontra escopo jurídico no art. 1º da Constituição Federal, classificada como um fundamento da República. Conforme abordado por Tavares:

A Constituição de 1988 optou por não incluir a dignidade da pessoa humana entre os direitos fundamentais, inseridos no extenso rol do art. 5º. Como se sabe, a opção constitucional brasileira, quanto à dignidade da pessoa humana, foi por considerá-la, expressamente, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, consignando-a no inciso III do art. 1º. (TAVARES, 2014, p. 436)

Entretanto, nem sempre a dignidade esteve entre os objetivos e pilares estruturais dos Estados. Remetendo à história, Canotilho ressalta que outrora as ambições estatais eram caracterizadas por conquistas territoriais, principalmente na época das grandes navegações, de forma a refletir seu por conquistador. Atualmente, o foco reside no desenvolvimento de Estados de Direito Democráticos e Sociais, objetivando a harmonia e paz social, tanto entre os demais Estados como entre seus cidadãos. (CANOTILHO, 2003)

É indiscutível a importância e relevância do princípio da Dignidade da Pessoa Humana no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerada como um dos pilares estruturadores do Estado de Direito. A dignidade é objetivo da vida em sociedade, sendo, portando, tutelada pelo direito. Pode ser violada nas mais diversas maneiras, mas, associada ao direito à vida, representa a qualidade e condições mínimas ideias para o ser humano, sem que este beire à tortura.

[...] a dignidade humana pode ser ofendida de muitas maneiras. Tanto a qualidade de vida desumana quanto a prática de medidas como a tortura, sob todas as suas modalidades, podem impedir que o ser humano cumpra na terra a sua missão, conferindo-lhe um sentido. (Celso Bastos APUD no livro do TAVARES, 2014, p. 438).

Cecília Marreiro (2014), refere-se no que tange a morte digna como um direito fundamental. É de suma importância citar que, a etimologia de “dignidade” vem do termo latim *dignitas*, trazendo o nexo de que na antiguidade era ressaltado o contexto social em que a pessoa se encontrava e a maneira como a sociedade a reconhecia.

O termo "dignidade" tem sido objeto de estudo ao longo da história, não somente de notáveis juristas, mas também de renomados pensadores. O filósofo Tomás de Aquino, através da Suma Teológica que, na Idade média, reformulou os conceitos de dignidade, trazendo a ela um sentido mais humano, onde referia-se à dignidade como uma substância individual e de natureza racional, contendo duas características principais da pessoa: a racionalidade e o livre arbítrio.

Desse modo, a pessoa era livre em seu arbítrio para ter o domínio suficiente dos seus atos, possuindo dignidade como qualidade, além de conter natureza racional, agindo por si em razão de sua racionalidade. Aquino acreditava também que, como a pessoa era uma criação divina, fadada de racionalidade, todo ser que possuísse natureza racional e qualidade própria a dignidade, era dado a este o nome de pessoa. Com a própria força de sua dignidade, a pessoa é entendida por Aquino como detentora de sua liberdade. (MARREIRO, 2014, p. 73)

Kant (1986, p. 68), por sua vez, compreende a racionalidade de maneira diversa. Cita que o homem é livre para que desfrute a liberdade de legislar; todavia, obedece às leis que o mesmo propunha. Outrossim, entende que a pessoa, a qual é destituída de razão, é ser irracional, e as pessoas/seres racionais, inerentes ao reino dos fins, dispõem de um valor próprio: a dignidade.

Logo, os direitos fundamentais, com maior destaque ao direito à vida e a proteção da Dignidade da Pessoa Humana, são frutos de um processo de aprimoramentos legislativos e constitucionais, impulsionados pelo objetivo de promover mais garantias ao ser humano. Dessa forma, o estudo se direciona para a descrição da ortotanásia, suas peculiaridades e facetas éticas.

3 CONCEITUAÇÃO DE ORTOTANÁSIA E A AUTONOMIA DO PACIENTE TERMINAL

Santoro (2011, p. 132) alude a ortotanásia como a palavra que foi falada pela primeira vez no ano de 1950 pelo professor Jacques Roskam, o qual trabalhava na universidade de Liege, na Bélgica, durante um Congresso Internacional de Gerontologia. O geriatra referiu-se na ocasião, que, ao encurtar a vida de uma pessoa no contexto da eutanásia, e prolongar a persistência terapêutica, deveria se obter uma conduta médica que resultasse em benefício ao paciente, passando a dispor de uma morte correta, legal, e no tempo certo.

O termo ortotanásia deriva do grego *orthos* + *thánatos*, com significado de morte correta. *Ortho* diz respeito ao certo, *thánatos*, a morte. A ortotanásia é compreendida como o não prolongamento artificial do processo natural de morte de um paciente com doença terminal. São suspensos pelo médico os tratamentos e procedimentos realizados especificamente a pessoa, auxiliando, assim, no curso natural de sua morte. O sofrimento que o paciente portador da doença terminal sente resta cessado com a suspensão dos tratamentos que lhe prolongam a vida.

Nesse sentido, é importante ressaltar que a ortotanásia difere-se de eutanásia e distanásia neste quesito; a eutanásia antecipa a morte do paciente, já a distanásia prolonga, e a ortotanásia perfaz sem procedimentos que são considerados invasivos ao paciente, e que lhe gerassem sofrimento. (OLIVEIRA JUNIOR; OLIVEIRA, 2013, p. 256)

A morte natural é realizada conforme o anseio do paciente portador da doença terminal, e também de seus familiares, sendo realizada de maneira natural ao longo do percurso da doença. O assunto ainda é bastante discutido no ordenamento jurídico brasileiro; porém, em países como Estados Unidos, França, Itália, entre outros, a ortotanásia é legalmente aceita.

É nítido que, com a escolha da ortotanásia, são paridos sentimentos como: medo, angústia, aflição; tanto pelo paciente quanto pelos entes que o cercam. Por esse motivo, é oferecido um amparo psicológico com cuidados paliativos, os quais são conduzidos, principalmente, pela empatia. O amparo psicológico faz com que o paciente enfrente os medos que o rodeiam, fazendo com que sua

própria imagem causada pela doença seja restabelecida; construindo, assim, a experiência de sua morte. (MARREIRO, 2014)

Também deve ser oferecido um apoio espiritual, no qual o paciente pode expressar todos os sentimentos e pensamentos, tratando de assuntos importantes como, porque morrer, como morrer e ajudando a obter decisões palpáveis sobre sua morte digna e o seu processamento. É nesse apoio onde o paciente busca o real sentido de tudo que viveu até o momento de optar pela ortotanásia, descobrindo como humana e natural sua morte. (MARREIRO, 2014)

A incansável aspiração de tornar a morte em um fim natural e humano, também foi buscado pela religião, que, inclusive, em alguns momentos foram publicados pela Igreja Católica, como por exemplo, quando o Papa João Paulo II, no ano de 1995, publicou a Encíclica *Evangelium Vitae*:

[...] Há, sem dúvida, a obrigação moral de se tratar e procurar curar-se, mas essa obrigação há de medir-se segundo as situações concretas, isto é, impõe-se avaliar se os meios terapêuticos à disposição são objetivamente proporcionados às perspectivas de melhoramento. A renúncia a meios extraordinários ou desproporcionados não equivale ao suicídio ou a eutanásia; exprime, antes, a aceitação da condição humana defronte à morte. (ENCÍCLICA EVANGELIUM VITAE, 1995)

Uma vez estabelecido o conceito e as características da ortotanásia, faz-se necessário para o desenvolvimento do presente estudo a análise do princípio da autonomia, a ser aplicado na hipótese de pacientes terminais.

A expressão autonomia advém de palavras derivadas do grego: *autos* e *nomos*. *Autos* significa próprio, si mesmo, e *nomos* diz respeito à regra. Remetendo à origem histórica da palavra, sua finalidade era apenas de reger as cidades-estados; mas, com o passar dos tempos, a palavra autonomia seguiu outros rumos e passou a assumir termos como: direito de liberdade e escolha, por exemplo. Dessa forma, é enfatizado por Garcia (2007, p. 48 – 50) que o paciente possui o direito de decidir os quesitos referentes a sua própria vida. É entendido, basicamente, como a autodeterminação do indivíduo, o qual pode/deve agir livremente, de maneira definida por si mesmo

Já Kant (1986, p. 102) refere-se à autonomia relacionando o homem como ser capaz impor suas decisões, determinando suas escolhas e revestindo de liberdade. Somente através de sua liberdade é passível de exercer sua forma de legislar. Também cita a autonomia como sendo o fundamento da dignidade da pessoa, visto que o homem tem a liberdade de dar rumo a sua própria vida.

O pensamento de Dworkin (2003, p. 251) cita que cada indivíduo é responsável pela sua configuração de vida, a autodeterminação. Ao abordar o caso de pacientes com doença terminal, refere-se a maneira em como o paciente deseja designar a sua trajetória, se com ou sem a presença dos ditames médicos. Uma vez que, caso o médico impõe ou omite suas convicções ao paciente, induzindo-o a uma terapia com sofrimento, acabaria por anular a autonomia do paciente.

Exemplificando a importância da análise da autonomia do paciente, e visando garantir a observância de sua dignidade e seus direitos fundamentais, o Estado de São Paulo, com o advento da Lei nº 10.241/1999, foi pioneiro em promover o respeito da vontade do paciente terminal, tanto quanto a sua opção de tratamento como em seu processo de morrer.

O artigo 2º da referida legislação do Estado de São Paulo compreende normas que ilustram a importância de preservar a dignidade do paciente:

Artigo 2º da Lei nº 10.241/99: São direitos dos usuários dos serviços de saúde no Estado de São Paulo: I - ter um atendimento digno, atencioso e respeitoso; II - ser identificado e tratado pelo seu nome ou sobrenome (SÃO PAULO, 1999)

Dentre os vários incisos do artigo 2º da Lei nº 10.241/1999, o inciso VII contempla especificamente a autonomia do paciente durante o atendimento nos serviços de saúde: “consentir ou

recusar, de forma livre, voluntária e esclarecida, com adequada informação, procedimentos diagnósticos ou terapêuticos a serem nele realizados”. (SÃO PAULO, 1999)

Os dois últimos incisos do artigo 2º são de suma importância, visto que referem especificamente à possibilidade da ortotanásia e da morte digna: inciso XXIII “recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida; e” inciso XXIV “optar pelo local de morte”. (SÃO PAULO, 1999)

Destarte, para averiguar a constitucionalidade da ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro, transfigura-se imprescindível o exame das resoluções no 1.995/2012 e no 2.217/2018, ambas editadas pelo Conselho Federal de Medicina, o que será abordado no terceiro e último item deste artigo científico.

4 RESOLUÇÕES DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE FRENTE À CONSTITUCIONALIDADE DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL

Através de suas resoluções, o Conselho Federal de Medicina objetiva, principalmente, salvaguardar a relação entre médico e paciente. As resoluções referidas a seguir tratam especificadamente quanto à conduta ética do médico frente à possibilidade da ortotanásia pacientes terminais.

Conforme o entendimento de Oliveira Junior e Oliveira (2013, p. 257 - 260), com a Resolução no 1.805/2006, editada pelo Conselho Federal de Medicina, foi ofertado ao médico o dever de possibilitar ao paciente o fim dos tratamentos que prolonguem sua vida perante a doença terminal. Para ser efetivada esta deve conter, primordialmente, a declaração de vontade do doente, de seu representante legal ou familiares.

Posteriormente, com a Resolução 1.995/2012, foram regimentadas as diretivas antecipadas de vontade, que nada mais é do que o testamento vital, onde o paciente dotado de discernimento e capacidade civil pode dispor acerca de procedimento e tratamentos aos quais não deseja ser submetido, frente a uma doença terminal, sem possibilidade terapêuticas. Com isso, é alegado que o indivíduo tem sua vontade respeitada em não continuar com os tratamentos.

Conforme o que consta no site oficial do Conselho Federal de Medicina, no que tange as diretivas, versa que:

[...] permite ao paciente registrar, por exemplo, a vontade de, em caso de agravamento do quadro de saúde, não ser mantido vivo com a ajuda de aparelhos, nem submetido a procedimentos invasivos ou dolorosos. Nos países onde existe, o testamento vital tem respaldo legal e deve ser observado pelos profissionais de saúde; o documento recebe a assinatura de testemunhas e é elaborado enquanto o paciente ainda está consciente. O testamento também tem caráter de procuração: por meio dele, o interessado pode indicar uma pessoa de sua confiança para tomar decisões sobre os rumos do tratamento a que será submetido a partir do momento em que não tiver condições de fazer escolhas. (CFM, 2012)

O Novo Código de Ética Médica (resolução nº 2.217/2018) trouxe em seu texto novas regras acerca da assistência a ser prestada ao paciente que possui doença terminal. As normas versam basicamente sobre o modo ético de agir do médico, o qual deve priorizar a autonomia do paciente que se encontra na fase terminal da doença, conceder a assistência nos cuidados paliativos e também proporcionar que sua morte seja digna.

A conduta médica persiste em libertar o paciente que porta a doença terminal da dor da medicina maléfica e tecnicista que ainda existe. Para a aplicação da ortotanásia, é levado em conta o controle da dor que o paciente sente, com o uso de medicamentos eficientes que diminuam a sua dor e findam seu sofrimento, acarretando no curso natural de seu processo de morte.

Art. 41 parágrafo único: Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. (CFM, 2018)

Tendo em vista a atualidade e relevância da discussão da possibilidade da morte digna, bem como a análise já realizada sobre os direitos fundamentais exaltados na norma constitucional, é inevitável correlacioná-la com a dignidade da pessoa humana. Assim como em outros países, o Brasil adotou a dignidade como o maior fundamento positivado em sua Constituição. No art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, está expresso o sentido de dignidade para/com a Constituição Federal. Além de se estender por todo o sistema pátrio, o princípio da dignidade direciona seus efeitos no decurso do ordenamento jurídico.

Configurando-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade da pessoa humana desempenha papel essencial na revelação de novos direitos, assim como a morte digna. (MARREIRO, 2014, p. 145)

O dever de que seja prestada a morte digna ao paciente é cobrado tanto do Estado quanto do médico, não sendo uma ameaça ao direito à vida, mas sim o oposto. Ao respeitar a vontade consciente do paciente terminal ou de seu representante, está sendo salvaguardada a sua dignidade do paciente que possui doença sem possibilidades terapêuticas; tendo em vista que a morte nada mais é do que parte inevitável da vida.

Dessa forma, durante o decorrer natural do processo morte o paciente continua a ter não somente a sua dignidade garantida, mas também seus demais direitos como pessoa. Ao ter suas eventuais diretivas antecipadas de vontade atendidas e sendo assistido durante seus últimos momentos, o paciente terminal estará tendo o tratamento humanitário ao qual tem direito, o qual é garantido pelo Estado e pelas normas do Conselho Federal de Medicina. A morte digna está protegida pela Constituição Federal ao longo dos seus artigos e, assim, a pessoa que opta por morrer naturalmente está segura frente aos seus direitos, pois a ortotanásia é o único meio que garante o direito fundamental à morte digna.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que ao analisar a constitucionalidade da ortotanásia em pacientes terminais, o respeito de sua vontade originada da autonomia garante seu direito à morte digna. O tema abordado traz consigo inúmeros conflitos éticos, religiosos e emocionais; carecendo de maior reflexão da sociedade afim de ressaltar a importância da dignidade do paciente terminal.

A limitação de intervenções médicas em consonância com a vontade do doente está sim aparada constitucionalmente, tanto pelos direitos fundamentais quanto pelo supra princípio da dignidade da pessoa humana. Junto disso, é de suma importância as contribuições das resoluções médicas do Conselho Federal de Medicina para a ortotanásia no ordenamento jurídico brasileiro.

As diretivas antecipadas de vontade, por sua vez, são reflexo da evolução social frente à busca pela garantia da morte com dignidade. Existe proteção constitucional implícita com a previsão da não realização de tratamento degradante ou desumano. A lei civil não refere dispositivo específico que regulamenta as diretivas antecipadas de vontade, havendo necessidade de alteração e adequação da lei. Embora a proteção auferida pelos direitos fundamentais enseja a proteção à morte digna, tal garantia não limita o progresso que carece a legislação brasileira, a fim de acompanhar as transfigurações de conceitos sociais e da própria medicina.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Tomás. **Suma teológica**. Tradução de Vannuchi et al. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, v. 1-v. 2.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- BEAUCHAMP, Tom L.; CHILDRESS, James F. **Princípios de ética e biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.
- BITENCOURT, Eduardo Lopes de Almeida. **Eutanásia e ortotanásia à luz da Resolução no 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina – CFM – Brasileiro**, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/eutanasia-e-ortotanasia-a-luz-da-resolucao-n-1-995-2012-do-conselho-federal-de-medicina-cfm-brasileiro>. Acesso em: 21 jul. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 31a. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**. 53a. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CANOTILHO, José J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.805/1997**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm. Acesso em: 22 jul. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.931/2009**. Dispõe sobre o Novo Código de Ética Médica. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=20670:resolucao-cfm-no-19312009-&Itemid=122. Acesso em: 24 jul. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.995/2012**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf. Acesso em: 02 ago. 2019.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.217/ 2018**. Aprova o Código de Ética Médica. Brasília, 2018. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2217>. Acesso em: 8 ago. 2019.
- DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ENCICLÍCA **EVANGELIUM VITAE**. Vaticano, 1995. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html. Acesso em: 30 jul. 2019.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, José Roberto. **Bioética: Princípios Fundamentais e alternativos**. Revista de Estudos Universitários, Sorocaba, São Paulo, v. 33, n. 2, p. 45 – 59, dez. 2007. Disponível em: <http://periodicos.uniso.br/ojs/index.php/reu/article/view/1489/1456>.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

MARREIRO, Cecília. **O direito à morte digna: uma análise ética e legal da ortotanásia**. 1. ed. Curitiba: Appris, 2014.

MOREIRA, Alexandre. **A ortotanásia e a Resolução de CFM 1805/2006**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3373/A-ortotanasia-e-a-Resolucao-CFM-1805-2006>. Acesso em: 29 jul. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 13 jun. de 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; OLIVEIRA, Pedro Bellentani Quintino de. A eutanásia e a ortotanásia no novo Código Penal. **Revista Dos Tribunais**, v. 931. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTORO, Luciano de Freitas. **Morte Digna: o direito do paciente terminal**. Curitiba: Juruá, 2011.

SÃO PAULO. LEI Nº 10.241, DE 17 DE MARÇO DE 1999. **Dispõe sobre os direitos dos usuários dos serviços e das ações de saúde no Estado e dá outras providências**, São Paulo, SP, 1999. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2EE2614F3EE6196A3C78280148ED85EF.proposicoesWeb2?codteor=224907&filename=LegislacaoCitada+-PL+3686/2004. Acesso em: 24 ago. 2019

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

APLICABILIDADE DAS REGRAS SUCESSÓRIAS ANTE O RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

VENDRUSCOLO, Adriane²
ZANELLA, Laura³
SARTORI, Giana Lisa Zanardo⁴

RESUMO: Por intermédio de um método indutivo através de uma pesquisa bibliográfica, constata-se um fato incontroverso: na atualidade, é visível uma transformação nas famílias contemporâneas, haja vista que a relação entre pais e filhos não é mais baseada apenas nos laços biológicos, mas sim na afetividade. Diante destas transformações, surgiram novos conceitos atinentes ao parentesco, dentre eles, destaca-se a multiparentalidade. Com o reconhecimento do instituto pelo Supremo Tribunal Federal, surgiram novos direitos e novas questões a serem debatidas. Por este motivo, o objetivo deste trabalho foi analisar a aplicabilidade das regras sucessórias nas questões envolvendo multiparentalidade, pois não existem leis específicas que regulamentem o tema. Ressalta-se que é necessária a alteração do Código Civil para que sejam incluídas as questões de multiparentalidade, e até que estas normas não são editadas, resta aos julgadores interpretar os casos concretos de forma criteriosa e à luz da Tese 622 do Supremo Tribunal Federal e dos princípios constitucionais da Afetividade, da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Palavras-chave: Aplicabilidade. Multiparentalidade. Regras Sucessórias.

1 INTRODUÇÃO

Até alguns anos atrás, a família estava limitada às questões genéticas e biológicas, decorrentes, por exemplo, do casamento civil ou da união estável. Não obstante, atualmente, essa definição é considerada ultrapassada, pois a entidade familiar passou a ser considerada sob as mais variadas formas e padrões, tendo em vista a presença do chamado vínculo afetivo. Desse modo, é possível que exista somente uma relação afetiva ao invés de uma relação biológica, e, do mesmo modo, é possível a coexistência de ambos os vínculos.

A partir do início do século XXI, as relações limitadas à consanguinidade deram espaço à afetividade, que passou a figurar de forma central nos vínculos familiares. Surgiu então, a parentalidade socioafetiva, ou seja, a relação não é mais baseada em um vínculo biológico, mas no amor e no carinho estabelecidos pelas partes.

Com o advento da parentalidade socioafetiva, surgiu a possibilidade de reconhecimento da dupla parentalidade ou multiparentalidade, que é a situação em que uma pessoa tem vínculo de filiação com dois ou mais pais ou com duas ou mais mães, concomitantemente e que gera os mesmos efeitos jurídicos para ambos.

Em 2016, a Suprema Corte Brasileira, ao julgar a Repercussão Geral 622, entendeu que a existência da paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade do pai biológico, reconhecendo, então, a possibilidade jurídica da multiparentalidade e, conseqüentemente, sua adoção em todo o país.

¹ Área Temática/Linha de Pesquisa: Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições.

² Acadêmica em Direito na Universidade Regional Integrada, E-mail: adrianevendruscolo@gmail.com.

³ Acadêmica em Direito na Universidade Regional Integrada, E-mail: laura.zanella@outlook.com.

⁴ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, SC e em Giurisprudenza pela Università di Perugia, Itália, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo e Professora da Universidade Regional Integrada – Câmpus Erechim (Professora Orientadora) E-mail: sgiana@uricer.edu.br.

Feita essa análise prévia, tornar-se-á possível vislumbrar que mesmo com uma paternidade biológica existente é possível reconhecer uma paternidade socioafetiva concomitante, o que poderá gerar vários efeitos jurídicos, principalmente na questão sucessória, como a possibilidade de herdar de ambos os pais, socioafetivo e biológico. Nesse sentido, ressalta-se o objetivo do artigo, qual seja, analisar a aplicabilidade das regras sucessórias nas questões envolvendo a multiparentalidade, ante o reconhecimento desta pelo Supremo Tribunal Federal.

A metodologia utilizada será o método indutivo, partindo-se da construção do conceito da multiparentalidade, após passando-se a tratar de seu reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, para, por fim, analisar a aplicabilidade das regras sucessórias no instituto em comento. A pesquisa realizada foi bibliográfica e jurisprudencial.

2 A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DA MULTIPARENTALIDADE E SEU RECONHECIMENTO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O Direito de Família evoluiu muito após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, notadamente pela possibilidade de maior interpretação das causas pela aplicação dos princípios constitucionais. Dentre esses princípios, destaca-se o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o princípio da Afetividade, que têm grande importância na área do Direito de família, especialmente nas ações de filiação, já que possibilitou o entendimento de que os filhos não são somente os biológicos, mas também aqueles provenientes de uma relação de afeto.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e deve servir de base para os demais preceitos fundamentais. Está previsto no art. 1º, inciso III da Lei Maior:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

Também está previsto no preâmbulo e art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

[...]

Artigo 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. (ONU, 1948).

Ensina Magalhães Filho que:

O art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, [...] estabelece a exigência de que todos sejam tratados segundo uma regra isonômica decorrente do reconhecimento da igualdade entre os homens, naquelas qualidades que lhes constituem a essência ou natureza, ou seja, naquilo que os distingue dos demais seres, sendo esse elemento individualizador o que responde pela dignidade humana, pressuposto da dignidade da pessoa humana. (MAGALHÃES FILHO *apud* PÓVOAS, 2012, p. 19).

Assim, o referido princípio é um parâmetro pelo qual todas as regras do nosso sistema devem ser interpretadas.

Já o princípio jurídico da Afetividade trás o afeto como ponto principal e é, atualmente, considerado como um princípio constitucional implícito, já que construído através de uma interpretação sistemática da Constituição.

O termo afeto provém do latim *afficere, affectum*, no sentido de causar impressão, bem como do latim *affectus*, que significa tocar, comover o espírito, unir. Sobretudo, é intimamente ligado à ideia de afetividade, afeição, ligação. De forma mais simples, é a relação de carinho, respeito e cuidado existente entre pais e filhos, ou entre pessoas do mesmo sexo ou de sexos opostos. (MALUF; FREITAS, 2016).

Assim, com base nos princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade, bem como nos demais dispositivos constitucionais, como o art. 227 que traz a proteção integral da criança e do adolescente e o art. 227, § 6º que preza pela igualdade entre os filhos, juntamente com o art. 1.596 do Código Civil, surge a filiação socioafetiva, em que o principal fundamento é a existência de uma relação de afeto entre as partes.

Com a filiação socioafetiva surgiu um impasse: qual relação deveria prevalecer? A biológica ou a afetiva? O que impede o reconhecimento de ambos? Surgiu então a multiparentalidade, que é a possibilidade do reconhecimento do vínculo biológico e do socioafetivo concomitantemente. Essa coexistência de vínculos biológicos e socioafetivos é possível, na medida em que preserva os direitos fundamentais dos envolvidos, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade.

Conforme Calderón, a multiparentalidade é a situação existencial na qual uma pessoa possui vínculo de filiação com dois ou mais pais, ou duas ou mais mães, simultaneamente (CALDERÓN, 2017, p. 212). Nesse sentido, o autor traz um exemplo relevante para entender o instituto:

Uma pessoa possui um “pai socioafetivo” por longos anos, com essa figura paterna registrada no assento de nascimento e consolidada faticamente, e, entretanto, em um dado momento, descobre que o seu “pai biológico” é outro (com comprovação por exame de DNA, inclusive). Ou seja, o seu “pai socioafetivo” não é o seu ascendente genético, o que significa que esse filho terá um “pai socioafetivo” e outro “biológico”; duas figuras paternas com duas espécies distantes de vínculos. Isso leva à possibilidade de que esse filho pretenda ver reconhecida judicialmente essa paternidade biológica, mas sem abrir mão da paternidade socioafetiva que já possui, mantendo as duas paternidades concomitantemente, lado a lado. Caracterizada, assim, uma situação de multiparentalidade. (CALDERÓN, 2017, p. 212).

Gonçalves (2019, p. 306) possui entendimento semelhante. Entende que a multiparentalidade “consiste no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva”. Já Carvalho ensina que:

A multiparentalidade ou multiplicidade de vínculos parentais, fenômeno recente, mas já acolhido no ordenamento jurídico brasileiro, permite o reconhecimento simultâneo da filiação biológica e socioafetiva, possibilitando a filiação múltipla com dois pais e duas mães, um pai e duas mães ou uma mãe e dois pais, estendendo aos demais parentes, produzindo todos os efeitos jurídicos do parentesco. (CARVALHO, 2018, p. 208).

Póvoas afirma que é possível que tanto o filho, quanto o genitor(a) biológico(a) e o afetivo(a) podem invocar os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Afetividade para ver garantida a manutenção ou o estabelecimento dos vínculos parentais. Além disso, aduz ser plenamente possível a coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, já que não é somente um direito, mas uma obrigação constitucional na medida em que preserva os direitos fundamentais dos envolvidos (PÓVOAS, 2012).

Contribuindo nesse sentido, o julgado a seguir exhibe o seguinte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA CUMULADA COM ALTERAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PLEITO DE

RECONHECIMENTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, DA MULTIPARENTALIDADE. CABIMENTO. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL, NOS TERMOS DO REQUERIDO. Embora a existência de entendimento no sentido da possibilidade de conversão do parentesco por afinidade em parentesco socioafetivo somente quando, em virtude de abandono de pai ou mãe biológicos e registrais, ficar **caracteriza a posse de estado da filiação** consolidada no tempo, a vivência dos vínculos familiares nessa seara pode construir a socioafetividade apta a converter a relação de afinidade em paternidade propriamente dita. Sob essa ótica, a filiação socioafetiva, que encontra alicerce no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, realiza a própria dignidade da pessoa humana, constitucionalmente prevista, porquanto possibilita que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social vivenciada, enaltecendo a verdade real dos fatos. **Multiparentalidade que consiste no reconhecimento simultâneo, para uma mesma pessoa, de mais de um pai ou mais de uma mãe, estando fundada no conceito pluralista da família contemporânea.** Caso dos autos em que a prova documental acostada aos autos e o termo de audiência de ratificação evidenciam que **ambas as partes, maiores e capazes, desejam o reconhecimento da filiação socioafetiva e da multiparentalidade**, o que, ao que tudo indica, não traria qualquer prejuízo a elas e a terceiros. Genitor biológico da apelante que está de acordo com o pleito, sendo que o simples ajuizamento de ação de alimentos contra ele em 2008, com a respectiva condenação, não descaracteriza, por si só, a existência de parentalidade socioafetiva entre os apelantes. Apelação provida. (Apelação Cível, Nº 70077198737, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 22-11-2018). (RIO GRANDE DO SUL, 2018, grifo nosso).

Conforme Carvalho (2017, p. 210), a tese da multiparentalidade é acolhida tanto na doutrina quanto na jurisprudência, “reconhecendo a possibilidade da coexistência da filiação socioafetiva e biológica, ao mesmo tempo ou sucessiva, e a transcrição no registro civil”. Nesse sentido o STF, ao julgar a Repercussão Geral 622, reconheceu a possibilidade jurídica da multiparentalidade, sob a tese: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”¹.

O caso concreto que originou a decisão da Suprema Corte envolvia uma filha que descobriu através de sua mãe que seu então pai (socioafetivo e registral consolidado), o qual conviveu por mais de 18 anos, não era seu pai biológico. Diante da descoberta, a menina entrou em juízo para pleitear o reconhecimento da paternidade perante o pai biológico, com todos os efeitos decorrentes dessa filiação, como registro, alimentos, herança etc. Em sua defesa, o pai biológico aduziu que a filha possuía outra figura paterna há muitos anos e, portanto, seria impossível declarar uma segunda paternidade. (CALDERÓN, 2017).

Posteriormente, através das provas acostadas aos autos, restaram comprovadas as paternidades biológica e socioafetiva. Em análise, pelo voto do então Ministro Relator Luiz Fux, em sede de Recurso Extraordinário, ficou decidido pela manutenção de ambas as paternidades com todos os efeitos jurídicos correlatos, reconhecendo a multiparentalidade. Assim, a paternidade biológica deve ser registrada e produzirá todos os efeitos jurídicos atinentes à filiação, todavia, sem excluir a paternidade socioafetiva. (CALDERÓN, 2017).

Essa Repercussão Geral trouxe vários efeitos jurídicos, dentre eles está a discussão de como serão aplicadas as regras sucessórias nos casos de multiparentalidade. A ocorrência desta gera efeito direto na sucessão dos ascendentes, descendentes e colaterais, o que gera dúvidas a respeito da legitimidade e da proporcionalidade na divisão da quota hereditária, pois não há leis específicas acerca do assunto. Como fica, então, a sucessão de um indivíduo que possui filiação múltipla com dois pais e duas mães, ou um pai e duas mães, ou uma mãe e dois pais? E quanto aos demais parentes?

3 DA SUCESSÃO

¹STF, RE 898.060/SC. Rel. Min. Luiz Fux. j. 21.9.2016.

No Brasil, o direito a sucessão encontra-se previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, incisos XXVII e XXX, garantindo o direito de herança às pessoas sobreviventes sucessoras do falecido, herdando seus direitos e obrigações. Já o Código Civil de 2002 traz o conjunto de regras que regem a transmissão dos bens e direitos (patrimônio) de alguém, depois de seu falecimento, ao(s) seu(s) herdeiro(s) em virtude de lei ou testamento.

Segundo Neto (2018, p. 1.983), a herança pode ser definida como “o conjunto de bens e pertences a uma pessoa e transmissível com a morte (...) é uma universalidade de direito que se transmite aos herdeiros como uma massa patrimonial”. Impende ressaltar que, conforme o Código Civil em seus arts. 1.786 e 1.787, a sucessão divide-se em duas formas: a sucessão testamentária, onde os herdeiros estão determinados pela última vontade do falecido, porém, seguindo todas as imposições legais; e a sucessão legítima, onde os herdeiros já são estabelecidos por lei e, nesse caso, não pode haver o testamento.

Já o art. 1.829 do Código Civil traz a relação dos que estão elencados na sucessão legítima. Preconiza o referido artigo:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais (BRASIL, 2002).

Nota-se que o legislador nada registrou sobre como ficaria a ordem sucessória nos casos da multiparentalidade. Por óbvio, como é um instituto recente, não há regulamentação em lei, e quando da formação do Código Civil de 2002, o legislador não havia como imaginar a possibilidade de uma pessoa ser herdeira de múltiplos pais. Entretanto, é uma realidade enfrentada pelos tribunais nacionais e que deve ser questionada, até mesmo pela importante proporção no Direito de Família.

Este assunto tem gerado constantes debates, ainda mais por não estar pacificado em relação à legitimidade (quem poderá receber) e proporcionalidade (quanto cada herdeiro poderá receber), gerando efeitos tanto aos ascendentes quanto aos descendentes chegando até nos colaterais. Buscam-se respostas para essas incógnitas também nos julgados dos tribunais, já que a legislação queda-se silente.

Após o Supremo Tribunal Federal reconhecer a inconstitucionalidade do art. 1.790, do CC, onde estabelecia regras diferentes de sucessão para as pessoas que viviam em união estável, o art. 1.829, do CC, voltou a ser o único artigo prevendo a ordem de vocação hereditária no ordenamento jurídico brasileiro. Diante dessas observações, mostra-se útil o estudo da sucessão dos ascendentes, descendentes e colaterais. (BARROS, 2018, p.112).

3.1 Da Sucessão dos Descendentes

Nos casos de sucessão dos descendentes, aonde há a o estabelecimento da multiparentalidade, em regra, não modifica o que está especificado no Código Civil, pois não altera a ordem de sucessão legítima, já que atualmente, os filhos socioafetivos são considerados como legítimos e, dessa forma, concorrendo à herança com os demais de forma igualitária. Além disso, o filho é herdeiro de todos os seus pais, tanto os pais biológicos, quando os socioafetivos, levando-se em consideração o melhor interesse do menor e o enunciado 632 aprovado na VIII Jornada de Direito Civil do STJ/CF favorecendo esta posição: “Art. 1.596: Nos casos de reconhecimento de multiparentalidade paterna ou materna, o filho terá direito à participação na herança de todos os ascendentes reconhecidos”.

Sendo assim, todos os demais artigos que estabelecem a forma de sucessão deverão ser seguidos. Como por exemplo, o art. 1833, do CC, dispendo sobre os que possuem grau mais próximo excluem os mais remotos; o art. 1.834, onde os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos

à sucessão de seus ascendentes, e assim com todos os demais, devendo ser aplicados como dispõe a lei.

3.2 Da Sucessão dos Ascendentes

Como visto anteriormente, quando não houver descendentes concorrendo na herança, o art. 1.836 elenca a sucessão aos ascendentes em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Conforme Barros:

[...] não havendo descendentes, deverão ser chamados a sucessão, os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Entre os ascendentes, aquele de grau mais próximo, exclui o mais remoto, sem distinção de linhas. E se houver igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna. E conforme o art. 1.837 do mesmo diploma (Código Civil), se o cônjuge concorrer com ascendentes em primeiro grau terá direito a um terço da herança; caber-lhe-á a metade desta se houver um só ascendente, ou se maior for aquele grau. (BARROS, 2018, p. 114-115).

O artigo 1.836 em seu parágrafo segundo, é claro em afirmar que a sucessão de ascendentes se dará por linha sendo apenas duas, quais sejam, a materna e a paterna, cabendo a cada uma destas a metade da herança. E é neste momento que surgem alguns transtornos na esfera da multiparentalidade.

É claro que, quando da criação dessas leis, não era pensado que haveria o dia onde uma pessoa possuísse mais de um pai ou mais de uma mãe, ou até mesmo mais de quatro avós (BARROS, 2018, p. 115). Porém, como atualmente é reconhecida a multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal, é necessário saber como a herança poderá ser dividida por esses ascendentes.

Supondo que há uma família onde faleceu uma pessoa, e que esta deixou apenas ascendentes, ou seja, sem cônjuge/companheiro e nem filhos vivos. Neste caso, a herança será dividida pelos pais, quantos fossem (tanto os biológicos como os afetivos). O caso fica um pouco mais complicado quando o *de cuius* deixa além dos ascendentes, companheiro ou cônjuge, pois o Código Civil impõe regras bem longe dessa realidade (BARROS, 2018, p. 115).

O art. 1.837, do CC, dispõe que “concorrendo com ascendente em primeiro grau, ao cônjuge tocará um terço da herança”. Dispõe também que, quando o cônjuge concorrer com apenas um ascendente de primeiro grau (pai ou mãe) ou ascendentes de segundo grau ou mais (avós/bisavós), caber-lhe-á a metade da herança. Mas como aplicar essas normas quando se tratar de família multiparental? (BARROS, 2018, p.16).

Pode-se perceber que o legislador atribuiu maior vantagem ao cônjuge ou companheiro do falecido e, para manter a condição daquele artigo, entende-se que deve ser mantida a mesma proporção que traz o artigo, quando caracterizada a multiparentalidade. Assim sendo, se o falecido deixou além do cônjuge ou companheiro, pais biológicos e afetivos, aquele terá direito a um terço da herança, enquanto os outros dois terços deverão ser divididos pela totalidade de pais.

Podem existir dúvidas quanto ao sexo dos pais, pois o Código Civil de 2002 assegura à linha materna metade e à linha paterna a outra metade da herança. Mas, se na multiparentalidade a família for composta por uma mãe e dois pais, como deverá ocorrer a divisão? É a indagação que Gominho e Cordeiro fazem, como demonstrado a seguir:

As possíveis soluções interpretativas seriam: a) de acordo com o Código Civil, a divisão da herança se dará em metade para a linha materna (mãe), repartindo-se a outra metade entre os ascendentes da linha paterna (pai biológico e pai socioafetivo), o que não implicaria no afastamento do quinhão legalmente garantido à mãe do falecido e, ficando cada um dos pais com um quarto da herança; ou b) o reconhecimento da multiparentalidade e, se valendo de interpretação contrária à letra da lei (contra legem), a divisão igualitária da herança entre os

três ascendentes de mesmo grau, herdando cada um deles um terço do monte. (GOMINHO; CORDEIRO, 2018, n.p.).

Analisando bem as alternativas, o que parece ser mais justo, seria ir contrariamente ao parágrafo segundo do artigo 1.836 do Código Civil e aplicar a divisão igualmente a todos os pais envolvidos. É o entendimento que Barros adota:

Pertinente destacar que para aplicação do entendimento não importa o sexo dos pais, a divisão será proporcional à quantidade deles: três, quatro ou mais, estabelecendo-se, para cada um deles uma linha sucessória própria. Assim, se uma pessoa falecer (F) deixando uma mão (M), dois pais (P1 e P2) e um cônjuge ou companheiro (C): um terço caberá ao cônjuge ou companheiro (C) e os dois terços restantes serão divididos entre os pais (P1 e P2) em três partes iguais. (BARROS, 2018, p. 116).

Quando a multiparentalidade estiver presente no segundo grau ou mais dos ascendentes, ou seja, quando houver mais de quatro avós e assim por diante, e não houver pais, a regra a ser aplicada é da segunda parte do art. 1.837 do Código Civil. Dessa forma, metade da herança é atribuída ao cônjuge ou companheiro e a outra metade é desmembrada entre os ascendentes. (BARROS, 2018, p. 116).

3.3 Da Sucessão dos Colaterais

Quando não houver ascendentes, descendentes ou cônjuge/companheiro para a sucessão, o art. 1.839 do Código Civil chama a sucessão, os colaterais até quarto grau. Porém, há uma regra importante a ser observada, na qual diz que os mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação concedido aos filhos de irmãos, conforme dispõe o art. 1.840 do CC. (BARROS, 2018, p. 117).

O que poderia gerar empecilhos é o que está disposto a partir do art. 1.841 do CC, causando dúvidas no patamar da multiparentalidade. Este artigo dispõe a forma de como ocorrerá a sucessão em caso de haver irmãos unilaterais e bilaterais, legislando da seguinte forma: “concorrendo à herança do falecido irmãos bilaterais com irmãos unilaterais, cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”. Já o artigo 1.842 dispõe que: “não concorrendo à herança irmão bilateral, herdarão, em partes iguais, os unilaterais”. (BARROS, 2018, p. 117).

Atualmente, com a incidência da multiparentalidade, pode vir a acontecer de haver irmãos e sobrinhos trilaterais, quadrilaterais, restando a legislação novamente inerte.

Algumas hipóteses podem ser apontadas como forma de solução desse novo conflito enfrentado pelo Direito de Família. Uma delas seria de equiparar os plurilaterais e os bilaterais, já que não há forma diversa expressa. Dessa forma, os irmãos unilaterais herdariam a metade do que os plurilaterais ou bilaterais herdariam, seguindo a ideia do art. 1.841 do Código Civil. (BARROS, 2018, p.117).

Nesse sentido, explica Gonçalves:

Se concorrerem à herança irmãos bilaterais ou germanos, isto é, filhos do mesmo pai e da mesma mãe, com irmãos unilaterais, ou seja, irmãos por parte apenas do pai (consanguíneos) ou apenas da mãe (uterinos), “cada um destes herdará metade do que cada um daqueles herdar”, segundo dispõe o art. 1.841 do Código Civil. Assim, se o falecido deixou quatro irmãos, sendo dois unilaterais e dois bilaterais, e um patrimônio estimado em R\$ 300.000,00, os dois últimos receberão, cada qual, R\$ 100.000,00, cabendo R\$ 50.000,00 a cada um dos unilaterais. (GONÇALVES, 2018, p. 201-202).

Outra hipótese seria de não aplicar o que está disposto nos §§ 2º e 3º do art. 1.843 do Código Civil e, dessa forma, a quota parte dos irmãos e dos sobrinhos passaria a ser iguais, não importando

se fossem unilaterais, bilaterais ou plurilaterais, devendo ser idêntica entre eles, divergindo, assim, totalmente do disposto no Código Civil. (BARROS, 2018, p.117).

E uma última hipótese, poderia se falar em atribuir uma escalação entre os colaterais de acordo com os pais que tiverem em comum e, dessa maneira, preservar o sentido da norma original. Sendo assim, se houvesse irmãos ou sobrinhos trilaterais, bilaterais e unilaterais em uma mesma sucessão, os trilaterais receberiam a sua quota cheia, os bilaterais receberiam a quota referente a 2/3 e, por fim, os unilaterais receberiam a quota parte equivalente a 1/3 alusivo aos trilaterais. (BARROS, 2018, p.117).

4 CONCLUSÃO

A CF/88 em seu art. art. 227, § 6º e o art. 1.596 do Código Civil, consagram a igualdade entre todos os filhos, isto é, sem discriminações entre filhos biológicos e socioafetivos. Dessa forma, juntamente com os princípios da Afetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, a parentalidade socioafetiva foi consolidada como suficiente vínculo parental possibilitando, assim, o reconhecimento da multiparentalidade, isto é, a possibilidade de filiação múltipla entre pais e mães biológicos e socioafetivos.

Conforme foi apontado, em 2016, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário 898.060, com a análise da Repercussão Geral 622, fixando a seguinte tese: “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Com o reconhecimento da multiparentalidade, surgiram inúmeras discussões, notadamente quanto ao aspecto sucessório, pois não existem leis específicas sobre o assunto, o que gera dúvidas quanto a possibilidade de aplicação das regras do Código Civil. Dessa forma, como consequência dos fatos, elementos e fatores elencados e fracionados nesse artigo, buscou-se ilustrar como são aplicadas as regras sucessórias nas questões envolvendo multiparentalidade.

O artigo 1.829 do Código Civil traz a ordem de sucessão, qual seja primeiro aos descendentes, depois aos ascendentes e, por fim, os colaterais. Nos casos de multiparentalidade em que houver a sucessão pelos descendentes, como os filhos socioafetivos são considerados como legítimos, concorrem à herança com os demais de forma igualitária, além disso, são herdeiros de todos os seus pais, tanto dos biológicos, quanto dos afetivos.

Na sucessão dos ascendentes, estes concorrem com o cônjuge/companheiro sobrevivente. Entende-se que, havendo somente ascendentes, isto é, sem cônjuge/companheiro e descendentes, a herança será dividida pelos pais, quantos fossem (tanto os biológicos como os afetivos). No entanto, se o falecido deixou além do cônjuge ou companheiro, pais biológicos e afetivos, aquele terá direito a um terço da herança, enquanto os outros dois terços deverão ser divididos pela totalidade de pais.

Por fim, quando não houver nem descendentes, nem ascendentes, cônjuges ou companheiros, os colaterais até o quarto grau são chamados à sucessão. Ocorre que, com a multiparentalidade, pode haver irmãos e sobrinhos trilaterais, quadrilaterais etc., por isso, entendemos que devem ser aplicados os arts.1.841 e 1.842 equiparando, assim, os plurilaterais e os bilaterais, já que não há forma diversa expressa. Sendo assim, os irmãos unilaterais herdariam a metade do que os plurilaterais ou bilaterais herdariam.

Pode-se concluir que, é necessária a alteração do Código Civil para que sejam incluídas as questões de multiparentalidade, já que não existem normas específicas sobre o assunto. As demandas são julgadas conforme um estudo do caso concreto aplicando-se as normas já existentes, no entanto, é necessário que as leis sejam adequadas com a realidade atual, pois a aplicação técnica destas pode causar injustiças às partes que enfrentam tal realidade. Até que as normas não são editadas, resta aos julgadores interpretarem os casos concretos de forma criteriosa e à luz da Tese 622 do Supremo

Tribunal Federal e dos princípios constitucionais da Afetividade, da Dignidade da Pessoa Humana e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

REFERÊNCIAS

ABREU, K. A. S de. **Multiparentalidade: Conceito e Consequências Jurídicas de seu Reconhecimento**. Disponível em: <https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>. Acesso em: 27 jul. 2019.

ALVES ARAUJO, F. **Espécies de Sucessão: Testamentaria e Legítima**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63802/especies-de-sucessao>. Acesso em: 23 jul. 2019.

BARROS, A. B. C de. **Multiparentalidade e Sucessão: Aplicabilidade das Regras Sucessórias do Código Civil em Face do Reconhecimento da Multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Revista Nacional de Direito de Família e Sucessões**. p. 106-119, v. 998, ano 107. Cidade: Revista dos Tribunais, 2018.

BRASIL. VIII Jornada de Direito Civil, 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-jornadas-cjf-2018_1_capituloIDireitoCivil.pdf. Acesso em: 08 ago. 2019.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Brasília – DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 jul. 2019.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da afetividade no direito de família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (Biblioteca Virtual da URI).

CARVALHO, Dimas C de. **Multiparentalidade - Equiparação ou Prevalência da Filiação Socioafetiva com Relação à Biológica. Famílias e Sucessões: Polêmicas, Tendências e Inovações**. p. 201-224. Belo Horizonte: IBDFAM, 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito civil brasileiro: Direito de Família**. 16. ed. São Paulo, Saraiva, 2019 (Biblioteca Virtual da URI).

GONÇALVES, Carlos R. **Direito das Sucessões**. 12. ed. São Paulo, Saraiva, 2018 (Biblioteca Virtual da URI).

GOMINHO, L. B. F; CORDEIRO, A. L. N. N. **O acolhimento da multiparentalidade pelo Supremo Tribunal Federal e os reflexos nos direitos sucessórios dos ascendentes**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68624/o-acolhimento-da-multiparentalidade-pelo-supremo-tribunal-federal-e-os-reflexos-nos-direitos-sucessorios-dos-ascendentes>. Acesso em: 26 jul. 2019.

MALUF, Carlos A. D; FREITAS; Adriana C. R do. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016 (Biblioteca Virtual da URI).

MENDES, M. S. S; QUEIROZ, Y. A. S. A tripla filiação e o Direito Civil: **Alimentos, Guarda e Sucessão**. Disponível em: <https://yuryqueiroz22.jusbrasil.com.br/artigos/184541005/a-tripla-filiacao-e-o-direito-civil-alimentos-guarda-e-sucessao>. Acesso em: 23 jul. 2019.

NETO, S. A; JESUS, M de; MELO M. I de. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

POIANI, M. B. **Multiparentalidade e seu Reflexo no Direito Sucessório**. Disponível em: <https://marciapoiani.jusbrasil.com.br/artigos/555808634/multiparentalidade-e-seu-reflexo-no-direito-sucessorio?ref=serp>. Acesso em: 02 ago. 2019.

PÓVOAS, M. C. **Multiparentalidade: A Possibilidade de Múltipla Filiação Registral e seus Efeitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). **APELAÇÃO CÍVEL: AC 70077198737**. Relator: José Antônio Daltoe Cezar. DJ: 22/11/2018. TJRS, 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia>. Acesso em: 08 ago. 2019.

CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO: OS REFLEXOS DO CADASTRO AMBIENTAL RURAL ¹

POPIOLSKI, Aline Secco²
PERTUZZATTI, Carine³
VESOLOSKI, Simone Paula⁴
DETONI, Vera Maria Calegari⁵

RESUMO: O presente artigo objetivou destacar a importância acerca das mudanças no contexto ambiental que se dá por meio das alterações contidas no Código Florestal e, por conseguinte seus reflexos, dando ênfase nas obrigações que o Código Florestal exige dos proprietários e posseiros de imóveis rurais. O método utilizado foi o indutivo, analítico-descritivo, com técnica de pesquisa bibliográfica. A respeito do Código Florestal destacou-se as mudanças e as implicações no cenário brasileiro, estudou-se as exigências de adequação diante da Área de Preservação Permanente e Reserva Legal e a determinação dessas áreas mínimas para preservação sob a ótica do Código Florestal. Percebeu-se morosidade do Código Florestal em face ao Cadastro Ambiental Rural. Insta ressaltar que se verificou na legislação ambiental falha na efetividade, lapso, ambiguidade e posturas retardatárias, sendo ela merecedora de proteção, preservação, preocupação e principalmente efetividade.

Palavras-chave: Área de Preservação Permanente. Cadastro Ambiental Rural. Código Florestal. Reserva Legal.

1 INTRODUÇÃO

As atualizações do Código Florestal em 2012 geraram uma série de discussões em variados assuntos. Assim, a principal questão está em entender os significados e reflexos que a natureza e o meio ambiente têm para o ser humano, sendo, o meio ambiente considerado um patrimônio público a ser assegurado e protegido de acordo com a norma constitucional e várias outras esparsas, visando sempre o uso coletivo. Ainda, o meio ambiente abrange bens naturais e culturais, e é imprescindível que toda a interação desses elementos que contribuem para a existência, manutenção, aprimoramento da vida seja sadia e equilibrada, propiciando o desenvolvimento sustentável da vida humana, animal e vegetal.

Até pouquíssimo tempo atrás o cuidado com a natureza não fazia parte nem da cultura e nem do próprio instinto do ser humano, porque o maior desafio do homem sempre foi conquistar a natureza, explorar em demasia os recursos naturais, em benefício próprio, quanto mais desmatasse, maior seria a proporção de expansão agrícola para uso de equipamento mecanizado e a própria expansão agrícola.

Contudo, cabe salientar o crescimento demográfico em conjunto com a ocupação desordenada aceleram o processo de degradação e transformação do meio ambiente. A partir de então, começou-se a ter uma nova visão quanto a estes impactos sobre o meio ambiente. Desse modo, frisa-se que o Código Florestal se manteve intacto e sem alterações, mas há poucos anos atrás, polêmicas rondavam as questões da lei, tendo a necessidade de reajustes e alterações da lei que resguarda o meio ambiente,

¹ Área Temática/Linha de Pesquisa: Estado, Sociedade, Indivíduos e Instituições

² Acadêmica do 8º Semestre, Curso de Direito - URI Câmpus de Erechim. E-mail: aline.popiolski@yahoo.com.br

³ Acadêmica do 8º Semestre, Curso de Direito - URI Câmpus de Erechim. E-mail: carinepertuzzatti@outlook.com

⁴ Acadêmica do 8º Semestre, Curso de Direito - URI Câmpus de Erechim. E-mail: simonels17@hotmail.com

⁵ Mestre em Direito, Docente orientadora. Professora da URI Câmpus de Erechim. E-mail: vera@uricer.edu.br

sendo imprescindível revisões sobre o conjunto de regramentos que visam a proteção e preservação ambiental.

Destarte, pretende-se trazer fundamentos e analisar a importância das alterações e as implicações contidas no Código Florestal. Vale explicitar que todo o código é uma compilação de leis, que estabelecem entre si um nível de contemplações que facilitam e tornam compreensíveis a sua aplicação. Leis, exemplificando de modo especial, as que tratam de assuntos relacionados ao Código Florestal, são de difícil percepção. Por isso se deve ter um conhecimento do que trata a lei em questão, para a partir de então, fazer valer a lei após conhecê-la.

Ainda busca-se evidenciar e analisar os reflexos e as exigências nas principais mudanças que o Código Florestal traz, perscrutando-se na adequação que os proprietários e possuidores de imóveis rurais terão que regularizar e se adequar diante do mínimo exigível de área de Reserva Legal e de Preservação Permanente. Buscando ainda, analisar e retratar os reflexos do Código Florestal em face ao Programa de Regularização Ambiental, evidenciando e explicitando o Cadastro Ambiental Rural como uma inovação dentro do Código Florestal.

Todo o tema que envolve leis ambientais, em especial o Código Florestal é de relevante importância e merece aprofundamento. Diante disso, justifica-se que a pesquisa deste trabalho propõe conhecer e analisar a legislação em vigor, elencando as alterações e reflexos para a sociedade e demonstrando como cada um pode colaborar para efetivar a lei e auxiliar com a preservação do planeta como um todo.

Desse modo, o conteúdo que tange a pesquisa foi realizado em livros, legislações e sites relacionados ao tema, utilizando o método analítico-descritivo. Este artigo busca salientar as mudanças que o Código Florestal repercute diante da sociedade no geral, mas especificamente se detém nos principais atores protagonistas de mudanças às quais o Código Florestal se retrata e refere-se, pois cada vez mais são nítidas e claras as evidências de que o quadro atual exige a necessidade de preservar produzindo e produzir preservando. Mesmo nosso país rico em biodiversidade, acaba se tornando frágil em relação às ações antrópicas e o uso desenfreado de recursos naturais.

A sociedade de hoje já luta, se sensibiliza e propõe mudanças de atitudes saudáveis e sustentáveis, e o surgimento dessa consciência vem crescendo, onde muitas pessoas já mudaram seu modo de agir e pensar, mudando a antiga visão antropocêntrica de que o homem é o único ser que está no centro da terra, sendo que tudo gira ao seu redor. Nessa senda, é importante retratar uma breve explanação histórica do Código Florestal sobrevivendo até as implicações atuais, sendo possível vislumbrar essa questão na primeira seção, o qual segue.

2 O CÓDIGO FLORESTAL E AS PRINCIPAIS IMPLICAÇÕES NO CENÁRIO BRASILEIRO

O primeiro Código Florestal Brasileiro foi instituído pelo Decreto nº 23.793/1934, posteriormente revogado pela Lei nº 4.771/65, onde estabeleceu o Código Florestal. Após anos de existência, o Código Florestal necessitou ser alterado e adequado com as mudanças que ocorreram nesse período. (BRASIL, 1965).

Instituído e reformulado o Código Florestal, com a Lei Federal nº 12.651 de 25 de maio de 2012, foi possível verificar várias alterações em volta de alguns temas como Reserva Legal (RL) e Áreas de Preservação Permanente (APP), entre outros temas, essas alterações decorreram de uma grande discussão que repercutiu nessa revisão global. (BRASIL, 2012a).

O presidente da República, na época, fez 32 alterações e vetou 12 dispositivos do texto aprovado pelo Congresso Nacional, publicando por sua vez uma Medida Provisória nº 571/2012, a fim de promover variadas alterações e inserções diante do Código Florestal. Posteriormente esta mesma Medida Provisória, já modificada foi convertida pela Lei nº 12.727 e o Decreto Federal nº 7.830 de 17 de outubro de 2012 que compõem o Código Florestal. Esta legislação estabelece políticas

para realização de um levantamento de dados dos imóveis rurais, bem como sua regularização a fim de promover e impulsionar o desenvolvimento sustentável do Brasil. (BRASIL, 2012 b).

Sem dúvidas, o Código Florestal pela Lei nº 4.771/65 precisava ser substituído, visto que foi imposto em um período que a realidade em relação ao meio ambiente no país era outra. O Código Florestal vem ao encontro da efetivação e a preocupação com a preservação dos recursos hídricos, da biodiversidade, da estabilidade geológica, proteção do solo e assegurar o bem estar das populações humanas. (BRASIL, 2012 a).

Conforme o entendimento de Borba e Slongo (2013), a alteração do Código Florestal estabeleceu normas amplas e gerais a fim de garantir a proteção e conservação da vegetação, afunilando a preservação de modo restrito as APP e RL, além de constar a implementação de um Programa de Regularização Ambiental (PRA), devendo este ser implantando nos 02 anos após a publicação do Código Florestal, sendo sua adesão vinculada a inscrição de cada imóvel no Cadastro Ambiental Rural (CAR), porém este prazo já foi prorrogado diversas vezes.

Essa regulamentação do PRA surgiu pelo Decreto nº 7.830/2012, onde prevê que estes deverão ser instituídos no âmbito do país, com adesão de todos os estados e do Distrito Federal, resumindo-se a um conjunto de ações e/ou iniciativas que cada proprietário e posseiro rural deverá desenvolver com a finalidade de adequação e promoção da regularização ambiental com ênfase no cumprimento do que está previsto na Lei nº 12.651/2012 – Código Florestal. (BRASIL, 2012 a).

Ademais (DOMINGUES, 2019), salienta-se que em dezembro de 2018 foi aprovada a Medida Provisória nº 867 que tem várias finalidades, dentre elas, uma seria dar um prazo maior para que os proprietários de imóveis rurais aderissem ao PRA, ou seja, teriam um prazo maior para se adequar conforme às normas do Código Florestal, onde o prazo para aderir ao PRA passaria de dezembro de 2018 para dezembro de 2019, perfazendo o quinto adiamento consecutivo, contudo, em junho de 2019 teve uma edição que deixou de alterar a o Código Florestal, na qual dispõe sobre a extensão do prazo para adesão ao PRA.

Atualmente (DOMINGUES, 2019), ressalta-se que esta Medida Provisória perdeu sua validade, contudo pelo pouco tempo que vigorou gerou muita polêmica, pois o Código Florestal é novo, tem apenas 7 anos e as alterações previstas nesta Medida poderiam produzir insegurança jurídica, sendo que muitos ambientalistas compreendem que tal Medida suavizaria a exigência de restauração das áreas nativas e representaria uma anistia de grandes produtores rurais que ainda não obedecem a lei. Mas se crê que ainda poderá vir a ser discutida essa questão que envolve o prazo de adequação da PRA, decorrente das diversas prorrogações ocorridas.

Desse modo, imprescindível elencar que a Lei nº 12.651/2012 interligada com a Lei nº 12.727/2012, as maiores modificações tangem a APP e RL, dentro desse âmbito de carga de alteração é imprescindível e significativo conceituar e esclarecer o que o Código Florestal retrata a respeito dessa temática. Sendo assim, o art. 3º, inciso II da Lei 12.651/2012, prevê a respeito da conceituação da APP, já o inciso III do mesmo artigo, retrata o entendimento da RL:

[...] “Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

III - Reserva Legal: área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa, [...] (BRASIL, 2012a).

Nesta esteira, é relevante explicar de modo fragmentado e apartado como é regrado e quais as implicações de cada uma dessas áreas ambientais a fim de desmistificar possíveis falhas no conceito e uso, apontando cada particularidade de cada uma, assim a próxima sessão trará a definição da APP, sendo a RL discutida em sessão subsequente.

3 APP E RL SOB O PARADIGMA E A ÓTICA DO CÓDIGO FLORESTAL

Destarte, a partir da definição legal mencionada na sessão anterior (art. 3, II da Lei 12.651/2012), percebe-se que a APP poderá ser ou não coberta por vegetação nativa, devendo ser mantida apenas por questões ambientais, mas também para preservar a segurança do ser humano, sendo a sua recomposição através do plantio de espécies nativas, regeneração natural dessas mesmas espécies e poderá ser intercalado o plantio de espécies lenhosas, perenes ou de ciclo longo, exóticas intercalando com nativas. (BRASIL, 2012a).

Nesse viés, é importante frisar que as APP são de expressiva importância ecológica, sendo permitido o acesso de pessoas e animais para obter água e para realização de atividades de baixo impacto ambiental, mas intervir nelas sem autorização de um órgão competente é considerado crime ambiental. As penalidades são elevadas, incluindo multas altíssimas, e ao infrator está sujeito a processo criminal. A exploração ocorre apenas nas hipóteses de utilidade pública, interesse social ou intervenção de baixíssimo impacto ambiental. (BRASIL, 2012a).

A APP tem duas origens, a primeira em razão da natureza e a segunda em decorrência das áreas declaradas pelo chefe do Poder Executivo. A priori em razão da natureza, o art. 4º do Código Florestal, define o que é considerado APP, tanto em zona rural ou meio urbano:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;
- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

- a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;
- b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;

V - as encostas ou partes destas com declividade superior a 45, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI - as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII - os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII - as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX - no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X - as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

XI - em veredas, a faixa marginal, em projeção horizontal, com largura mínima de 50 (cinquenta) metros, a partir do espaço permanentemente brejoso e encharcado. (BRASIL, 2012 a).

Sendo consideradas como APP então, as faixas marginais de qualquer curso de água natural perene e intermitente, excluídos ou efêmeros, desde a borda da calha do leito regular. Essas APP são conhecidas como mata ciliar e uma das principais funções ambientais são prevenir o assoreamento dos cursos de água e de certa forma proteger o ser humano que vive nas proximidades contra enchentes, auxiliam a absorção das águas em períodos de cheias, onde esses cursos de água aumentam a sua vazão. (BRASIL, 2012 a).

Já a segunda origem, se dá por meio das áreas declaradas pelo chefe do Poder Executivo, estão previstas no art. 6º do Código Florestal:

Art. 6º Consideram-se, ainda, de preservação permanente, quando declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo, as áreas cobertas com florestas ou outras formas de vegetação destinadas a uma ou mais das seguintes finalidades:

- I - conter a erosão do solo e mitigar riscos de enchentes e deslizamentos de terra e de rocha;
- II - proteger as restingas ou veredas;
- III - proteger várzeas;
- IV - abrigar exemplares da fauna ou da flora ameaçados de extinção;
- V - proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico, cultural ou histórico;
- VI - formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias;
- VII - assegurar condições de bem-estar público;
- VIII - auxiliar a defesa do território nacional, a critério das autoridades militares.
- IX - proteger áreas úmidas, especialmente as de importância internacional. (BRASIL, 2012 a).

Na visão de Amado (2013), o novo Código Florestal promoveu um lamentável retrocesso na proteção florestal e ambiental ao longo dos rios e do curso de água, deixando- desprotegidos inúmeros ecossistemas de áreas úmidas no Brasil.

Nas APP (cursos de água e de lagos e lagoas naturais) fica liberada a prática da aquicultura e a infraestrutura física associada desde que sejam adotadas práticas sustentáveis de manejo do solo e da água; respeitando os planos de bacias; e que se tenha licenciamento ambiental; além de que o imóvel esteja com inscrição regular no Cadastro Ambiental Rural (CAR). (BRASIL, 2012 a).

Por conseguinte, adentramos na RL, explicitada por ser uma área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, cuja deve ser preservada pelo proprietário, tendo a função primordial e fundamental de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade. Todo o imóvel deve manter uma área com cobertura de vegetação nativa, no mínimo, 20% em relação à área total do imóvel, para fins de Reserva Legal, tendo previsão legal no art. 12 do Código Florestal o qual prevê essas áreas:

Art. 12. Todo imóvel rural deve manter área com cobertura de vegetação nativa, a título de Reserva Legal, sem prejuízo da aplicação das normas sobre as Áreas de Preservação Permanente, observados os seguintes percentuais mínimos em relação à área do imóvel, excetuados os casos previstos no art. 68 desta Lei:

- I - localizado na Amazônia Legal:
 - a) 80% (oitenta por cento), no imóvel situado em área de florestas;
 - b) 35% (trinta e cinco por cento), no imóvel situado em área de cerrado;
 - c) 20% (vinte por cento), no imóvel situado em área de campos gerais;
- II - localizado nas demais regiões do País: 20% (vinte por cento). (BRASIL, 2012 a).

Nas áreas de RL é proibida a extração de recursos naturais, o corte raso, a alteração do uso do solo e a exploração comercial, com exceção nos casos que forem autorizados pelos órgãos ambientais mediante Plano de Manejo ou em casos de sistemas agroflorestais e ecoturismo. Contudo, a título de conhecimento vale ressaltar que os atuais percentuais mínimos exigidos de RL são os mesmos já

previstos no antigo Código Florestal, o primeiro instituído em 1965 pela Lei nº 4.771. (BRASIL, 2012 a). Nesta senda, na próxima sessão será feito apontamentos a respeito das inovações que o Código Florestal trouxe, elencando o Cadastro Ambiental Rural como meio de regularizar as propriedade e posses rurais.

4 REFLEXOS DO CÓDIGO FLORESTAL EM FASE AO CADASTRO AMBIENTAL RURAL

A Cadastro Ambiental Rural (CAR) é uma ferramenta que possibilita o incentivo a regularização das propriedades e posses rurais, sendo uma inovação do Código Florestal, e sua inscrição é obrigatória par todos esses imóveis rurais, importante ressaltar que a inscrição da propriedade ao CAR constitui o primeiro passo para a regularização ambiental previsto no Código Florestal. O CAR é um registro público eletrônico que abrange todo o país, e tem a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais referente a condição ambiental destas, sendo informado a quantidade de APP, de uso restrito, de RL, enfim, para a partir de então, com base nesses dados, se fazer um planejamento ambiental e econômico adequado com o intuito de minimizar a agressão ambiental. (SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO, 2019).

Quanto ao CAR, o art. 29 do Código Florestal contempla a explanação prevendo a obrigatoriedade, a finalidade, prevendo meio de inscrição:

Art. 29. É criado o Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento.

§ 1º A inscrição do imóvel rural no CAR deverá ser feita, preferencialmente, no órgão ambiental municipal ou estadual, que, nos termos do regulamento, exigirá do proprietário ou possuidor rural:

I - identificação do proprietário ou possuidor rural;

II - comprovação da propriedade ou posse;

III - identificação do imóvel por meio de planta e memorial descritivo, contendo a indicação das coordenadas geográficas com pelo menos um ponto de amarração do perímetro do imóvel, informando a localização dos remanescentes de vegetação nativa, das Áreas de Preservação Permanente, das Áreas de Uso Restrito, das áreas consolidadas e, caso existente, também da localização da Reserva Legal.

§ 2º O cadastramento não será considerado título para fins de reconhecimento do direito de propriedade ou posse, tampouco elimina a necessidade de cumprimento do disposto no art. 2º da Lei nº 10.267, de 28 de agosto de 2001.

§ 3º A inscrição no CAR será obrigatória para todas as propriedades e posses rurais. (BRASIL, 2012 a).

O CAR prevê um PRA, sendo possível na recomposição da RL feita através do plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, sendo que a área recomposta com exóticas não ultrapasse cinquenta por cento da área geral a ser recuperada. A recuperação da RL poderá ser feita em até 20 anos, sendo que a cada 2 anos, no mínimo 10% da área tenha sido recomposta. Para a agricultura familiar, a RL poderá considerar os plantios de espécies exóticas, como árvores frutíferas, ornamentais ou industriais, cultivadas em sistema intercalar com espécies nativas da região, em sistema agrofloretais. (BRASIL, 2012 a).

Já nas Áreas Rurais Consolidadas as regras para a recomposição vegetal nativa segue da seguinte forma, há necessidade da recomposição de APP em margens de rios com atividades agrossilvipastoris e sua infraestrutura física associada. A regra estabelecida depende da área do imóvel, sendo que para imóveis com área de um a dois módulos fiscais, ficam limitadas à necessidade de recomposição de dez por cento da área do imóvel. Imóveis com área de 2 a 4 módulos fiscais ficam

com a necessidade de recomposição da vegetação nativa limitados 20% do imóvel. (BRASIL, 2012 a).

Quanto a APP, o cálculo dependerá do curso de água baseado pelo cálculo respectivo do módulo fiscal, e a recomposição de APP mínima exigida pela lei. Os módulos fiscais (MF) são uma unidade de medida expressa em ha, O tamanho dos módulos fiscais foi prefixado pela Lei nº 6.746/79, considerando o tipo de exploração predominante no município, à renda obtida com a exploração predominante, outras explorações existentes no município, que embora não predominante, sejam significativas em função da renda ou da área utilizada, o art. 50, os parágrafos 2º, 3º e 4º, da referida lei traduzem essa explanação:

[...] § 2º O módulo fiscal de cada Município, expresso em hectares, será determinado levando-se em conta os seguintes fatores:

a) o tipo de exploração predominante no Município:

I - hortifrutigranjeira;

II - cultura permanente;

III - cultura temporária;

IV - pecuária;

V - florestal;

b) a renda obtida no tipo de exploração predominante;

c) outras explorações existentes no Município que, embora não predominantes, sejam expressivas em função da renda ou da área utilizada;

d) o conceito de "propriedade familiar", definido no item II do artigo 4º desta Lei.

§ 3º O número de módulos fiscais de um imóvel rural será obtido dividindo-se sua área aproveitável total pelo módulo fiscal do Município.

§ 4º Para os efeitos desta Lei; constitui área aproveitável do imóvel rural a que for passível de exploração agrícola, pecuária ou florestal. Não se considera aproveitável:

a) a área ocupada por benfeitoria;

b) a área ocupada por floresta ou mata de efetiva preservação permanente, ou reflorestada com essências nativas;

c) a área comprovadamente imprestável para qualquer exploração agrícola, pecuária ou florestal. (BRASIL, 1979).

Para verificar quantos MF corresponde à propriedade rural, deve-se dividir o tamanho total da propriedade pelo MF de cada município. No caso da região do Alto Uruguai, a maioria dos municípios tem o tamanho de MF que corresponde a 20 ha. Nas áreas consolidadas em encostas e topos de morros, são admitidas a manutenção de atividades de silvicultura, erva-mate e fruticultura. Nas áreas de RL em Áreas Rurais Consolidadas é necessário recomposição de vegetação nativa. O proprietário ou possuidor de imóvel rural que, 2008 detinha RL menor que 20% da área total do imóvel poderá regularizar e sem necessariamente aderir ao PRA. Devendo recompor a RL através de plantios de recuperação em um prazo de 20 anos, ou seja 10% da área total necessária a cada 2 anos à sua complementação, será admitido o uso de espécies exóticas ou frutíferas, combinadas a espécies nativas da região, em sistema agroflorestal, desde que não exceda a 50% da área a ser recuperada, e as áreas recuperadas poderão ser exploradas economicamente e deverá permitir a regeneração natural da RL. (BRASIL, 2012 a).

Para Gass (2013), destaca que a partir do CAR serão cobradas e orientadas as ações de preservação e recomposição, mais do que um instrumento de fiscalização, o cadastro orientará futuras políticas públicas brasileiras, e todas as propriedades rurais, grandes, médias e pequenas, terão de estar inscritas neste cadastro, que não implicará custos para quem está na agricultura familiar. Ainda salienta que o PRA é uma iniciativa que promoverá inovações na política ambiental e agrícola do país, sendo que para a agricultura familiar, haverá compensação pelas medidas de conservação ambiental, seja na contratação de crédito rural ou de seguro agrícola, seja na forma de isenção de impostos em produtos e equipamentos da agricultura.

Com a realização do CAR será possível de fato, ter um conhecimento sobre a realidade da cobertura vegetal, regularização e recuperação dos possíveis passivos ambientais, a qualificação do planejamento econômico e ambiental das propriedades rurais e será possível também redimensionar

a implantação de políticas públicas sendo de nível municipal, estadual e nacional, e a partir de todas as informações, poderá se ter um planejamento e execução de ações para efetivar uma assistência técnica eficaz. (SERVIÇO FLORESTAL BRASILEIRO, 2019).

Todas as informações repassadas para realização do CAR serão declaratórias, de total responsabilidade do proprietário ou possuidor rural, e farão parte do Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SICAR), sistema eletrônico destinado ao gerenciamento de informações ambientais dos imóveis rurais, que ficará sob responsabilidade do Ministério do Meio Ambiente e do Ibama. A atualização ou alteração dos dados inseridos no CAR somente poderão ser efetuadas pelo proprietário ou possuidor rural ou mediante um representante legalmente constituído. (BRASIL, 2012 a).

A partir do CAR será possível um maior controle sobre o cumprimento da lei ambiental, auxiliando no cumprimento das metas nacionais e internacionais para a manutenção da vegetação nativa e recuperação ecológica dos ecossistemas, além de facilitar o proprietário rural que pretende obter licenças ambientais, pois a comprovação da regularidade da propriedade se dará através da inscrição e aprovação do CAR e o cumprimento do Plano de Regularização Ambiental. (BRASIL, 2012 a).

Conforme prevê o Código Ambiental, especificamente o art. 59, §3º, a adesão ao PRA, é feita por um termo de compromisso que constituirá um título executivo extrajudicial, e o art. 41, prevê que os possuidores ou proprietários que não cumprirem o PRA estarão sujeitos a sanções:

“[...] 3º Os proprietários ou possuidores de imóveis rurais inscritos no CAR, inadimplentes em relação ao cumprimento do termo de compromisso ou PRA ou que estejam sujeitos a sanções por infrações ao disposto nesta Lei, exceto aquelas suspensas em virtude do disposto no Capítulo XIII, não são elegíveis para os incentivos previstos nas alíneas *a* e *e* do inciso II do caput deste artigo até que as referidas sanções sejam extintas [...]”. (BRASIL, 2012 a).

Caso um proprietário ou possuidor de imóvel rural não estiver inscrito no CAR até o limite de prazo informado, que até o momento não se sabe exatamente qual será a data limite, após diversas prorrogações, poderão sofrer sanções penais e administrativas, além de não poder mais ter nenhuma autorização ambiental e crédito rural disponibilizado pelas instituições bancárias. Mas tendo sua propriedade cadastrada, o crédito agrícola em qualquer modalidade terá juros menores, limites e prazos maiores, linhas de financiamento para atender iniciativas de preservação voluntária de vegetação nativa, manejo florestal e agroflorestal sustentável, ou recuperação de áreas degradadas, além de ter isenção de impostos para aquisição de insumos e equipamentos usados para a recuperação e manutenção das APPs e RL. (BRASIL, 2012 a).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações do Código Florestal foram imprescindíveis dentro do contexto de degradação e exploração ambiental, contudo, percebe-se que de fato a sua efetivação ainda é deficitária e morosa. Começando pelas inúmeras prorrogações do prazo de adesão ao PRA, através do CAR. A inscrição da propriedade rural perante o CAR é o primeiro passo para efetivação do Código Florestal, que por consequência, se torna pré-requisito para a implementação de tantos outros instrumentos de preservação.

A partir da investigação da pesquisa foi possível verificar que houve avanço na introdução da legislação específica a proteção ambiental e florestal que se perfectibilizou pelo Código Florestal brasileiro, porém é perceptível muitas falhas, morosidade na efetivação, principalmente no quesito do PRA e do cadastro de muitas propriedades à adesão ao CAR.

Conforme dados fornecidos (BURATTO *et al.*, 2019) pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) em abril de 2014 tinha 1.376.516 de imóveis cadastrados junto ao CAR, totalizando 191.505.581 ha, já em junho de 2017 este número subiu para 4.223.430 imóveis

cadastrados, totalizando 412.927.362 ha de área cadastrada. Em julho de 2019 foram cadastrados 6,1 milhões de imóveis rurais, totalizando uma área de 494.770.542 ha inseridos na base de dados do SICAR.

Ante ao exposto, o MAPA reconhece a partir dos resultados provindos de sua pesquisa, que esses números apresentados refletem 100% da área brasileira cadastrada ao SICAR. Contudo, ainda não se tem exatidão concreta e fidedigna de que esses números representam de fato o real quadro do Brasil junto a exigência expressa na Lei.

Apesar de ter-se uma área significativa em ha cadastrada junto ao SICAR, não quer dizer que de fato todas essas propriedades já tenham um PRA efetivo e iniciado. Neste contraponto, notadamente é cristalino que a fiscalização é falha, ineficaz e insuficiente. A Lei em regra está vigente para ser efetivada e cumprida, contudo, quando se fala em legislação ambiental verifica-se que ainda ela não representa com rigor o que no papel está estabelecida, a prática demonstra lapso, ambiguidade e os efeitos que deveriam surtir ficam a mercê de posturas retardatárias.

Verifica-se certo descaso muitas vezes pelo poder público, desinteresse pela sociedade, apesar de já evoluirmos muito em relação ao cuidado com nosso planeta, com a preocupação e preservação ambiental, cada cidadão deve assumir o papel de protagonista e ativista, fazendo valer inclusive o que está prescrito no artigo 225 do Constituição Federal atual, cuidando do meio ambiente, se sensibilizando para usufruir dos recursos naturais de modo racional, preocupando-se em manter e proteger este espaço não somente para si, mas proporcionando qualidade de vida para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. A. Di T., **Direito Ambiental Esquematizado**. 4.ed. Rio de Janeiro. Editora Método, 2013. P.192-259.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.651 de 25 de Maio de 2012**. (a) Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/lei/2651.htm. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.727 de 17 de Outubro de 2012**. (b) Altera a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; e revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001, o item 22 do inciso II do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, e o § 2º do art. 4º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.alfonsin.com.br/lei-n-12-727-17-de-outubro-de-2012/>. Acesso em: 14 jul. 2019

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.746 de 10 de Dezembro de 1979**. Altera o disposto nos arts. 49 e 50 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6746.htm. Acesso em: 14 jul. 2019

BORBA, A. C. L. de; SLONGO, D. L., **Síntese do Novo Código Florestal** brasileiro para uso da extensão rural do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Emater/RS-Ascar, 2013.22p.

Dados referente ao: **CADASTRO AMBIENTAL RURAL**. Serviço Florestal Brasileiro, 2019. Disponível em:
<http://www.car.gov.br/#/>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BURATTO, Adriana de Freitas; ALBUQUERQUE, Carolina Lucas dos S. de; RAMALHO, Angelo; TROVÃO, Bernardo de Araújo Moraes; STURM, Carlos Eduardo Portella; CARNEIRO, Daniel Costa; RAMOS, Marcelo Lemos da Fonseca; NEGRO, Evie Ferreira Costa; SALLES, Pedro de Almeida; MACIEL, Raquel Monteiro Guimarães; TANGARI, Rebecca de Araújo Fiore. **Números do Cadastro Ambiental Rural**. Disponível em: <http://www.florestal.gov.br/numeros-do-car>. Acesso em: 17 jul. 2019.

DOMINGUES, Filipe. **Entenda o debate sobre a MP 867**. Disponível em:
<https://g1.globo.com/natureza/noticia/2019/05/29/entenda-o-debate-sobre-a-mp-867-que-altera-o-codigo-florestal.ghtml>. Acesso em: 14 jul. 2019.

GASS, B., **Novo Código Florestal** para preservar produzindo e produzir preservando. Publicação do mandato do Deputado Federal Elvino Bohn Gass. Edição Única. Editora Desvenda Produções LTDA, 2013.

COMO OCORREU O PROCESSO DE ATRIBUIÇÃO DO JUS PUNIENDI AO ESTADO¹

MIRANDA, Leticia da Silva²
SILVA, Thaís Dias da³
SARTORI, Giana Lisa Zanardo⁴

RESUMO: Inicialmente o indivíduo defendia seus interesses individuais, punindo com as próprias mãos quem o atingisse, sem que transcorresse qualquer tipo de investigação sobre o fato. Ao realizar análise histórica é possível compreender como correu e quais foram os motivos para a atribuição e monopolização do *jus puniendi* ao Estado. O Direito-Dever de punir foi dado ao ente estatal para que houvesse repreensão justa àquele que ferisse os bens jurídicos protegidos de maneira que não fosse mais necessária a punição privada. Atualmente a justiça ainda é exercida exclusivamente pelo poder público. Ocorre que essa atribuição vem sendo executada com diversas falhas, motivando sentimento de descrédito na sociedade.

Palavras-chave: Crime. Estado. Jus puniendi.

1 INTRODUÇÃO

A proposta desse artigo é pesquisar como ocorreu o processo de atribuição do *jus puniendi* ao Estado, em um primeiro momento fazendo análises históricas desde o surgimento até os dias atuais e posteriormente analisar de maneira crítica os seus impasses e limitações contemporâneas.

É essencial conhecer o desenvolvimento histórico do tema para desvendar as causas que possam motivar a decadência e descrença do cidadão no poder de punir estatal. A metodologia de pesquisa utilizada foi a exploratória e explicativa, através da técnica de pesquisa bibliográfica, por meio de consulta a legislações e doutrinas relacionadas ao conteúdo, com o objetivo de estudo e compreensão da evolução do modo de punir.

O presente tema é de extrema relevância, visto que a punição é o remédio aplicado ao indivíduo infrator visando reduzir a probabilidade de sua reincidência. O poder de punir sendo monopolizado pelo Estado trouxe fim para a vingança privada que era incerta, e mais segurança aos cidadãos.

2 O PROCESSO DE ATRIBUIÇÃO DO *JUS PUNIENDI* AO ESTADO

O Estado nem sempre foi o responsável por atribuir punições ao indivíduo transgressor. De início, as pessoas agiam por vingança e não para realizar a justiça. Os erros de julgamento e descontrole da prática impulsionaram sua evolução histórica. De forma lenta e gradual esse direito-dever moldou e fixou-se da maneira que ocorre hoje.

¹ Artigo científico destinado ao XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, VII Mostra Científica, linha de pesquisa: “Estado; Sociedade; Indivíduos e Instituições”.

² Acadêmica em Direito, 8º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- Câmpus de Erechim - RS. E-mail:

³ Acadêmica em Direito, 10º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- Câmpus de Erechim - RS. E-mail:

⁴ Doutora em Ciência Jurídica, Professora do Curso de Direito – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: sgiana@uri.com.br.

2.1 O surgimento do Direito

O Direito foi construído e sedimentado juntamente com o crescimento da sociedade. Qualquer que fosse a civilização precisava de regras para estruturar-se e prosperar, assim puderam ser detectados ao longo da história diversos resquícios de leis e regulamentos do modo escrito ao modo falado.

Assim explica o escritor Tercio S. Ferraz Junior em seu livro *Introdução ao Estudo do Direito*:

O *direito*, assim, de um lado, protege-nos do poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara desfavorecidos. (FERRAZ JUNIOR, 2013, p. 9-10).

O Direito obriga aquele que detém o poder e impede que a arbitrariedade atinja o coletivo de maneira que regrida como sociedade. Ferraz Junior demonstra a necessidade social do direito como fator de controle que produz estabilidade social e gera cenário de ordem e aprovação (FERRAZ JUNIOR, 2013).

Durante o processo de construção social, antes de surgir o Estado, para reger as relações naturais, passaram a existir as denominadas *sociedades simples*. Estas possuíam um aglomerado de normas não escritas que vinham dos costumes e que guiava a conduta dos indivíduos (PALMA, 2014).

As leis, ao longo da história, tiveram de passar por um processo de construção, onde partiram da necessidade social, tornaram-se usuais, e por fim, foram codificadas. Segundo Palma, por mais primitiva que fosse a sociedade, analisando minuciosamente, poderiam ser encontrados traços de normatizações, mesmo que consuetudinárias (PALMA, 2014).

Palma explana as características do direito primitivo, enfatizando na influência consuetudinária, tradição e teor sagrado que recaiam sobre o mesmo: “Quanto as fontes, tem-se, em primeiro plano, os costumes e as leis não escritas, logo seguidas pelos adágios e provérbios populares, bem como as decisões tomadas por força da tradição” (PALMA, 2014).

Algumas das primeiras codificações que podem ser estudadas se expressaram através do Código de Ur-Nammu, das Leis de Eshnunna, do Lipit-Ishtar e do Código de Hamurábi na região da Mesopotâmia. “Os traços mais fortes se tratavam de Direito Penal e Direito Civil, regulando desde as penas para crimes consuetudinários até tipos de contratos” (PALMA, 2014, p. 42-43).

Sendo assim, fica demonstrada a importância de o direito e a sociedade andarem lado a lado. Cada qual contribuiu à sua maneira para o crescimento das civilizações. A sociedade enquanto mera aglomeração pode sistematizar-se e o direito firmou obrigações e penalidades aos indivíduos, para que não deixassem levar pelo seu primitivismo.

2.2 O surgimento do Direito Penal

O direito penal se difundiu com mais evidência nas sociedades tradicionais, considerando a importância de seu regramento para a coesão social. De início, as penas eram severas e cruéis, a culpabilidade e inocência do réu eram “adivinhados” pois não existia qualquer investigação sobre o fato e a punição se fazia através da vingança privada.

O livro *História do Direito*, de Palma, dispõe com amplitude sobre o tema debatido: “Ora é sabido que o Direito Penal foi o ramo por excelência a se materializar com maior evidência entre os povos do passado, uma vez que regras criminais eram ferramentas primordiais à coesão do grupo social” (PALMA, 2014, p. 42).

No Egito Antigo é possível analisar uma evolução no quesito punição do direito penal. Em algumas punições – que ainda eram bastante severas, o encarregado de aplicar a represália era uma

autoridade (PALMA, 2017). Com essa alteração, entende-se que não se tratava mais de mera vingança, mas sim de justiça.

O Faraó tinha um importante papel pois tudo o que passava por sua fala exalava justiça e tinha força de lei, seu pronunciamento era a última instância. Além disso, havia a delegação de atribuições a outros componentes reais (PALMA, 2014, p. 65).

O autor destaca a figura do Vizir, que tinha a função de julgar conforme o que emanava do poder superior cumprindo a função de um juiz.

De todo modo, sabe-se que havia uma ampla delegação de poderes na corte real egípcia. A figura do vizir não raro cumpria a função de julgar conforme a “lei” e “regulamentos” que se perderam. Todavia, existiram, sem dúvida, outros servos reais com incumbências similares, como bem ratificou Carlet Coon: “Logo depois do rei, em posição, vinha o chefe de justiça, homem de nobre nascimento e posição principesca, que chefiava os monarcas e os juízes designados para ter assento nos ‘nomes’, dirigindo o serviço e fazendo leis”. (PALMA, 2014, p. 65).

O direito romano contribuiu notavelmente ao desconsiderar como principal fonte de regras o que advinha do sagrado. Na maioria das sociedades o divino era a base para distinção entre o certo e o errado.

Palma explica que conforme se instaurava a República era reclamada uma nova estruturação política para a cidade:

O faz típica a dimensão sagrada existente no Direito romano em seus primeiros séculos de história. Progressivamente, cuidaram os antigos de distingui-lo do Direito secular (o jus), na medida em que a instauração da República reclamava uma nova estruturação política da urbs e de suas províncias. Desse modo, as leis atribuídas às divindades vão continuamente perdendo a importância, uma vez que o elemento religioso se torna cada vez mais diluído em meio aos interesses de Estado. (PALMA, 2014, p. 177).

Assim como o Egito e Roma, diversas outras civilizações contribuíram aos poucos para a construção do direito como conhecemos hoje. Nenhuma delas atingiu a perfeita sistemática jurídica, mas certamente em algum ponto entendeu o importante papel da justiça nas relações sociais.

2.3 A punição privada

O poder de punir nos dias atuais pertence ao Estado. Anteriormente era de cada indivíduo que tinha direito seu ferido, e por direito entende-se que significava o que era considerado certo pela maioria das pessoas.

Cada cidadão era responsável por proteger-se da maneira que lhe convinha. Palma cita algumas práticas comuns que eram realizadas, dentre elas: mutilações, decapitações empalações, crucificações e muitas outras maneiras de tortura àquele que desapontasse seu semelhante.

[...] A título ilustrativo, pode-se dizer que as penas eram muitíssimo cruéis. Só para citar alguns exemplos, era comum inserir nesse vasto rol a mutilação, a decapitação, a empalação, a crucificação, a flagelação, a morte na fogueira ou na forca, a impressão de marcas a fogo na pele das vítimas, o apedrejamento, o banimento, assim como a aplicação de uma série de “ordálios” ou “juízos divinos”, que consistiam em práticas adivinhatórias para verificar a culpabilidade ou a inocência do réu. (PALMA, 2014, p. 42-43).

Como se viu, além de desumanas as punições, eram grandes os riscos de punição da pessoa inocente ou aplicação de ordálias desproporcionais. Considerando a fraca apuração de fatos e falta de

um sistema que investigasse os crimes, os delitos eram resolvidos de maneira adivinhatória. “A vingança privada, pois, era a tônica do sentido punitivo nessas sociedades” (PALMA, 2014, p. 43).

Rouland, aponta o perigo que mora na vingança enquanto punição e a possibilidade de que influencie em ruptura de relações internas e até mesmo desencadeamento de confrontos externos:

[...] O perigo reside na violência de que é prenehe, que pode conduzir a guerra (confronto externo), ou às vezes tender à ruptura das relações internas de uma sociedade, redundando em atos descontrolados (delinquência) ou regulados (vingança). (ROULAND, 2008, p. 100-101).

Com intuito de evitar os possíveis confrontos no interior da sociedade existiam em alguns grupos regras de convivência pertinentes. O autor Rouland apresenta exemplos nesse sentido.

Para as civilizações antigas deveria haver reciprocidade entre os crimes, ou seja, retaliação. Aquele que matou deveria ser morto, sem importar o meio. Possuídos pelo desejo de retribuir a violência do indivíduo criminoso e com sentimento de raiva o justiceiro agia cegamente, não em uma busca por justiça, mas por vingança.

No entanto, em algumas civilizações existiam regras de vingança, que a tornavam menos violenta e faziam o transgressor teme-la. Como exemplo *os massas* que estipulavam os tipos de instrumentos a serem utilizados em cada ocasião como é citado por Rouland.

[...] Entre membros de um mesmo clã, utiliza-se apenas o bastão, que só acarreta simples ferimentos; entre os membros de dois clãs, usam a azagaia, que derrama sangue e gera vingança. Entre os beduínos, um poema pré-islâmico resume admiravelmente esses princípios: “Foram os meus que mataram meu irmão; se arremesso minha flecha, será a mim que ela atingirá” (ROULAND, 2008, p. 122).

Esse regramento demonstra o início de uma tentativa de diminuição do derramamento de sangue pela vingança. Os clãs visavam proteger seu grupo dos próprios componentes e entendiam que se não houvesse a limitação o empoderamento de ódio causaria inúmeras mortes.

2.4 Atribuição do *Jus Puniendi* ao Poder Público.

O termo *Jus puniendi* é “expressão latina que pode ser traduzida como direito de punir do Estado, referindo-se ao poder de sancionar do Estado” (OLIVEIRA, 2016).

Rouland aponta os métodos antigos de punição e a maneira como se corroboravam e geriam um ambiente de barbárie. A formação de um ente maior responsável por organizar a sociedade deixou transparente a necessidade de monopolização da atribuição de punir, dessa vez por justiça e não por vingança.

O senso comum e os juristas opõem a esses métodos modernos às épocas felizmente passadas em que o primitivismo dos costumes, a agressividade não contida dizimavam as famílias em intermináveis vendetas. A construção do Estado, a multiplicações de suas intervenções pacificadoras garantem o triunfo da civilização sobre a barbárie: o direito à vingança está extinto um sistema de penas legais o substitui (ROULAND, 2008, p. 95-96).

No decorrer do processo de formação da sociedade houve necessidade de sacrifício de parte da liberdade visando o triunfo do bem público. As leis uniram as pessoas que se encontravam em constante disputa por todo e qualquer benefício próprio que hoje se conhece como direito.

Em alguns momentos e regiões do mundo o detentor do *jus puniendi* foi a igreja. Na baixa idade média, ou era das trevas, o poder eclesiástico atingiu seu apogeu, a igreja - intitulada entidade representante de Deus na terra, garantia o caráter sacro da punição, que visava a recuperação do criminoso se não nesse mundo, ao menos no mundo espiritual.

O cristianismo, na medida em que conseguia consolidar a sua estrutura, foi, gradativamente, elaborando suas próprias regras, que, com o passar do tempo, chegariam a constituir o direito canônico.

A inquisição exercia uma severa vigilância sobre o comportamento moral dos fiéis, perseguiram e julgavam todos aqueles considerados ameaça às doutrinas da igreja, através dos tribunais eclesiásticos e seculares. Inicialmente o objetivo era de criar um tribunal interno, os que eram condenados, cumpriam penas que podiam variar desde prisão temporária ou perpétua, e até morte na fogueira.

Barros afirma que a igreja católica inventou a pena de prisão inovando ao castigar os monges infratores com o recolhimento em celas. O objetivo era a reconciliação com Deus através de oração (BARROS, 2006, p. 33).

Esse período foi importante por demonstrar que a vida em sociedade poderia ser controlada por um ente maior, precedendo assim, a atribuição do *jus puniendi* ao Estado regulado pelo Direito.

A regulamentação das relações seja pela igreja, seja pelo Estado não era um objetivo primeiro para as pessoas. Seria muito melhor que pudessem viver por si mesmas sem precisar subordinar-se ao ente maior.

No entanto essa união foi necessária considerando a multiplicação do homem e a satisfação de suas necessidades, que por muitas vezes eram motivo de disputas. Juntamente com a união, as leis foram reguladoras daqueles que iniciavam uma vida social. Conforme Beccaria:

Ninguém fez gratuitamente o sacrifício de uma porção de sua liberdade visando o unicamente ao bem público. Tais quimeras só se encontram nos romances. Cada homem só por seus interesses está ligado às diferentes combinações políticas deste globo; e cada qual desejaria, se fosse possível, não estar ligado pelas convenções que obrigam os outros homens. Sendo a multiplicação do gênero humano, embora lenta e pouco considerável, muito superior aos meios que apresentava a natureza estéril e abandonada, para satisfazer necessidades que se tornavam cada dia mais numerosas e se cruzavam de mil maneiras, os primeiros homens, até então selvagens, se viram forçados a reunir-se. Formadas algumas sociedades, logo se estabeleceram novas, na necessidade em que se ficou de resistir às primeiras, e assim viveram essas hordas, como tinham feito os indivíduos, num contínuo estado de guerra entre si. As leis foram as condições que reuniram os homens, a princípio independentes e isolados sobre a superfície da terra. (BECCARIA, 2002, p. 25-26).

As pessoas sacrificaram sua liberdade, para que pudessem gozar de outros direitos com maior segurança, visto que a situação vivida pela população propiciava a disputa de interesses individuais sem olhar aos do próximo (BECCARIA, 2002).

A soma de todas essas porções de liberdade, sacrificadas assim ao bem geral, formou a soberania da nação; aquele que foi encarregado pelas leis do depósito das liberdades e dos cuidados da administração foi proclamado o soberano do povo. (BECCARIA, 2002, p. 26).

Uma parte de cada liberdade individual e coletiva foi atribuída ao soberano para que este, sem abusos, operasse o poder de punir. As penas surgiram para libertar a sociedade do caos e serem aplicadas àqueles que não cumprirem as leis. Cesare afirma que o agente motivador para esse surgimento foi a necessidade:

Eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para cumprir esse espírito despótico, que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas estabelecidas contra os infratores das leis.

Por conseguinte, só a necessidade constringe os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era preciso para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. (BECCARIA, 2002, p. 27-28).

Atualmente o *jus puniendi* pertence ao Estado, que por sua vez, exerce a função de punir sobre os indivíduos infratores utilizando-se do poder sancionador. Esse direito-dever é monopólio de seu titular. Este deve solucionar e punir os conflitos criminais de maneira eficaz e igualitária, identificando com precisão o transgressor da lei.

Conclui-se que o direito-dever de punir foi atribuído ao Estado, retirando-o do particular considerando que o mesmo, se fosse encarregado de punir, não agiria de maneira justa e proporcional com intuito principal de repreensão, mas sim, de vingança pessoal.

Por esse motivo, por exemplo, no Brasil, o direito-dever de legislar sobre matérias penais é competência privativa da União, demonstrando assim, a importância da regulamentação por um ente centralizado sobre o tema (BRASIL, 1988).

3 O *JUS PUNIENDI* NA CONTEMPORANEIDADE

Depois de ter ocorrido a evolução social que demandou a atribuição do direito de punir ao Estado tornou-se absoluta a ideia de que o mesmo não deveria permanecer nas mãos do cidadão.

No ordenamento penal brasileiro apenas para uma parte dos crimes é permitida a iniciativa privada pelo indivíduo interessado. A maioria se trata de ação penal pública.

3.1 A redução do papel da vítima nas relações penais

A regra atual do ordenamento jurídico penal é de que as ações penais são públicas. Portanto não é necessária a representação da vítima perante o poder judiciário. Apenas uma pequena parcela das tipificações penais, quando houver indicação na lei, exige a presença da vítima como representante da ação.

Esse fenômeno demonstra como funciona o sistema punitivo com *Jus Puniendi* monopolizado ao Estado. Na maioria dos casos a vítima nem mesmo precisa procurar as autoridades judiciais para que seja provida investigação e posteriormente processo criminal. Basta que as autoridades policiais constatem o acontecimento do crime e reportem ao Ministério Público, ou que ele mesmo denuncie, para que seja provida a acusação.

O artigo 100 do Código Penal Brasileiro de 1984 restringe a ação penal privada apenas aos casos em que a lei expressamente a prevê. Além dessa previsão, estipulam os parágrafos segundo e terceiro, como deve iniciar-se o processo que seja compatível com crime de ação privada.

No caso de o crime pertencer a modalidade de iniciativa privativa a ação deve ser promovida mediante queixa pelo ofendido. Podendo intentar-se nos crimes de ação pública se o Ministério Público não oferecer denúncia no prazo legal (DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 1940).

Nesse contexto, é possível constatar no ordenamento jurídico brasileiro a redução do papel da vítima nas relações penais. Esse fenômeno foi iniciado no momento de revolução histórica em que o ente maior tomou para si parte da liberdade do cidadão com objetivo de regular a vida em sociedade com exclusividade.

Por este motivo, ao ver diversas falhas no quesito punição, as pessoas desacreditam no poder público e sentem que lhes diz respeito a correta execução da justiça, já que esse direito-dever possuiu a elas anteriormente

3.2 As tentativas de retomar o *Jus Puniendi*

Atualmente o Estado apresenta crise em algumas áreas da segurança pública. O sistema penitenciário encontra-se, na grande maioria, superlotado e com estrutura precária, os índices de criminalidade vêm aumentando e a morosidade do judiciário deixa a situação ainda pior (MACHADO, 2017).

Segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública o número de detentos aumentou 168% do ano 2000 ao ano 2014 no sistema prisional brasileiro que passou a operar em superlotação. Essa deterioração, conforme o Depen, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e entidades da sociedade civil, é oriunda de inúmeros fatores, não somente do aumento da criminalidade (BRASIL, 2018).

Descontentes com a atuação estatal, muitas pessoas que sofrem crimes contra si optam por punir pelas próprias mãos o criminoso. Como foi estudado anteriormente, esse sentimento acaba cegando o injustiçado de maneira que ele não possa mais distinguir o coerente do que enseja o desejo por vingança

A vingança privada pode ser verificada em um exemplo recorrente da atualidade, o excesso de legítima defesa. O indivíduo, quanto sofre lesão a direito seu ou de outrem, atendendo a uma série de requisitos, possui o direito de se defender, e o faz. Porém, muitas vezes se excede, pois confunde o direito de defesa com o dever de punir, e este último pertence ao Estado, assim deverá responder por seu excesso.

O artigo 23 do Código Penal Brasileiro apresenta as excludentes de ilicitude, dentre elas a legítima defesa e a punição pelo seu excesso. O artigo 25 do mesmo Código explica o instituto da legítima defesa e seus requisitos. É considerada legítima defesa nos casos em que forem utilizados, moderadamente, os meios necessários para repelir injusta agressão, seja atual ou eminente, a direito seu ou de outrem (BRASIL, 1940).

O homem desde sempre possui como fundamento a punição para aqueles que usurpem as regras, portanto o surgimento histórico da legítima defesa não é conhecido até hoje. Isso por que ele sempre existiu.

Jesus entende que a legítima defesa, de início, era conhecida e praticada como vingança. Com o surgimento do direito de punir e sua atribuição ao Estado foi tornando-se necessário também permitir que a vítima se protegesse de uma injusta agressão na falta de amparo do ente maior.

É inútil buscar entre os povos primitivos vestígios da legítima defesa. Encontraríamos entre eles formas primordiais de reação ao ataque, mas sem caráter algum de *direito*. Um homicídio ou lesão, segundo as circunstâncias do caso, eram considerados como ofensa ou vingança, como pena ou delito, mas sem a conceituação jurídica de hoje.

A noção jurídica da legítima defesa somente surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada. Somente aí é que se iniciou o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repreensão ao delito; de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão (JESUS, 2014, p. 425).

O que dispõe do art. 23 e 25 do Código Penal brasileiro permite, nos casos que se enquadrarem os requisitos, a exclusão da culpabilidade. A justificativa, segundo Jesus é de que não é possível que o Estado esteja presente em todas as relações cotidianas e por esse motivo nem sempre consegue reprimir injusta agressão.

Só o Estado tem o direito de castigar o autor de um delito. Nem sempre, porém, o Estado se encontra em condições de intervir direta ou indiretamente para resolver problemas que se apresentam na vida cotidiana. Se não permitisse a quem se vê injustamente agredido em determinado bem reagir contra o perigo de lesão, em vez de guardar a providência da autoridade pública, estaria sancionando a obrigação de o sujeito sofrer passivamente a agressão e legitimando a injustiça. (JESUS, 2014, p. 426).

Conforme entendimento majoritário da doutrina essa medida do cidadão, de acordo com a teoria objetiva da legítima defesa, merece atribuição de licitude. O entendimento é de que o indivíduo está apenas retomando o direito de defesa cedido ao estado.

Mirabete e Fabrini explicam de onde vêm as teorias objetivas que justificam o instituto da legítima defesa. Asseguram existir um direito primário de defesa do homem, o mesmo que foi delegado ao Estado nos primórdios.

As teorias objetivas, que consideram a legítima defesa como causa excludente da antijuridicidade, fundamentam-se na existência de um direito primário do homem defender-se, na retomada pelo homem da faculdade de defesa que cedeu ao Estado, na delegação de defesa pelo Estado, na colisão de bens em que o mais valioso deve sobreviver, na autorização para ressaltar o interesse do agredido, no respeito à ordem jurídica, indispensável à convivência ou na ausência de antijuridicidade da ação agressiva. É indiscutível que mais acertadas são as teorias objetivas, cada uma delas ressaltando uma das características do fenômeno jurídico em estudo. (MIRABETE; FABRINI, 2014, p. 168).

O cidadão também responde pelo seu excesso em outro tipo penal, o chamado: exercício arbitrário das próprias razões. Nesse caso, o cidadão acaba fazendo com suas próprias mãos a justiça que é devida ao Estado. A satisfação dessa pretensão, mesmo que legítima, não lhe convém, sendo assim responderá por sua intromissão.

Os artigos 345 e 346 do Código Penal Brasileiro preveem o crime de exercício arbitrário das próprias razões e a penalidades cabíveis. O tipo penal ocorre quando é buscada a satisfação de pretensão, mesmo que legítima, nos casos em que não há previsão legal. Podendo ocorrer as hipóteses são de: tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria que se encontra em poder de terceiro.

Como visto, as ações do indivíduo lesado que visam a punição para satisfazer seu desejo de vingança não são toleradas no ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que esse sentimento cresce na população e o principal motivo é a precariedade no modo como o Estado, detentor desse dever, pune os infratores.

Vale ressaltar que a mera ocorrência dos crimes mencionados não retira do Estado o *Jus Puniendi*. Apenas ocorre, nesses casos a tentativa de retomada do direito-dever cedido antigamente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito enquanto ciência contribuiu para o crescimento da sociedade em diversos sentidos, como por exemplo, regulando melhor a vida do cidadão, mesmo que tenha abolido certa parte de sua liberdade, presenteando-o com segurança e justiça. De início os indivíduos agiam de acordo com os costumes, a influência do sagrado e sem possuir regramento escrito, hoje existem leis que fornecem segurança jurídica às relações sociais.

Juntamente com a ascensão das leis foram estipuladas penas como maneira de prestar justiça aplicando uma punição ao criminoso. Além desse sistema, também há um encarregado de fazê-lo funcionar, como exemplo primordial à essa evolução tem-se a figura do *vizir* no Egito.

Os ramos do Direito que se difundiram com maior evidência foram o Penal e o Civil por serem mais incidentes na vida cotidiana, posteriormente, nasceram todos os ramos do Direito que são conhecidos na contemporaneidade.

O *Jus Puniendi* se tornou tão primordial à sociedade quanto o Direito. Os dois institutos permanecem monopolizados ao Estado e se tratam de importantes pilares sociais. Se não existissem problemas externos à sua execução não haveriam questionamentos quanto a sua prestatividade.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

BRASIL. **Anuário brasileiro de segurança pública**, 2018. Fórum brasileiro de segurança pública. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/>. Acesso em: 29 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 2.848, de 02 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2018.

FERRAZ JUNIOR, Tercio S. **Introdução ao Estudo do Direito**, Ed. 7, São Paulo: Atlas, 2013.

JESUS, Damásio E. **Direito Penal. Parte geral**, Ed. 35, São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Heitor. **A impunidade no Brasil é um convite ao crime**. Site Instituto Liberal, 2017. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/politica/a-impunidade-no-brasil-e-um-convite-ao-crime/>. Acesso em: 23 out. 2018.

MIRABETE, Julio F; FABRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**, Ed.30, São Paulo: Atlas, 2014.

OLIVEIRA, Dannyele. Jus Puniendi do Estado e sua reparação. **Site Jusbrasil**. 2016. Disponível em: <https://dannyeleoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/448814173/jus-puniendi-do-estado-e-sua-reparacao>. Acesso em: 20 nov. 2018.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do Direito**. Ed. 4, São Paulo: Saraiva, 2011.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Ed. 2, São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BARROS, César Leal, **Prisão Crepúsculo de Uma Era**. Del Rey, 2. Ed. Rev. E atual, Belo Horizonte, pág. 33.

DA POSSIBILIDADE DE TRANSMISSÃO DA HERANÇA DIGITAL E AS QUESTÕES DE PRIVACIDADE¹

OLIVEIRA, Giordana Marmentini de²
FARINA, Júlia³
REISNER, Leopoldo Bertolla⁴
ALBUQUERQUE, Simone Gasperin de⁵

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar e demonstrar a influência das mudanças tecnológicas para o surgimento do Direito Digital, bem como seu reflexo no Direito das Sucessões, especificamente sobre a possibilidade da transmissão da herança digital. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, por meio do método analítico-descritivo. Brevemente, busca-se apontar a relação entre tecnologia e informação com os setores da sociedade, com ênfase no setor jurídico. Na atualidade, é possível afirmar que se vivencia uma sociedade da informação, marcada pela diversidade, comunicabilidade e escolhas infinitas. A partir disso, houve a necessidade do Direito se adequar aos novos anseios sociais e tecnológicos, com a finalidade de regulamentar os bens e os direitos oriundos do meio digital. Esta necessidade de regulamentação ocorre também nas questões sucessórias, vez que há controvérsia a respeito da possibilidade de transmissão da herança digital.

Palavras-chave: Direito Digital. Direito das Sucessões. Herança Digital.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma análise a respeito da influência tecnológica e seu reflexo no âmbito jurídico, com ênfase nas questões sucessórias de transmissibilidade de direitos e bens digitais.

Inicialmente, foi realizada uma breve conceituação a respeito da herança e do surgimento do Direito Digital, novo ramo jurídico voltado às mudanças tecnológicas e à sociedade da informação.

Após, analisou-se a hipótese de cabimento da transmissão de bens e direitos digitais a partir do evento morte, caracterizando a herança digital. Para tanto, foi esclarecido a respeito da possibilidade de aplicação dessa nova espécie de herança e sua aplicação.

É importante salientar que são muitas as indagações sobre o assunto, porém são poucas as respostas dadas pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Por ser um tema recente, há pouca literatura disponível, limitada esta a pesquisas acadêmicas, artigos e publicações dos profissionais do chamado Direito Digital, sendo este uma nova face da Ciência Jurídica, tendente a investigar e propor soluções aos fenômenos provenientes do advento da revolução tecnológica.

Neste contexto, duas propostas de alteração legislativa, tendentes a incluir a Herança Digital no rol de disposições do Código Civil, foram apresentadas na Câmara dos Deputados. Todavia, apesar de aprovadas na câmara baixa – embora apresentando aspectos de possível inconstitucionalidade –,

¹ Grupo de Ciências Sociais Aplicadas (Direito), destinado ao XXVI Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais, linha de pesquisa: “Instituições de Direito Público e Privado”.

² Acadêmica em Direito, 8º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: giordana16.m@hotmail.com.

³ Acadêmica em Direito, 8º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: juliab.farina@yahoo.com.br.

⁴ Acadêmico em Direito, 8º semestre - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: leoreisner@gmail.com.

⁵ Mestre e Professora do Curso de Direito - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Câmpus de Erechim. E-mail: salbuquerque@uri.com.br.

não ganharam a atenção devida do Senado Federal, onde o projeto final segue paralisado, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

A metodologia empregada na produção deste artigo foi a bibliográfica, desenvolvida através da pesquisa de obras e artigos científicos. O método utilizado foi o analítico-descrito.

2 DIREITO SUCESSÓRIO E HERANÇA

O Direito das Sucessões se refere à transmissão de bens, direitos e obrigações em virtude da morte de um indivíduo. Por morte, entende-se, modernamente, a “paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória” (GONÇALVES, 2018, v. 1, p. 116) de alguém, sendo que o diagnóstico do momento exato do falecimento só pode ser feito por um profissional habilitado.

No ordenamento jurídico brasileiro, o livro das sucessões é o último do Código Civil de 2002, contemplando os arts. 1.784 a 2.027, o regramento da matéria acerca do tema, uma vez que trata do término da existência da pessoa natural, principal personagem de uma codificação protetora da vida privada. Além disso, o direito à herança também é assegurado no art. 5º, inciso XXX, da Constituição Federal de 1988, tendo sido incluído no rol de direitos fundamentais do cidadão brasileiro.

Denomina-se herança ao patrimônio em aberto deixado pelo *de cujus*, podendo ser tanto bens móveis, imóveis, direito de crédito e débitos. Conforme disposto no art. 1.791 do Código Civil, a herança é vista como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros (BRASIL, 2002).

Além disso, pode-se conceituar a herança como a totalidade patrimonial transmitida pela *causa mortis*, denominando-se também como acervo hereditário, massa ou monte. Aprofundando-se semanticamente, como correspondente ao espólio, traduz-se na universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamento dos herdeiros (PEREIRA, 2019).

Acerca do tema, Tartuce (2019, p. 38), apoiando-se em autores clássicos do direito civil brasileiro, define o conceito de herança:

A herança pode ser conceituada como o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do de cujus. Engloba também as dívidas do morto, conforme a conceituação clássica de Itabaiana de Oliveira: “herança é o patrimônio do de cujus, o conjunto de direitos e obrigações que se transmitem aos herdeiros”. Ou, ainda, nas lições contemporâneas de Sílvio de Salvo Venosa, a herança é “um patrimônio, ou seja, um conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos. O titular desse patrimônio do autor da herança, enquanto não ultimada definitivamente a partilha, é o espólio”. Como se pode perceber, a herança é um conjunto de bens, e não de pessoas (TARTUCE, 2019, p. 38).

A herança, além de sua inequívoca importância na sociedade, é uma garantia constitucional brasileira, a qual vem estampada no art. 5º, XXX, da Constituição Federal, *in verbis*:

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:
[...] XXX – é garantido o direito de herança [...] (BRASIL, 1988).

Verifica-se, desse modo, que a norma constitucional brasileira salvaguarda expressamente o direito de herança aos familiares do falecido, bem como aos eventuais contemplados a receber bens, sendo um direito pertencente a todos, não havendo o que se falar em restrição a esse direito, salvo nos casos previstos em lei.

Destaca-se que os direitos personalíssimos da pessoa são intransmissíveis, de modo que o falecimento do titular fomenta a extinção de tais direitos. Assim, o que passa a integrar a herança são somente os direitos obrigacionais e reais do patrimônio do falecido.

A pessoa que herda a título universal, recebendo a integralidade da herança, ou cota parte, é chamada de herdeiro. Por outro lado, quem herda a título singular, recebendo legado, é denominado legatário. Por legado, entende-se como um bem ou conjunto de bens individualizados da herança (DONIZETTI; QUINTELLA, 2018).

No sistema pátrio, a herança somente é transmitida caso haja saldo positivo após a compensação das dívidas com os bens deixados pelo seu autor, isto é, bens que restarem após o pagamento dos débitos do falecido. Em síntese, é estabelecido que o herdeiro não responde pelos encargos superiores às forças da herança, ou seja, o herdeiro não herda débitos.

Reforça-se que tal premissa está disposta no art. 1.792, do Código Civil, que dispõe que “o herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados” (BRASIL, 2002).

Ocorre que, atualmente, os bens deixados pelo *de cuius* não se restringem apenas aos bens móveis e imóveis, comumente considerados tradicionais. Os avanços tecnológicos contribuem para o surgimento de bens na forma virtual, os denominados bens digitais. A transmissão de tais bens ainda é controversa, conforme será verificado nos tópicos seguintes.

3 O SURGIMENTO DO DIREITO DIGITAL E SUA INFLUÊNCIA

O atual contexto histórico-social é marcado pelo avanço tecnológico, fato que reflete em todos os setores da sociedade, inclusive o jurídico. Verificada a necessidade de o Direito acompanhar os novos anseios sociais e tecnológicos, busca criar novos instrumentos que possam regular as relações entre o homem e a tecnologia (GIRARDELLO, 2017).

Dito isso, é possível afirmar que as mudanças tecnológicas transformaram a sociedade em sociedade da informação. Segundo Malheiro (2018), as tecnologias de comunicação, processamento e distribuição de informações são utilizadas pelas pessoas em seus contextos sociais, econômicos e políticos, originando uma nova estrutura social com reflexos em âmbito global.

A partir desse movimento social-tecnológico, surge uma nova figura jurídica: o Direito Digital. Denomina-se Direito Digital a compilação de todos os ramos do Direito, voltada aos impactos e reflexos tecnológicos (GIRARDELLO, 2017). Ademais, trata-se de um conjunto de normas e conhecimentos oriundos do ambiente digital, marcado pelas seguintes características: celeridade, dinamismo, autorregulamentação, uso de analogia, utilização da arbitragem, etc. (PINHEIRO, 2016).

Diante do novo *status* social, marcado pela era digital, percebe-se a exigência de que a sociedade participe dessas novas mudanças tecnológicas por meio da flexibilidade e da habilidade de dominar novas tecnologias (MALHEIRO, 2018).

O universo tornou-se conectado, marcado pela diversidade e pela possibilidade de escolhas infinitas, fato que mudou o papel do homem na sociedade e sua relação com o Direito. Portanto, é possível afirmar que a revolução tecnológica mudou comportamentos sociais (PINHEIRO, 2016).

Esse novo modelo desafia o Direito a regular as relações resultantes dessa interação, devendo aprimorar-se, renovar-se e criar novos institutos capazes de regular a sociedade e garantir a segurança, o bem-estar e a paz social.

Nesse sentido, afirma Bittar (2018, p. 935):

A Teoria do Direito se vê francamente desafiada a repensar seus fundamentos e seus capítulos mais sensíveis, quando se trata de pensar o impacto das novas tecnologias e a emergência da era digital, da era do número, ou ainda, da era do cibernético e do espaço virtual. É decisiva, nesta perspectiva, a atitude de antecipação reflexiva, como forma de compreender os riscos e os impactos, tendo-se presente o papel social regulatório do Direito. Entende-se que o Direito na era digital tem o papel de circunscrever fronteiras, regras e parâmetros, ‘freando’ o caráter ‘desenfreado’ do desenvolvimento techno-científico, ao mesmo tempo em que a

condição humana é resignificada, e em que as formas de sociabilidade são re-definidas (BITTAR, 2018, p. 935).

Embora as mudanças digitais molduram a nova realidade social, modificando diversos setores da sociedade, é necessária a participação de um Direito ativo e participativo na abordagem dos novos institutos tecnológicos.

É importante que a ciência jurídica compreenda o mecanismo de funcionamento das novas tecnologias de informação e de comunicação, bem como sua evolução no futuro. É por meio dessa compreensão que se pode criar leis, aplica-las e solucionar casos concretos (PINHEIRO, 2016).

Diante disso, o Brasil, por exemplo, busca alcançar a inclusão digital e a cidadania digital, ou seja, busca garantir que todos tenham acesso aos meios digitais, embora ainda encontre dificuldades em disponibilizar o acesso à tecnologia de boa qualidade a todos (MALHEIRO, 2018).

Esta necessidade de regulamentar as matérias atinentes ao mundo digital ficou confirmada quando foi criado o Marco Civil da Internet (Lei 12.965, de 23 de abril de 2014), que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, além de regulamentar sua utilização (MALHEIRO, 2018).

Foi a partir do enfrentamento de questões polêmicas que envolvem os interesses da sociedade da informação, tais como a privacidade, a liberdade de expressão, a segurança da informação, a proteção de dados, a neutralidade da rede, entre outros, que surgiram proteções digitais, ou seja, a proteção de conteúdos provenientes do mundo digital.

Segundo Pinheiro (2016), o desafio do Direito Digital é tutelar os bens jurídicos oriundos do meio virtual. Dentre esses bens, existem os bens digitais, que são caracterizados como bens incorpóreos, ou abstratos, ou seja, os que não possuem existência ou aspecto físico, como é o caso dos direitos autorais e dos produtos virtuais. Tais bens podem ser constituídos por textos, vídeos, fotografias, bases de dados, entre outros (LACERDA apud MATTA, 2018).

Esta nova modalidade jurídica e a origem dos bens digitais refletem nas questões sucessórias, uma vez que há divergência a respeito da transmissibilidade dos bens digitais.

4 HERANÇA DIGITAL

A internet trouxe mudanças significativas para a sociedade e tais mudanças foram sentidas em todas as suas áreas. Quando a sociedade muda, o Direito deve acompanhar tais mudanças. Ainda que o ordenamento jurídico não consiga acompanhar as mudanças que nele ocorrem com a mesma velocidade, ele não deve se tornar obsoleto. Tais mudanças atingiram também a área das sucessões, possibilitando a inclusão de novos objetos passíveis de transmissão. (LIMA, 2013)

Com o objetivo de regular estas novas situações o poder legislativo, no ano de 2012, criou o projeto de Lei nº 4.099/2012, que visava garantir aos herdeiros a transmissão de todos os conteúdos de contas e arquivos digitais. Novamente, no ano de 2017, o PL nº 8562/2017, trata da regulamentação da herança digital, principalmente no que tange sua conceituação e aplicabilidade. O primeiro projeto de lei foi da autoria do então Senador Jorginho de Mello e, o segundo, teve como autor o Deputado Federal Elizeu Dionísio.

Em ambos os projetos, o principal fundamento foi a valoração do conteúdo existente no meio digital e nas redes sociais, tendo na maioria dos casos um valor predominantemente sentimental. Não se pode excluir os conteúdos com verdadeiro valor econômico, como os *bitcoins*¹, por exemplo.

Independentemente da existência de valor econômico, percebe-se que ainda existem muitas dúvidas acerca da transmissão do conteúdo digital, uma vez que a legislação para disciplinar o assunto é praticamente inexistente. O primeiro ponto a ser debatido é se o conteúdo digital pode ser

¹ Moeda virtual que permite aos usuários conduzir transações no anonimato, extensamente utilizada na 'internet invisível' para o comércio de produtos e serviços de variados tipos.

efetivamente transmitido, uma vez que não se caracteriza como um patrimônio propriamente dito, mas sim como algo imaterial, extrapatrimonial. De acordo com Flávio Tartuce:

Vale lembrar que o Código Civil de 2002 admite que o testamento tenha um conteúdo extrapatrimonial, pela regra constante do seu art. 1.857, § 2º (“São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”). Procurou-se, assim, afastar críticas anteriores existentes quanto ao art. 1.626 do Código Civil de 1916, que supostamente limitava o testamento a um conteúdo patrimonial (“Considera-se testamento o ato revogável pelo qual alguém, de conformidade com a lei, dispõe, no todo ou em parte, do seu patrimônio, para depois da sua morte”) (TARTUCE, 2018, n. p.).

Neste sentido, no que concerne à possibilidade do conteúdo da herança digital poder ser efetivamente transmitido não há maiores discussões. O segundo ponto a ser debatido é atinente à privacidade dos usuários após a morte do titular do direito digital. A privacidade é um direito constitucionalmente garantido e, como ainda não há uma lei que regulamente tal situação especificamente, é necessário trabalhar com a legislação existente.

O Marco Civil da Internet é uma legislação atual que trata da privacidade do usuário na internet:

Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

IV - não suspensão da conexão à internet, salvo por débito diretamente decorrente de sua utilização;

V - manutenção da qualidade contratada da conexão à internet;

VI - informações claras e completas constantes dos contratos de prestação de serviços, com detalhamento sobre o regime de proteção aos registros de conexão e aos registros de acesso a aplicações de internet, bem como sobre práticas de gerenciamento da rede que possam afetar sua qualidade;

VII - não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei (BRASIL, 2014).

A mencionada lei visa a disciplinar o bom uso da internet pelo usuário, impondo-lhe garantias e deveres. É perceptível a importância dada à privacidade e ao sigilo de dados da pessoa. Tal situação leva ao questionamento: É realmente possível fazer a transmissão do conteúdo existente nas redes sociais, levando-se em conta que se tratam de informações pessoais, que são consideradas invioláveis, nos termos do estatuto supracitado?

Os desenvolvedores das redes sociais entendem que sim. No caso do Facebook, por exemplo, criaram-se os “contatos herdeiros”. Segundo a plataforma, um contato herdeiro é a pessoa escolhida pelo titular da conta para gerenciar a sua página pessoal, quando este vier a falecer, quando então a referida página poderá ser transformada em memorial (FACEBOOK, 2019).

Dentre as atribuições dadas ao contato herdeiro estão a possibilidade de visualização das publicações que só poderiam ser vistas pelo próprio dono da conta e de responder às solicitações de amizade. Porém, a fim de preservar a privacidade do *de cuius*, o contato herdeiro não poderá ler as mensagens enviadas e recebidas, entrar na conta (considerando que o contato herdeiro irá transformar a conta num memorial, não se tornando o titular da conta) e nem remover amigos, ou fazer novas

solicitações de amizade. Percebe-se que houve a intenção de preservar a privacidade e a intimidade do falecido, ao mesmo tempo em que houve transmissão do controle de titularidade da conta.

Mesmo com possíveis inovações legislativas e alternativas dadas pelos próprios desenvolvedores, ainda não há uma lei específica que discipline de forma clara o assunto. Devido a esta omissão, a vontade devidamente exteriorizada do falecido deve ser usada como real parâmetro para a tomada de qualquer atitude, devendo ser acima de tudo respeitada.

De qualquer forma, devem ser observados os precedentes jurisprudenciais, frente ao caso concreto. Caso a pessoa não deixe nada testado sobre seu acervo digital, entende-se que tais dados devam ser passados aos familiares, independentemente de haver valoração econômica, ou não. Caso o *de cuius* deixar claro que não deseja que tais informações sejam repassadas, essas deverão ser preservadas, uma vez que se tratam de direitos personalíssimos (LIMA, 2013).

É certo que no caso de existir efetiva transmissão, deve-se repetir a postura adotada pelo Facebook, e estabelecer certos limites, como é o caso da disponibilização das mensagens recebidas. Como já foi anteriormente dito a privacidade é um direito constitucionalmente garantido e como tal deve ser respeitado. Da mesma forma que deve ser respeitado, deve ser adaptado à nova realidade existente, considerando que atualmente não se encontram óbices para a transmissão de bens digitais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da inegável intervenção da tecnologia e da informação nas relações sociais, se verifica que o Direito precisa acompanhar aos novos anseios sociais por meio da regulamentação das práticas oriundas do meio digital, para fins de manter a harmonia entre as relações pessoais e virtuais.

Além disso, é importante ressaltar que, questões como a da herança digital, serão comuns e surgirão com maior frequência.

Concluímos que o objeto de estudo deste trabalho ainda necessita de um aperfeiçoamento teórico por parte da doutrina e da jurisprudência, para que fique claro qual o melhor caminho jurídico adotar no caso concreto.

Visando a uniformização da jurisprudência brasileira referentes à transmissão *post mortem* de bens digitais, principalmente as que versem sobre o acesso de familiares às contas pessoais, dois projetos de lei foram apresentados à Câmara dos Deputados visando à transferência de todo o acervo patrimonial digital do *de cuius* a seus herdeiros, pouco importando se esses bens estão, ou não, gravados com licença de uso, sejam bloqueados mediante senha ou possuam conotação privada.

Todavia, deve-se ponderar que uma proposta legislativa, com condições de motivar a inserção de uma norma específica sobre a Herança Digital, no Código Civil Brasileiro, precisa selecionar, de modo técnico, claro e preciso, quais bens digitais serão transmitidos, ou não, aos herdeiros em razão da morte do seu titular, lembrando-se sempre que se tratam de direitos personalíssimos.

Desta forma, sabendo-se que se tratam de situações fáticas que precisam de uma regulamentação jurídica, eis que tendentes a gerar dúvidas e acarretar conflitos, entende-se que, na ausência de tal regulamentação, deve-se tratar o tema da herança digital conforme as normas e princípios, constitucionais e civis, vigentes.

REFERÊNCIAS

BERTASSO, Bruno de Matos. **Bens digitais em serviço de computação em nuvem e o direito de sucessão**. 2015. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/11139/1/2015_BrunodeMatosBertasso.pdf. Acesso em: 21 ago. 2019

BITTAR, Eduardo C. B. A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. **Revista Direito e**

Práxis, vol. 10, n. 02, p. 933-961, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdp/v10n2/2179-8966-rdp-10-2-933.pdf>. Acesso em: 19 ago 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. 9. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)**. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL, **PL 4099/2012 (2012)**. Câmara dos Deputados, 2012. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 13 ago. 2019.

BRASIL, **PL 8562/2017 (2017)**. Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2151223>. Acesso em: 13 ago. 2019.

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

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. **Curso didático de direito civil**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018. ISBN 978-85-97-01650-5. E-book.

FACEBOOK. **O que é um contato herdeiro e o que ele pode fazer com minha conta do Facebook?** 2019. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/1568013990080948>. Acesso em: 21 ago 2019.

GIRARDELLO, Diogo Prestes. O que é Direito Digital? Conceito de Direito Digital e sua abrangência. **Jusbrasil**, 2017. Disponível em: <https://diogoprestes.jusbrasil.com.br/artigos/252818928/o-que-e-direito-digital>. Acesso em: 19 ago 2019.

GONÇAVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte Geral. vol.1. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IBDFAM. **Projeto de Lei garante aos herdeiros acesso à herança digital**. Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5118/Projeto+de+Lei+garante+aos+herdeiros+acesso+%C3%A0+heran%C3%A7a+digital>. Acesso em: 13 ago 2019.

LACERDA DE ALMEIDA, Francisco de Paula. **Sucessões**. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, Editor, 1915.

LIMA, Isabel Rocha. Herança Digital: direitos sucessórios de bens armazenados virtualmente. **Biblioteca Digital da Produção Intelectual Discente da Universidade de Brasília**, 2013. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/6799/1/2013_IsabelaRochaLima.pdf. Acesso em: 12 ago. 2019.

MALHEIRO, Emerson Penha. A inclusão digital como direito fundamental na sociedade da informação. **Revista dos Tribunais**, vol. 987, ano 107, p. 39-54, São Paulo, jan. 2018.

MATTA, Lander. Herança digital: uma breve análise de bens digitais, sucessão e direito da personalidade. **Jus**, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70063/heranca-digital-uma-breve-analise-de-bens-digitais-sucessao-e-direito-da-personalidade>. Acesso em: 19 ago. 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 26. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 38, 2019. ISBN 978-85-309-8394-9. E-book.

TARTUCE, Flávio. Herança digital e sucessão legítima: primeiras reflexões. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/630721643/heranca-digital-e-sucessao-legitima-primeiras-reflexoes>. Acesso em: 12 ago. 2019.

DESDOBRAMENTOS DO DIREITO AO ESQUECIMENTO PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO FRENTE AOS FATORES DA PRIVACIDADE NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

COFFY, Daniela Barp¹
POKOJESKI, Sueli²
CASTANHO, William³

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer à reflexão o tema do direito ao esquecimento, através da análise sobre seus desdobramentos, tendo a liberdade de expressão avaliada como o direito à privacidade, imagem e à honra. Perpassa também, questionamentos sobre de que modo podem confrontar-se ao direito à informação. Através deste recorte, busca-se mostrar como o direito ao esquecimento e liberdade de expressão, engloba não somente o Direito, mas o pleno desenvolvimento e exercício da cidadania, a diversidade, bem como, a própria liberdade de expressão na internet. Dessa forma, suscita-se o questionamento de até onde o direito de ser deixado em paz, que privilegia a dignidade da pessoa humana, pode chegar sem que afete o direito da sociedade de obter informação. A metodologia utilizada para o desenvolvimento do presente trabalho se baseou em pesquisa bibliográfica e documental, tendo como métodos indutivo e analítico- descritivo sua principal linha de abordagem para os temas propostos. Fica exposto que o direito ao esquecimento não deve ser visto como “inimigo da sociedade” ou mesmo como ferramenta para a censura, mas que pode ser aplicado/aproveitado em inúmeros casos, que envolve seus desdobramentos.

Palavras-chave: Direitos. Esquecimento. Informação. Princípios. Dignidade.

1 A INFORMAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA SOCIEDADE

No Brasil, as liberdades de expressão e de pensamento estão resguardadas na Constituição da República de 1988, tendo força de direitos fundamentais. Necessário ressaltar a impossibilidade de alteração de qualquer tipo de direito ou garantia individual, por serem cláusulas pétreas, como refere o artigo 60:

Art. 60, § 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.

Outrossim, a Carta Magna do país elencou a liberdade informacional, bem como a vedação a qualquer tipo de censura de ordem ideológica ou política, como direitos invioláveis. Foram, portanto, positivados através dos artigos 5º, incisos IV e IX, e art. 220, caput, §§1º e 2º:

¹ Acadêmica do Curso de Direito da URI - Câmpus de Erechim. E-mail: dbcoffy@gmail.com.

² Professora Mestre em Educação, atua das disciplinas de Filosofia, Sociologia e Direitos Humanos da URI - Câmpus de Erechim. E-mail: spokojeski@uricer.edu.br.

³ Acadêmico do Curso de Direito da URI - Câmpus de Erechim. E-mail: williamcastanho@outlook.com.

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:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Deste modo, em última análise normativa, o direito ao livre pensamento também está resguardado na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Estados Unidos da América) - conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Está no seu art. 13, que diz:

Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

Logo, torna-se evidente a enorme importância da liberdade de pensamento e de expressão para qualquer tipo de nação que queira se dizer democrática. (LINS, 2018). E, para tanto, a liberdade de expressão na internet foi disciplinada, de forma mais específica, através do Marco Civil (Lei 12.965 de Abril de 2014). A lei em questão buscou regulamentar um nicho onde havia muitas lacunas legais e privilegiar a liberdade de expressão. Pensando desta forma, os Direitos Humanos, o desenvolvimento da personalidade, o exercício da cidadania, a pluralidade e a diversidade são alguns ideais defendidos pela referida lei. Logo, para o bom exercício dessa liberdade, a lei fez-se importante.

2 SURGIMENTO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Desde a sua origem, na Europa, o debate sobre o direito ao esquecimento tem criado opiniões contrastantes e tem sido explorado frequentemente para finalidades políticas. A discussão envolve, por vezes, a existência de concepções divergentes de seu conceito, também figura-se necessário considerar os seus desdobramentos no âmbito digital e “torna ainda mais grave e acentua a dificuldade muitas vezes enfrentada de apagar dados produzidos na rede” (COSTA, 2013, p. 187-188).

Tem-se um caso, que pode ser citado para melhor compreensão, como exemplo o caso da Europa de Mario Costeja Gonzalez, um cidadão espanhol, que pediu pelo esquecimento de seu nome das buscas do “Google”. O ocorrido chegou até o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e fez com que surgisse o *right to be alone* (ou direito de ser esquecido, em português):

Situação jurídica peculiar, ainda na confluência dos direitos à identidade e de liberdade de manifestação de pensamento, é aquela na qual fatos verdadeiros, ocorridos há algum tempo sobre determinada pessoa, que tenha mudado de vida (seja no aspecto ideológico, moral, político, sexual) e conquistado nova imagem social, são reinvocados na atualidade, ferindo sua identidade pessoal. Trata-se do aspecto dinâmico da identidade, passível de constante modificação e sempre em processo de reconstrução psicossocial, o qual deve ser tutelado pelo Direito (MORAES, 2019, p. 141).

Em seguida, esse pensamento chegou até o Brasil e foi mencionado em audiência pública no Supremo Tribunal Federal, em 12.06.2017. O direito ao esquecimento é apto, com apoio no direito fundamental à privacidade (CF, art. 5º, X), a impedir, por exemplo, a exposição de dados privados

para torná-los como verdadeiros e, sobre os quais, não exista interesse que seja merecedor de tutela à informação, expondo os culpados por tais atrocidades virtuais (LINS, 2018).

Nesse paradigma, é possível fazer uma analogia ao caso do condenado, na esfera penal, que já cumpriu sua pena e não quer mais ser associado, pela imprensa, ao estigma de criminoso. De fato, o direito ao esquecimento tem sua origem no direito à ressocialização do condenado e surgiria como um direito social, defendendo sua honra. Assim, se define o direito ao esquecimento:

Direito ao esquecimento pode ser definido como o direito da pessoa de apagar informações pretéritas suas e que não têm nenhum interesse público, ou seja, algo que não fere o direito à informação ou à liberdade de expressão e que, também, respeita os princípios constitucionalmente protegidos da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88). (FRANCEZ, 2013. p. 201).

Nessa banda, entra em discussão o direito ao esquecimento na internet e, ainda mais, com grande intensidade, nas relações entre Direito e Internet. “Que poderia dizer daquele que se vangloria deliciosamente de obter perdões imaginários para seus crimes, que mede pela clepsidra a duração do purgatório e compõe para si mesmo uma tabela matemática infalível de séculos, anos, meses, dias e horas? (ROTTERDAM, 1974, p. 56).

Desse modo, tem-se o difícil entroncamento entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Divide opiniões notadamente entre aqueles que defendem, preferencialmente, a liberdade de expressão e outros que tentam ponderá-la com o direito à privacidade. Em suma, Francez (2013) diz que nem a privacidade, nem a liberdade de expressão valem mais, devendo-se, pelo contrário, cercar esses direitos fundamentais e analisar, através da técnica da ponderação de valores, qual deles realiza, mais adequadamente, a dignidade da pessoa humana no caso concreto:

Nesta terra fatiada em Estados soberanos, os sem-teto são também sem direitos, e sofrem, não por não serem iguais perante a lei, mas porque não existe lei que se aplique a eles e nas quais possam se pautar, ou a cuja proteção possam recorrer, em seus protestos contra a rigorosa condição a que foram submetidos. (BAUMANM, 2003, p. 152).

Como se vê, o direito ao esquecimento envolve debates, reflexões, nos tempos atuais, por serem necessários quando considerados os direitos fundamentais. Sendo assim importante, mas que certamente não se esgotará neste recorte de Estudo.

3 A IMPORTÂNCIA DO CHAMADO DIREITO AO ESQUECIMENTO NA ATUALIDADE

Por ser considerado importante, percebe-se que, na atualidade, existe a chamada liberdade informacional:

Seus personagens centrais são homens e mulheres, nossos contemporâneos, desesperados por terem sido abandonados aos seus próprios sentidos com sentimentos facilmente descartáveis, ansiando pela segurança do convívio e pela mão amiga com que possam contar num momento de aflição, desesperados por “relacionar-se”. E no entanto desconfiados da condição de “estar ligado”, em particular de estar ligado “permanentemente”, para não dizer eternamente, por temer que tal condição possa trazer encargos e tensões que eles não se consideram aptos nem dispostos a suportar, e que podem limitar severamente a liberdade de que necessitam para – sim, seu palpite está certo – relacionar-se. [...]. (BAUMAN, 2003, p. 8).

Dessa maneira, entende-se que, isso tudo, esta engloba a liberdade de expressão, que é a capacidade da pessoa de exprimir seus pensamentos; bem como o direito à informação - ferramenta utilizada para ter acesso à algum dado, crítica ou acontecimento.

Nesse contexto, o Código Civil disciplina inúmeros direitos da personalidade e a justificativa é que todos estão conectados – o acesso à internet já é aplicado como um direito humano, pela ONU. Por se tratar de um fenômeno mundial, não existe um controle por um órgão superior que unifique uma sanção previsível para alguma atitude reprovável. A legislação é feita por cada país e, no caso do Brasil, feita através do Marco Civil da Internet (Lei 12.965 de Abril de 2014), que trata sobre dados pessoais para fins particulares e não econômico. Dessa forma, a exposição torna-se imprevisível e praticamente, inevitável. Então encarar a privacidade em uma sociedade onde a exposição é a regra, figura-se um desafio, como afirma:

A regulamentação da rede é efetuada dentro de cada país, que é livre para estabelecer regras de utilização, hipóteses de responsabilidade e requisitos para acesso, atingindo apenas os usuários sujeitos à soberania daquele Estado. Como forma de impedir, investigar e reprimir condutas lesivas na rede, são por vezes necessários esforços conjuntos de mais de um sistema jurídico, dependendo da localização dos infratores e dos serviços por eles utilizados (LEONARDI, 2005. p. 1).

Nesse sentido, surge um grande obstáculo: rastrear o vazamento de determinado conteúdo, uma vez que a origem da disseminação pode ter sido feita em outro país, criando um problema jurisdicional (LINS, 2010). Outrossim, o direito ao esquecimento pode se mostrar, para mitigar os danos em muitos desses casos e pode ser visto como uma ferramenta útil, no intuito de frear a eternização de informações, que, além de não possuírem veracidade, não têm relevância para a sociedade.

Nesta banda, emerge o surgimento das *fakenews*. O termo é utilizado para se referir à notícias fabricadas, não possuindo qualquer embasamento fático, mas com uma roupagem de veracidade. É indubitável que o fenômeno das *fakenews* é de difícil controle, conforme pronunciamento oficial sobre a matéria do TSE:

Esclarecimentos sobre informações falsas, qualquer pessoa poderá ter acesso a informações que desconstroem boatos ou veiculações que buscam confundir os eleitores brasileiros. Diante das inúmeras afirmações que tentam macular a higidez do processo eleitoral nacional, nessa página o TSE apresenta *links* para esclarecimentos oriundos de agências de checagem de conteúdo, alertando para os riscos da desinformação e clamando pelo compartilhamento consciente e responsável de mensagens nas redes sociais. Vale referir que o Tribunal Superior Eleitoral tem encaminhado todos os relatos de irregularidades que chegam ao seu conhecimento para verificação por parte dos órgãos de investigação, especialmente Ministério Público Eleitoral e Polícia Federal. A finalidade é garantir a verificação de eventuais ilícitos e a responsabilização de quem difunde conteúdo inverídico.

Recentemente, este artifício tem sido usado para, inclusive, eleger políticos ao redor do mundo. O atual presidente do Estados Unidos da América, foi eleito em 2016 com um forte apoio de *fakenews*. O acontecimento teve proporções tão grandes que o *CEO* do *Facebook*, Mark Zuckerberg, compareceu ao Senado americano para prestar esclarecimentos. Da mesma forma, como exemplo, no Brasil, pelo fato de que não houve a autenticação por dois fatores e criptografia, um invasor teve acesso ao histórico na nuvem do aplicativo Telegram, e o site *The Intercept Brasil* divulgou o conteúdo de diversas mensagens trocadas entre procuradores da força-tarefa da operação Lava Jato em Curitiba. Para esses exemplos e situações jurídicas:

Situação jurídica peculiar, ainda na confluência dos direitos à identidade de liberdade de manifestação de pensamento, é aquela na qual fatos verdadeiros, ocorridos há algum tempo sobre determinada pessoa, que tenha mudado de vida (seja no aspecto ideológico, moral, político, sexual) e conquistado nova imagem social, são reinocados na atualidade, ferindo sua identidade pessoal. Trata-se do aspecto dinâmico da identidade, passível de constante modificação e sempre em processo de reconstrução psicossocial, o qual deve ser tutelado pelo Direito. (CHOERI, 2010, p. 262).

Nesse sentido, o Direito ao Esquecimento mostra sua utilidade, pois há um grande movimento em tentar direcioná-lo à uma certa forma de censura ou de cerceamento às informações irrelevantes e pode ser um instrumento para a garantia do Estado.

4 DAS TEORIAS

Por iniciativa do Conselho da Justiça Federal e do Centro de Estudos Judiciários (CEJ), sob a coordenação do Ministro João Otécio de Morona, na VI Jornada de Direito Civil – 10 anos de vigência do Código Civil – realizada em Brasília, nos dias 11 e 12 de março de 2013, foram aprovados diversificados enunciados. Entre eles, o Enunciado 531, com a seguinte redação: “*a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento*”. Segue a transcrição da justificativa do enunciado:

Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Conforme o Recurso Extraordinário 1010606, três posições sobre o tema foram sintetizadas, porque afirma que na posição pró-informação, para os defensores, simplesmente não existe um direito ao esquecimento. (SCHREIBER, 2017). Esta foi a posição defendida por diversas entidades ligadas à comunicação. Além, de que seus representantes sustentaram que o direito ao esquecimento, além de não constar expressamente da legislação brasileira, não poderia ser extraído de qualquer direito fundamental, nem mesmo do direito à privacidade e à intimidade.

Um direito ao esquecimento seria, ademais, contrário à memória de um povo e à própria História da sociedade. Defensores desse posicionamento invocam, ainda, a jurisprudência mais recente do nosso Supremo Tribunal Federal, especialmente o célebre precedente das biografias não-autorizadas (ADI 4.815).

Em contrapartida, para os defensores posição pró-esquecimento, diz que o direito ao esquecimento não apenas existe, como deve preponderar sempre, como expressão do direito da pessoa humana à reserva, à intimidade e à privacidade. (SCHREIBER, 2017). Na esteira da cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana – valor supremo na ordem constitucional brasileira –, esses direitos prevaleceriam sobre a liberdade de informação acerca de fatos pretéritos, não-atuais. Entender o contrário seria rotular o indivíduo, aplicando “penas perpétuas” por meio da mídia e da internet.

O IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, cujo representante defendeu essa posição, chegou a propor um prazo de cinco anos, contados do fim do cumprimento da pena, para que informações sobre condenações penais sejam “apagadas” da imprensa e da internet.

Os defensores da posição pró-esquecimento amparam-se na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2013, no célebre caso da Chacina da Candelária, no qual reconheceu aquela Corte um direito ao esquecimento que definiu como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade” (REsp 1.334.097/RJ).

Aludem, ainda, à experiência europeia, que, em contraposição à experiência norte-americana, inclina-se pela prevalência do direito ao esquecimento, como se vê na decisão da Corte de Justiça da União Europeia, que, em 2014, determinou determinado motor de buscas na internet desvinculasse e o nome do cidadão europeu Mario Costeja González de antiga notícia sobre penhora de seu imóvel.

Para os defensores da posição intermediária, a Constituição brasileira não permite hierarquização prévia e abstrata entre liberdade de informação e privacidade (da qual o direito ao esquecimento seria um desdobramento). Os defensores dessa tese, dizem figurar ambos como direitos fundamentais, e que não haveria outra solução tecnicamente viável que não a aplicação do método de ponderação, com vistas à obtenção do menor sacrifício possível para cada um dos interesses em colisão.

Esta foi a posição defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil, que, à luz da hipótese concreta subjacente à audiência pública, qual seja, a veiculação de programas de TV com relato e/ou encenação de crimes reais envolvendo pessoas ainda vivas, chegou a propor parâmetros para a ponderação, como, por exemplo, o parâmetro da fama prévia, que impõe distinguir entre vítimas que possuem outras projeções sobre a esfera pública (retratação do suicídio de Getúlio Vargas ou do assassinato de JFK, em que tende a preponderar a liberdade de informações) e pessoas que somente têm projeção pública como vítima daquele delito (SCHREIBER, 2017). Nesse âmbito, projeto de lei N.º 10.860, 10 de janeiro de 2018, do Sr. Augusto Carvalho, institui o direito ao esquecimento:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Acrescente ao art. 11 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o seguinte parágrafo, que será o único:

“Art. 11. Parágrafo único. A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Art. 2º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Portanto, necessário e incluso à tutela da dignidade da pessoa humana, o direito ao esquecimento, dentro do cenário brasileiro adotou a “posição intermediária”, citada no julgamento do Recurso Extraordinário 1010606.

5 O ENTENDIMENTO ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, sobre direito ao esquecimento, surgiu o caso mais difundido e de grande comoção a âmbito midiático do Brasil: o de Aida Curi. Conforme trecho do Recurso Extraordinário nº 1.010.606:

Na origem, a família de Aida Curi, assassinada em 1958, insurgiu-se contra reportagem televisiva veiculada em 2004 no programa *Linha Direta – Justiça*, da Rede Globo, em que foi apresentada uma narrativa a respeito da vida da jovem, bem como das circunstâncias de seu assassinato. Os irmãos de Aida alegaram que a exposição realizada de forma “sensacionalista” causou-lhes considerável sofrimento ao reviver, em seu íntimo, mas também perante à sociedade, uma tragédia que, à época do programa, datava de quase 50 anos.

A demanda foi julgada improcedente em primeira e segunda instância e chegou ao Superior Tribunal de Justiça através do REsp1.335.153-RJ. Nesse momento, o STJ reconheceu que o direito ao esquecimento pode impelir a divulgação de alguns acontecimentos passados depreciativos. Portanto, levando em consideração a relevância histórica do caso, compreendeu que não seria possível narrar o crime sem que se mencionasse o nome de Aida Curi. Portanto, segue voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão:

Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido. Tal pretensão significaria, em última análise, por exemplo, tentar retratar o caso DorotyStang, sem DorotyStang; o caso Vladimir Herzog, sem Vladimir Herzog, e outros tantos que permearam a história recente e passada do cenário criminal brasileiro. Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio

público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi. É evidente e possível, caso a caso, ponderação acerca de como o crime se tornou histórico, podendo o julgado reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.

Dessa decisão, houve recurso ao STF, que reconheceu repercussão geral do recurso extraordinário (RE 1010606). Nesse contexto, o Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) elaborou um brilhante parecer como *amicus curiae* na referida Repercussão Geral sobre o assunto. Nos autos do estudo atentou para um importante ponto sobre o termo “esquecimento”. *In verbis*:

Para além de toda a controvérsia sobre a conceituação e implementação dessa figura, vale lembrar que, em última instância, nenhuma decisão (judicial ou administrativa) jamais gerará o efeito do esquecimento. Esquecer é uma consequência que pode ou não acontecer quando se obriga a remoção de um conteúdo. Nesse sentido, já se percebe que a própria designação do “direito ao esquecimento” é equívoca. O Direito não pode prometer esquecimento.

Outrossim, o Tribunal favoreceu o direito à liberdade de imprensa, bem como, a liberdade de expressão em face do direito ao esquecimento. O processo aguarda esclarecimentos finais e, após o pronunciamento, será possível clarificar qual direito deve ser proclamado como o supremo.

6 DO CHOQUE DE PRINCÍPIOS

Como visto, o direito à liberdade de expressão, a dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade são garantias constitucionais asseguradas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, e MORAES (2011, p.69), exemplifica que a manifestação do pensamento é livre e garantida constitucionalmente no artigo 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988 e também é ratificada pela Lei 12.965/14, que se tornou conhecida como Marco Civil da Internet, sendo que nos artigos 2º e 3º explica-se que o uso da internet deverá respeitar a liberdade de expressão.

Por conseguinte, a Carta Magna também tutela à proteção aos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, conforme o artigo 5º, incisos III e X, isto é, dessas garantias se deriva o direito ao esquecimento. Sendo também essa proteção reconhecida pelo Conselho da justiça federal no enunciado 531, da VI Jornada de Direito Civil, concluindo:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do exdetento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Logo, é notável que há um choque entre essas garantias, e sua ponderação se faz necessária, como explica o jurista:

Os princípios possuem textura aberta, são mandados de otimização que exigem o cumprimento de algo da melhor maneira possível, logo não é identificável previamente a situação concreta que estarão sob sua égide. Tal característica faz com que não raramente estas normas entrem em colisão, todavia, os métodos clássicos de resolução de conflitos são inadequados, por não tratar, como no caso das regras, de validade ou invalidade, visto que,

apenas princípios válidos podem colidir, sendo assim, não é declarando a invalidade de um princípio que será solucionado o conflito. (ALEXY, 1993 apud FARIAS, 2000, p. 30).

Também, se faz necessário a análise de cada caso concreto para se avaliar o peso que cada princípio contém em cada situação, pois a generalização abre lacunas para a aparição de injustiças, assim como explica:

O equacionamento das tensões principiológicas só pode ser empreendido à luz das variáveis fáticas do caso, as quais indicarão ao intérprete o peso específico que deve ser atribuído a cada cânone constitucional em confronto. E a técnica de decisão que, sem perder de vista os aspectos normativos do problema, atribui especial relevância às suas dimensões fáticas, é o método de ponderação de bens. (SARMENTO, 2004, p.55).

Sendo assim, é importante que a interpretação, deve ser feita com uma análise minuciosa, sem perder de vista, os aspectos das normas, considerando também a sua relevância.

7 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Como já abordado, a Constituição federal é clara quanto a garantia dos direitos da personalidade e principalmente a liberdade de expressão, sendo proibido qualquer tipo de censura. Porém, o direito à liberdade de expressão, assim como muitos outros, não é absoluto e nem poderia ser, da mesma forma que os direitos da personalidade não são, como é possível ver no seguinte artigo:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

Também, é válido ressaltar que o Código Civil de 2002, em seus art. 20 e 21, ressalva que a vida privada da pessoa natural é inviolável, conjuntamente é dito que a exposição e a utilização da imagem necessitam de autorização, salvo pela administração da justiça, manutenção da ordem pública, entre outras exceções que fogem à regra geral, como se constata nos artigos:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

O direito ao esquecimento em si já não é tão recente, por mais que existem sinais de seu surgimento a um tempo considerável do pretérito, porém sua aplicação é recente, e no Brasil é contemporânea.

A sua primeira aplicação concreta no Brasil aconteceu, no ano de 2013, no “Caso Aída Curi”, quando o programa de televisão Linha Direita iria exibir uma reportagem comentando o caso e mostrando os fatos que sucederam a violência sexual sofrida por Aída, que em seguida culminou na morte da jovem na década de 50. Então, a família ficou inconformada com a ação de emissora, procurando o poder judiciário com o intuito de barrar a reprodução do programa. Em seguida, o STF no julgamento RESP 1.183.378, com a relatoria de Salomão, votou favorável para o direito ao

esquecimento no caso, argumentando que a reportagem iria trazer à tona novamente os sentimentos de angústia e tristeza que a família havia vivenciado.

Na internet, o direito ao esquecimento também é atual, pois evidentemente a internet é uma ferramenta que surgiu a muito pouco tempo, e se popularizou a mais pouco tempo ainda. Desde seu surgimento, a noção de privacidade foi totalmente alterada, pois a propagação de informações tomou agora dimensões nunca antes imaginadas, isto é, estamos expostos o tempo inteiro, por câmeras de segurança, dos celulares, tablets, computadores, entre outros. Conforme cita:

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo sejam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade [sic], contemplação e interiorização vêm sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 16-17 apud LIMA & AMARAL, 2013, p. 11).

Essa velocidade de propagação é muito benéfica em vários sentidos, pois pode-se manter informado sobre o mundo todo, porém, da mesma forma que coisas boas podem ser propagadas rapidamente, as más também são, como no caso da atriz Carolina Dieckman, que teve fotos íntimas suas divulgadas na internet por um hacker, após ele tê-las *hackeado* de seu e-mail. Esse caso foi notório, porque após o ocorrido foi criado, pela primeira vez, no Brasil a tipificação penal de delitos informáticos por meio da publicação da Lei 12.737/2012, acrescentando os art. 154-A e art. 154-B no código penal, além de trazer outras previsões. À ver:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Então, é explícito que o direito ao esquecimento na internet é um tema relevante, pois a rede mundial de computadores trouxe uma nova perspectiva nunca vista antes, isto é, a repercussão que uma imagem ou situação pode tomar é muito maior do que as que as mídias tradicionais proporcionavam no passado. O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso IV e também na Lei 12.965/14 no art. 2º e art. 3º garantem a liberdade de expressão, porém em meio a isso, o direito ao esquecimento surge como um desafio, por conta do choque de princípios constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade e a própria liberdade de expressão. Conforme segue:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como:

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

II - proteção da privacidade; [...].

Com isso, surgem alguns questionamentos relacionados à constitucionalidade do direito ao esquecimento; como é possível tutelar direitos antagonistas, como a liberdade de expressão, sem violar a garantia de informação à coletividade? Para isso se pode aplicar a Lei da Colisão do jurista ALEXY (2011, p.164), em que é explicado que no conflito de princípios, “deve-se haver uma ponderação para se definir quais são os interesses que tem maior peso em um determinado caso concreto”.

8 DOS DESAFIOS DA APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Na Lei 12.965, isto é, no Marco Civil da internet em art. 10, é feito o seguinte disposto:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 3º O disposto no caput não impede o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço, na forma da lei, pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição.

Com base no próprio Marco Civil da internet, juntamente com as garantias à privacidade concedidas pelo Constituição Federal em seu Artigo 5º, inciso X e no Artigo 21º do Código civil:

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;

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Por conseguinte, tendo toda essa legislação vigente em convergência com o direito à privacidade, é claro seu suporte legal, porém, a sua aplicação encontra diversas dificuldades, pois também há da mesma forma alicerces para o direito à liberdade de expressão e pensamento, como é visto no art. 13, inciso I da Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, o qual o Brasil faz parte. *In verbis*:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A era da informação em que vivemos, é repleta de dispositivos que têm acesso a rede mundial de computadores, por isso, a propagação das informações consegue ser instantânea, em segundos milhares de dispositivos podem ter acesso ao mesmo vídeo, texto, etc. Por isso, sua remoção da por completa se torna bastante dificultosa por conta do choque de princípios, entretanto, como já abordado, se faz necessária a sua ponderação, a averiguação de cada caso determinado, constatando se houve abuso ou não, como explicita:

A manifestação do pensamento é livre e garantida em nível constitucional, não aludindo a censura prévia em diversões e espetáculos públicos. Os abusos porventura ocorridos no exercício indevido da manifestação do pensamento são passíveis de exame e apreciação pelo Poder Judiciário com as consequentes responsabilidades civil e penal de seus autores, decorrentes inclusive de publicações injuriosas na imprensa, que deve exercer vigilância e controle da matéria que divulga. (MORAES, 2003, p. 56).

Por isso, é imprescindível a análise de cada caso concreto, para se analisar os abusos que porventura possam ter ocorrido no uso do direito à liberdade de expressão.

Também, o Ministro Moraes explica que é importante examinar o fim dado a essa publicação, imagem ou texto, como nos casos de emissoras de televisão ou rádios que exibem os materiais expondo as pessoas, unicamente, com o intuito de obter lucro; constituindo assim um exercício desproporcional ao direito de liberdade de imprensa, vindo assim a constituir dano, isto é, existe o agravante que aquele dano foi feito por meio de uma atividade que gerou lucro para o veículo de comunicação (MORAES, 2003).

9 CONCLUSÃO

Este trabalho traz à tona reflexões do direito ao esquecimento, que se apresenta, para exercer o árduo papel de frear a disseminação descontrolada de dados, bem como os desdobramentos que lhe são inerentes.

Percebe-se que há um choque entre direitos: de um lado o direito da sociedade ter acesso à informação e de outro o direito ao esquecimento que abarca a dignidade da pessoa humana bem como o direito à honra, à imagem e à privacidade. O que se demonstra no presente estudo é que o direito ao esquecimento não deve ser visto como “inimigo da sociedade” ou mesmo como ferramenta para a censura.

Também não está colocado como solução ideal para todas as questões atuais que envolvem os desdobramentos, como privacidade, informação e rede. Do mesmo modo em que não se escondem as fragilidades a começar pela própria denominação “esquecimento”, e pelo entendimento do mesmo.

É possível afirmar, que o direito ao esquecimento pode ser aplicado de maneira proveitosa e satisfatória, em inúmeros casos, conforme citamos alguns em particular. Importante frisar que o estudo não se esgota aqui, mas fica a reflexão e o chamado para que tenhamos maior compreensão de todas as facetas que envolvem os desdobramentos, a liberdade de expressão, o uso das tecnologias da informação sem que se possa carregar a culpa, ferindo assim a própria dignidade.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Rosado. **Coordenador Geral**. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em: 7 maio 2019.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Jorge Zahar Editor. 2003.

BODIN, Moraes De. Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. *In: Na medida da pessoa humana*. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. **A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento**. Coordenador Geral Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br>. Acesso em: 7 de out. 18.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais 1/1992 a 76/2013, pelo Decreto Legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nºs 1 a 6/1994. 40. ed. Com índice. Brasília: Centro de Documentação e Informação (CEDI), 2013. 464 p. Disponível em: http://www2.camara.led.br/atividadelegislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html. Acesso em: 09 ago. 2019.

BRASIL. **Lei 12.337, de 30 de novembro de 2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112737.htm. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto N° 678, De 6 de novembro De 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 18.ago. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei N.º 10.860, de 10 de outubro de 2018.** Acrescenta parágrafo único ao art. 11 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, instituindo o direito ao esquecimento. Brasília, [2018]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2184113>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.334.097/RJ.** Recorrente Globo Comunicações e Participações S/A e Recorrido Jurandir Gomes de França. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013a. Disponível em: < <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 08 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.335.153/RJ.** Recorrente Nelson Curi e outros e Recorrido Globo Comunicações e Participações S/A. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 28 de junho de 2013b. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 8 maio 2019.

CHOERI, Raul Cleber da Silva. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

Convenção Europeia De Salvaguarda Dos Direitos Do Homem. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 08 ago. 2019.

COSTA, André Brandão Nery. Direito ao esquecimento na Internet: **a scarlet letter digital.** In: SCHREIBER, Anderson (Org.). Direito e Mídia. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade.** 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Edílson Pereira de. **Colisão de Direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação.** 2. ed. Porto Alegre: PC Editorial Ltda, 2000.

FEDERAL, Conselho da justiça. **Enunciado VI.** Jornada de Direito Civil. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>. Acesso em: 21 de ago. 2019.

FRANCEZ. André. **Direito do entretenimento na Internet.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na Internet.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011. 402 p. Disponível em: <http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2012/01/mltpi.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2019.

LIMA, Aline A. N. S; AMARAL, Sérgio T. **O direito ao esquecimento na sociedade do superinformacionismo.** Faculdade Antonio Eufrásio de Toledo, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/3140/2891>. Acesso em: 16 ago. 2019.

LINS, Thiago. Análise da aplicação do direito ao esquecimento no julgamento do REsp nº 1.631.329-RJ. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 15, p. 177-197, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/210>. Acesso em 20 out. de 2018.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da Loucura.** São Paulo: Abril Cultural, 1972.

SARMENTO, Daniel. **Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **As três correntes do direito ao esquecimento**. Jota, 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/as-tres-correntes-do-direito-ao-esquecimento-18062017>. Acesso em: 16 maio 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUSA, Nuno e. **A liberdade de imprensa**. Coimbra: Coimbra, 1984.

OS DIREITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: PRINCÍPIOS E (IM)PRESCRITIBILIDADE

TRENTIN, Paula Ongaratto¹
ESPÓSITO, Luis Alberto²

RESUMO: Os direitos coletivos *lato sensu* abrangem os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. A tutela destes direitos surgiu com as *class actions*, provindas dos Estados Unidos e espalhou-se, primeiramente nos países que adotam o sistema *common law* e, posteriormente, nos que adotam o sistema *civil law*. No Brasil, esta modalidade de tutela ingressou no ordenamento jurídico, de forma lenta e gradativa, a partir de 1985 com a criação da Ação Civil Pública. No que toca ao processo coletivo, que tutela estes interesses, verifica-se a existência de uma série de princípios orientadores que visam dar guarida e força aos direitos coletivos, evitando lesões e ameaças de dano. Todavia, como objetivo geral do presente artigo, constata-se uma grande falha no sistema processual coletivo brasileiro, qual seja a previsão da prescritibilidade de alguns direitos coletivos e dos efeitos patrimoniais de todos os direitos, independentemente da previsão legal de imprescritibilidade. Desse modo, ao atravancar a tutela dos direitos coletivos, faz-se perceptível que o conservadorismo e os interesses econômicos ainda predominam no cenário legislativo brasileiro. Destaca-se que para a realização da pesquisa utilizou-se o método indutivo, com consulta bibliográfica, tendo como fonte livros, artigos e a legislação brasileira.

Palavras-chave: Direitos coletivos *lato sensu*. Ações coletivas. Prescrição dos direitos coletivos.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe uma breve reflexão acerca dos direitos e do processo coletivos, perpassando pelo conceito daquele, por uma breve análise histórica acerca de seu surgimento e concretização, pela exposição de seus princípios orientadores, bem como pela possibilidade de prescrição da tutela destes direitos.

Primeiramente, por meio da conceituação dos direitos coletivos, bem como de seu histórico, demonstrar-se-á a evolução do processo coletivo, com destaque para a federação brasileira. Ato contínuo analisar-se-á os direitos coletivos *lato sensu*, quais sejam os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Posteriormente, proceder-se-á à apresentação dos princípios basilares que orientam a tutela dos direitos coletivos. Ato contínuo, realizar-se-á uma breve crítica ao sistema brasileiro no que tange à prescrição dos direitos coletivos, com destaque para a mitigação da imprescritibilidade relativamente aos efeitos patrimoniais, bem como para a prescritibilidade de alguns direitos.

Ressalta-se que na formulação do presente artigo é utilizado o método indutivo, haja vista a inexistência de uma premissa geral sobre a temática, sendo esta formulada a partir das circunstâncias que se analisa. Destaca-se que os recursos empregados foram exclusivamente bibliográficos, tendo como principais fontes livros, artigos e a legislação brasileira.

¹ Acadêmica em Ciências Sociais e Jurídicas; sexto semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus Erechim; paula_trentin@hotmail.com.

² Professor Mestre; graduado pela UPF, especialista pela UFSM, mestre pela URI; esposito_it@yahoo.com.br.

2 A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Direitos coletivos *lato sensu*

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 81, parágrafo único, prescreve as categorias de direitos contidas no conceito do que é denominado como direito coletivo *lato sensu*, quais sejam os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos (ZANETI JÚNIOR, 2005).

Os direitos difusos caracterizam-se por serem transindividuais, ou seja, dos quais são titulares inúmeros indivíduos; de natureza indivisível, somente podendo ser considerados de forma una; e dos quais são titulares pessoas indeterminadas ligadas por circunstância de fato, não possuindo qualquer vínculo de natureza jurídica entre si (ZANETI JÚNIOR, 2005).

Por sua vez, os direitos coletivos *stricto sensu* possuem caráter transindividual, de natureza indivisível, sendo seu titular um grupo, classe ou categoria de pessoas que possuem ligação entre si, ou com a parte contrária, por meio de uma relação jurídica base, devendo esta ser anterior à lesão (ZANETI JÚNIOR, 2005).

Por fim, os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum, que surgem de uma ameaça ou de uma lesão à direito que atinge inúmeros indivíduos, de modo que a relação jurídica entre as partes é formada após a ocorrência do fato. Assim, por meio de uma ficção jurídica, forma-se um coletivo de indivíduos lesados por atos individuais únicos, que geram o mesmo dano a cada um dos atingidos. Ressalta-se que a tutela desta categoria de direitos torna-se extremamente relevante em face do crescimento das relações jurídicas massificadas, principalmente as de consumo (ZANETI JÚNIOR, 2005).

2.2 Breve histórico acerca do processo coletivo

O surgimento do processo coletivo ocorreu na Inglaterra, no século XVII, por meio da admissão do *bill of peace* pelos tribunais de equidade, que rompeu com o dogma do processo individual, de que tão somente o titular do direito poderia postular sua tutela, ao aceitar a propositora de ações por representantes de determinado grupo de indivíduos que postulavam em nome próprio direito alheio. Assim, surgiram as denominadas *class actions*, que foram aperfeiçoadas e difundidas na América do Norte a partir de 1938. Posteriormente, em 1966, realizou-se uma reforma nestas ações que passaram a ser promovidas para indenizar danos materiais individualmente sofridos, sendo denominadas como *class actions for damages*, e para declarar ou prover ordens de fazer ou não fazer, denominadas como *injunctions class actions* (ZAVASKI, 2005).

Nos países que adotam o sistema do *civil law* o processo coletivo surge a partir de 1970, visando a preservação do meio ambiente e a defesa do consumidor. Assim, surge uma figura processual que opera modificações no clássico conceito de legitimidade ativa e amplia os contornos da coisa julgada (ZAVASKI, 2005).

O processo coletivo começa a surgir no Brasil em 1985, com a introdução de instrumentos destinados à tornar possíveis as demandas coletivas e a tutela de direitos e interesses transindividuais. Destaca-se a criação da Lei nº 7.347/85 que tratava da ação civil pública, da Lei nº 7.853/89 que cuida dos direitos transindividuais das pessoas com deficiência, do ECA que tutela as crianças e adolescentes, do CDC que tutela os consumidores, da Lei nº 8.429/92 que trata da probidade administrativa, da Lei nº 8.884/94 que trata da ordem econômica, e do Estatuto do Idoso que versa sobre os interesses das pessoas idosas (ZAVASKI, 2005).

Considerado o pioneiro na criação e implementação do processo coletivo no sistema do *civil law*, o Brasil, por meio da legislação suprarreferida, passou a influenciar os ordenamentos jurídicos de diversos países latinos e europeus, à exemplo da Argentina, do Uruguai e de Portugal (GRINOVER, et al., 2017).

Cabe destacar que com o advento da Constituição de 1988 foram introduzidos novos direitos e garantias na legislação brasileira, bem como ocorreu a consagração das associações e das entidades de classe como legitimadas para defesa dos direitos e interesses de seus associados e filiados. Ademais, sobreveio a previsão do mandado de segurança coletivo, a ampliação da abrangência da ação popular e dos legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Posteriormente, com a Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93, foi criada a ação direta de constitucionalidade, e pela Lei nº 9.882/99 regulamentou-se a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ZAVASKI, 2005).

Em seguida, em 1994, por meio de uma onda reformadora no Código de Processo Civil ocorrem diversas modificações no processo individual que provocam, de forma reflexa, mudanças no âmbito do processo coletivo (ZAVASKI, 2005). Posteriormente, surge o Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, o qual foi aprovado na Venezuela nas Jornadas do Instituto Ibero Americano de Direito Processual. Inspirado em tal acontecimento, é criado em 1995 o Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo, o qual procederia ao aperfeiçoamento e à unificação das regras de processo coletivo até então existentes (GRINOVER, et al., 2017). Todavia, após diversas emendas e um ano de debates o Projeto de Lei nº 5.139/09 foi arquivado pelo receio do legislador de fortalecer o processo coletivo (MARINS, 2016). Entretanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o primeiro concebido em ambiente totalmente democrático, criam-se os precedentes vinculantes e o incidente de resolução de demandas repetitivas, o que leva invariavelmente à ampliação do processo coletivo (GAJARDONI, 2016).

Primeiramente, em face da insuficiência da tutela individual surgiu o processo coletivo, contudo, este não conseguiu abarcar de forma adequada os direitos individuais homogêneos no tocante aos conflitos repetitivos (TEMER, 2016). Nesse ínterim, o CPC de 2015, a exemplo da Alemanha (*Musterverfahren*) e da Inglaterra (*group litigation order* e *test claim*), insere o incidente de resolução de demandas repetitivas no ordenamento jurídico pátrio a fim de resolver as lides decorrentes da massificação e da homogeneização das relações jurídicas e sociais (MENDES; TEMER, 2015).

Visando trazer maior celeridade e segurança jurídica, o CPC de 2015 também traz, fortemente influenciado pelo sistema *commom law*, a força vinculante dos precedentes, elencando uma série de decisões tomadas pelos tribunais superiores que geram efeitos vinculantes aos órgãos jurisdicionais inferiores (artigo 927, CPC/2015). Contudo, o preceito legal cria uma brecha por meio do *distinguishing* e do *overruling*, tornando possível a mutabilidade da decisão vinculante quando inadequada ao caso concreto (MARINS, 2016).

Não obstante a guarida de mudanças que afetam o processo coletivo de forma direta, ou indireta, conforme acima demonstrado, verifica-se que o CPC de 2015 não regula de modo eficaz o processo coletivo, porquanto sua base axiológica está arraigada e voltada à lide individual, trazendo tão somente algumas disposições esparsas acerca do litígio coletivo, demonstrando o extremo conservadorismo que permeia o Congresso Nacional pátrio (MARINS, 2016).

3 PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO PROCESSO COLETIVO

Os princípios são a base, a estrutura de todo um sistema processual, que o fundamentam e legitimam. Possuem um duplo vetor, uma vez que inspiram o legislador na feitura das normas e orientam os operadores do direito na interpretação destas (GAJARDONI, 2012).

Destaca-se que os princípios alcançam especial relevância e aplicabilidade no que tange ao processo coletivo, ante a inexistência de um código de processo coletivo ou de uma regulamentação específica que trate da matéria processual.

O processo coletivo segue os princípios exarados na Constituição de 1988, bem como os consagrados por meio da legislação infraconstitucional, contudo, possui seus próprios princípios, os quais serão a seguir analisados (GAJARDONI, 2012).

3.1 Princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva

Visando garantir a resolução da lide, com julgamento do mérito, preceitua que em caso de abandono ou desistência, sem justo motivo, qualquer legitimado coletivo poderá, e o Ministério Público deverá, dar seguimento à ação assumindo o polo ativo da demanda (GAJARDONI, 2012).

Trata-se de um meio de tutela dos direitos ou interesses transindividuais, dos quais não é titular tão somente o sujeito ativo da demanda, mas sim uma coletividade. Assim, torna-se incabível a desistência por aquele que não é titular do direito material, findando o processo sem julgamento do mérito. Nesse ínterim, o processo não será extinto, ocorrendo apenas a sucessão processual, por meio da exclusão do polo ativo do antigo legitimado e a inserção do novo (GAJARDONI, 2012).

3.2 Princípio da indisponibilidade da ação coletiva

Em caso de decurso do prazo de 60 dias da publicação de sentença condenatória de segunda instância, ou de seu trânsito em julgado, sem a promoção da execução coletiva pelo autor da demanda, os demais legitimados poderão, e o Ministério Público deverá, promovê-la nos 30 dias seguintes (GAJARDONI, 2012).

Todavia, em caso de ações coletivas que visem a tutela de direitos individuais homogêneos, o Ministério Público promoverá a execução residual após o decurso do prazo de 1 ano sem a habilitação das vítimas ou dos sucessores (GAJARDONI, 2012).

3.3 Princípio do interesse jurisdicional no conhecimento do mérito

Considerando o interesse público na demanda, bem como o número de pessoas que serão beneficiadas com seu deslinde, deve-se evitar ao máximo a proliferação de sentenças terminativas. Assim, em caso de irregularidades processuais, proceder-se-á a intimação do autor para a correção dos vícios, de modo a evitar a extinção sem resolução de mérito (GAJARDONI, 2012).

3.4 Princípio da prioridade na tramitação

Tendo em vista o número de cidadãos afetados pela resolução da lide, bem como a possibilidade de ajuizamento concomitante de milhares de ações individuais, recomenda-se o processamento prioritário das ações coletivas. Entretanto, salienta-se que este tratamento preferencial não prejudica a primazia que possuem as ações que tem trâmite preferencial explícito (GAJARDONI, 2012).

3.5 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva

Prescreve que os efeitos da sentença proferida em sede de ação coletiva apenas podem beneficiar as vítimas e seus sucessores. Desse modo, caso a coisa julgada seja benéfica para as pretensões individuais, poderá ser utilizada para liquidação e execução; caso seja maléfica, prejudicial

aos interesses individuais, as vítimas não serão prejudicadas, podendo intentar ações individuais ou requerer o prosseguimento das que foram suspensas no aguardo do deslinde da ação coletiva (GAJARDONI, 2012).

3.6 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial

Diante da existência de interesse público primário, o juiz tem seus poderes ampliados, a fim de que possa suprir eventuais iniquidades legais, ou das partes, visando um julgamento mais aderente à realidade (GAJARDONI, 2012).

Destaca-se a possibilidade de controle pelo juiz, dentro de certos limites e em casos excepcionais, das políticas públicas a fim de garantir o núcleo mínimo existencial de um direito fundamental. Ademais, também se verifica a faculdade do juiz moldar as regras formais do processo, quando sua observância, de forma estrita, se torne prejudicial para a resolução do feito, bem como uma colaboração ativa para que demandas com potencial para serem coletivizadas possam receber o tratamento devido e para que fatos que possam dar ensejo ao ajuizamento de ação civil sejam comunicados ao Ministério Público (GAJARDONI, 2012).

3.7 Princípio da máxima amplitude ou da atipicidade ou não taxatividade do processo coletivo

Trata-se da admissibilidade de todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos (GAJARDONI, 2012). Desse modo, sustenta-se que qualquer ação poderá ser coletivizada, a exemplo do habeas corpus, que recentemente passou a ser admitido na forma coletiva.

3.8 Princípio da ampla divulgação da demanda

Determina que se dê a maior publicidade possível ao ajuizamento de ação coletiva, conforme preceitua o artigo 94 do Código de Defesa do Consumidor.

Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor (CDC, 1990).

3.9 Princípio da integratividade do microssistema processual coletivo

Apesar de não haver no Brasil um Código de Processo Coletivo ou uma lei que molde todos os processos coletivos, devem-se aplicar as normas como um todo único, um conjunto, a fim de primar pela tutela dos interesses supraindividuais. Por meio deste sistema integrativo, as diversas regras, pertinentes ao tema, formam um grupo que dialoga e que permite a interpenetração harmônica (GAJARDONI, 2012).

3.10 Princípio da adequada representação ou do controle judicial de legitimação coletiva

Trata-se da presunção legal de legitimação e representação adequada dos entes indicados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, no que tange aos interesses da coletividade.

Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência) I - o Ministério Público, II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear (CDC, 1995).

Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007). III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007). b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (LACP, 2007).

4 PRESCRIÇÃO DA TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS *LATO SENSU*

Diante do interesse da sociedade em atribuir juridicidade às situações que se prolongam no tempo surge o instituto da prescrição. Assim, o decurso do tempo passa a influenciar diretamente a aquisição e a extinção dos direitos, a fim de manter a ordem e a segurança jurídica no tocante à sua consolidação (GONÇALVES, 2018).

Trata-se a prescrição extintiva da perda da pretensão pelo decurso do prazo estabelecido na lei, aliada à inércia do titular do direito. Desse modo, o sujeito passivo pode não cumprir a obrigação pretendida pelo autor, em face do decurso do prazo para postulá-la em juízo, ou do decurso do prazo para executar a sentença prolatada, sendo esta última denominada prescrição intercorrente (GAJARDONI, 2012).

Os requisitos, atualmente reconhecidos pela doutrina, são a violação do direito, que gera o nascimento de uma pretensão, somada a inércia de seu titular, que deixa transcorrer *in albis* o prazo fixado em lei (GONÇALVES, 2018).

O processo coletivo, neste aspecto, segue parcialmente o processo individual ao prescrever prazos prescricionais para as ações e para a sua execução, a exemplo da Lei da Ação Popular que estabelece-a em cinco anos (artigo 21 da Lei nº 4.717/65), da Lei de Improbidade Administrativa que igualmente estabelece-a em cinco anos, caso inexistente lei especial que preveja prazo diverso (artigo 23 da Lei nº 8.429/92), e da Súmula 150 do STF que estabelece a prescrição para exercício da liquidação ou da execução coletivas no mesmo prazo para propositura da ação. O mandado de segurança coletivo, por sua vez, possui prazo prescricional extremamente exíguo, apenas 120 dias, todavia, decorrido este o direito a ser tutelado ainda poderá ser amparado por outra ação coletiva (GAJARDONI, 2012).

Entretanto, verifica-se que algumas ações, como a ação civil pública não possuem prazo prescricional previsto em lei. Diante desta omissão legislativa, realizar-se-á, conforme entendimento dos tribunais superiores brasileiros a aplicação do microsistema processual coletivo, empregando-se o artigo 21 da Lei nº 4.717 que estabelece o prazo de cinco anos (GAJARDONI, 2012).

Tal entendimento foi consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da emissão do Informativo nº 0403, no qual foi fixado tal prazo pelo uso da *analogia legis*, conforme excerto abaixo colacionado:

Para o Min. Relator, a prescrição é quinquenal, por analogia ao art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). No julgamento, anotou-se que, apesar de a ação civil pública e a ação popular estarem dentro do sistema dos direitos coletivos, nesse microsistema, como não há previsão do prazo prescricional para a propositura da ação civil pública, é inafastável a incidência da *analogia legis*, aplicando-se, assim, o prazo de cinco anos da Lei de Ação Popular. No caso, trata-se de uma legitimidade extraordinária, pois, é a defesa de interesse alheio em nome próprio que por isso pode ter uma regência prescricional diversa, como também convém que tenha seus próprios regramentos. Por outro lado, entre outros fundamentos, considerou-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois, em 1987 e 1989, não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC. Inaplicável, também, atribuir as ações civis públicas o prazo prescricional previsto no art. 177 do CC/1916 (STJ, 2010).

Posteriormente, o Superior Tribunal Federal também se manifestou acerca da prescrição das ações civis públicas, especialmente no tocante à execução individual destas, ao analisar o tema 673 (ao qual não foi reconhecida a repercussão geral por tratar-se de matéria infraconstitucional), que confirma o entendimento firmado pelos demais tribunais superiores em diversas situações, à exemplo do Resp 1473846 / SP, do Agrg nos Eresp 995995 / DF e do Resp 1375906 / DF oriundos STJ, bem como do Rr - 312-04.2013.5.03.0004 e do E-rr - 380-30.2015.5.05.0035 provindos do TST.

Ao analisar o tema 673, constata-se que a parte recorrente professa a inviabilidade da aplicação analógica do prazo prescricional previsto na Lei da Ação Popular, haja vista que ainda no processo de conhecimento havia sido reconhecida a prescrição vintenária para o exercício das pretensões no caso, destacando, posteriormente, a súmula nº 150 do STF que estabelece a igualdade dos prazos prescricionais para ação de conhecimento e para a ação de execução. Todavia, os ministros decidiram pela manutenção da sentença prolatada em sede de segundo grau, reafirmando que a prescrição da ação civil pública, bem como de sua execução individual, ocorre após o decurso do prazo de cinco anos. Assim, por meio da aplicação do microsistema processual coletivo, forte na Lei da Ação Popular, a controvérsia foi dirimida e o tribunal assentou a tese da prescrição quinquenal em consonância com os demais tribunais superiores (STF, 2013).

Verifica-se a existência de peculiaridades atinentes ao processo coletivo em relação à prescrição, cabendo citar a imprescritibilidade da tutela de alguns direitos, que pode estar explícita, ou implícita no texto legal e no sistema normativo. A reparação dos danos ao patrimônio público (artigo 27, parágrafo 5º, CF/88), que visa salvaguardar o erário; a tutela do meio ambiente (implícita), que é fundamental para a vida e a afirmação dos povos; a nulidade de ato administrativo (implícita) e a falta de licitação (implícita) são os direitos atualmente considerados imprescritíveis, não havendo prazo limite para a propositura da ação e para sua execução (GAJARDONI, 2012).

Contudo, Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 530) ressalta:

A prescrição fulmina todos os direitos patrimoniais, e, normalmente, estende-se aos efeitos patrimoniais de direitos imprescritíveis, porque estes não se podem extinguir, o que não ocorre com as vantagens econômicas respectivas.

Desse modo, infere-se que apesar da imprescritibilidade que protege alguns direitos, os danos a eles causados prescrevem, uma vez que se tratam de efeitos patrimoniais. Assim, a reparação das avarias pelo causador do dano é inexistente, restando aos cidadãos arcar com o ônus desta por meio da manutenção do Estado (GONÇALVEZ, 2018).

Conforme se verifica da análise do Rr - 2302-73.2014.5.17.0014 e do Rr - 94700-18.2007.5.05.0661 oriundos do Tribunal Superior do Trabalho, ações civis públicas foram consideradas prescritas quando propostas pelo Ministério Público, após cinco anos da ciência dos fatos, sem qualquer exame acerca da importância destas e dos reflexos sociais que sua extinção prematura causaria à coletividade, mesmo se tratando de danos morais coletivos, que resultam

(...) de uma lesão à esfera extrapatrimonial de determinada comunidade, (...) quando a conduta agride, de modo totalmente injusto e intolerável, o ordenamento jurídico e os valores éticos fundamentais da sociedade em si considerada, a provocar repulsa e indignação na consciência coletiva (STJ, 2017, s. p.).

Além disso, cabe destacar os seguintes julgados em que diversos direitos coletivos foram considerados prescritíveis, a exemplo das ações de improbidade administrativa (Rcl 24.639-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 09/06/2017) e das ações civis públicas (Rcl 29884, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 03/05/2018), no tocante ao ressarcimento do erário, contrariando a própria Constituição e o entendimento jurisprudencial anteriormente firmado. Nesse ínterim, verifica-se a violação do princípio da indisponibilidade da ação coletiva e dos demais princípios orientadores do sistema processual coletivo, vez que visam garantir a primazia dos interesses da coletividade independentemente do tempo que haja transcorrido. Assim sendo, é perceptível a desídia do legislador ao permitir que a coletividade seja afetada em nome da segurança jurídica, e principalmente de interesses econômicos que permeiam o Congresso Nacional (CIANCI et al, 2010).

Conforme destacam Cianci et al (2010, p. 609):

Embora o direito coletivo exista, o seu titular (vale dizer, a coletividade) não tem condições de exigir, pessoalmente, a satisfação de seu interesse – quando muito sendo tutelada extrajudicialmente por terceiros, a exemplo do Poder Público. Sendo assim, porque não lhe é dado exigir o direito, não se pode cogitar de sujeitá-la aos prazos prescricionais. Assim, ao que parece, pouco importa se o direito metaindividual em questão seja de caráter privado ou público. Porque seu titular é uma coletividade que não tem condições de expressar-se pessoalmente (tal qual um incapaz), não se lhe pode ser imputado o ônus da prescrição.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise dos argumentos exarados ao longo do presente artigo verifica-se que os direitos coletivos, bem como sua tutela, são fundamentais para a concretização do Estado Democrático de Direito e para a efetiva defesa dos direitos dos cidadãos.

Destaca-se que a tutela dos direitos coletivos avançou com a ampliação no leque de legitimados aptos para a propositura das ações coletivas, bem como com a criação de novas modalidades de ações que visam resguardar direitos anteriormente não tutelados pelas ações coletivas e individuais. Contudo, verifica-se que o legislador brasileiro se mostra receoso e conservador relativamente ao processo coletivo em comparativo aos demais países das Américas e da Europa, que possuem uma vasta regulamentação acerca da matéria.

Ademais, verifica-se uma evidente violação aos princípios orientadores do processo coletivo em matéria de prescrição, uma vez que os direitos da coletividade, considerados principiologicamente imprescritíveis já tornaram-se, por opção legislativa, prescritíveis, sendo os efeitos patrimoniais da lesão à estes direitos também prescritíveis, independentemente de sua natureza. Assim, um universo de indivíduos tem seus direitos, ou a reparação destes, negados pelo simples decurso de um lapso temporal, em muitos casos extremamente exíguo para a dimensão dos danos causados, a fim de que o Estado possa proteger e manter a ficta segurança jurídica brasileira.

Nesse toar, é perceptível a grande lacuna que se interpõe entre a pretensão da sociedade e o atual processo coletivo. Aquela espera eficácia, celeridade e justiça, enquanto este lhe dá tão somente meios falhos e ineficazes para alcançá-los, fulminando por meio da prescrição a coletividade e o direito de cada um dos indivíduos que a compõem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 673**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4408471&numeroTema=673#>. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1473846**. Brasília, 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201401841291&dt_publicacao=24/02/2017. Acesso em: 19 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 0403**. Brasília, 2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=PRESCRI%C7%C3O+DA+TUTELA+DOS+DIREITOS+COLETIVOS&operador=e&tipo_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. **Lei da Ação Civil Pública**. Senado Federal, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Código de defesa do Consumidor**. Senado Federal, 1990.

CIANCI, et al. **Em defesa de um novo sistema de processos coletivos**: estudos em homenagem à Ada Pellegrini Grinover. Saraiva. São Paulo, 2010.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivo I**: teoria geral do processo coletivo. Saraiva. São Paulo, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral. **CEJ**. n. 68. a. 20. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2090/1996>. Acesso em: 19 dez. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: vol. 1 parte geral. 16. ed. São Paulo, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Forense. 11. ed. Rio de Janeiro, 2017.

MARINS, Mariela Monis. **O processo coletivo à luz do Novo Código de Processo Civil**. Cornélio Procópio/PR, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49822/o-processo-coletivo-a-luz-do-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 19 dez. 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo código de processo civil. **Dos tribunais online**. V. 243. Porto Alegre, 2015. Disponível em: http://www.amatra1.com.br/material/Texto_referencia_ALUISIO.pdf. Acesso em: 19 dez. 2018.

TEMER, Sofia. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. Juspodvim. 3. ed. Salvador, 2016. Disponível em: <https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/fd20fc9c80ffa30146448654427157e6.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes. Direitos coletivos lato sensu: a definição conceitual dos direitos difusos, dos direitos coletivos stricto sensu e dos direitos individuais homogêneos. **Academia brasileira de direito processual civil**. Porto Alegre, 2005. Disponível em:

<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo14.htm>. Acesso em: 18 dez. 2018.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese. Porto Alegre, 2005. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/4574>. Acesso em: 18 dez. 2018.

OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A NATUREZA DA AÇÃO PENAL: DIÁLOGOS SOBRE A LEI Nº 13.718/2018¹

RUFATO, Tamires²
ZANATTA, Diana Casarin³

RESUMO: O presente artigo objetiva estabelecer reflexões a propósito da ação penal prevista para os crimes contra a dignidade sexual, que vem sofrendo alterações legislativas sucessivas, ensejando discussões sobre o acerto ou não de tais alterações. Para tanto, utilizando o método de pesquisa dedutivo, através da coleta de dados bibliográficos e documentais, o estudo estabelece um retrospecto legislativo da ação penal prevista para os crimes contra a dignidade sexual. Aponta-se as sucessivas alterações, até a entrada em vigor da Lei nº 13.718/2018, que ficou como regra geral a ação penal pública incondicionada. O texto elenca as críticas e questionamentos que foram sendo lançados às leis que se sucederam, considerações acerca de eventual relatividade e transitoriedade da vulnerabilidade da vítima do crime de estupro de vulnerável e, por fim, inclui-se apontamentos a respeito da proteção dos bens jurídicos nos crimes sexuais: dignidade e liberdade sexual. O estudo assume importante relevo porque a correta compreensão acerca da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual tem implicação direta na decisão pela instauração ou não de procedimento policial pela Autoridade Policial e posterior denúncia pelo Ministério Público.

Palavras-chave: Ação Penal. Crimes contra a Dignidade Sexual. Liberdade Sexual.

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende apresentar considerações que possam auxiliar na compreensão acerca da ação penal cabível e apropriada nos casos envolvendo crimes contra a dignidade sexual. A reflexão tem pertinência, porque a ação penal prevista para esses crimes vem sofrendo modificações legislativas ao longo do tempo, o que tem gerado discussões doutrinárias, que se refletem na jurisprudência e causam insegurança aos integrantes do sistema de Justiça.

A apuração do crime de estupro, tal qual previsto no Código Penal, com redação original, via de regra, dava-se por meio de ação penal privada, através de queixa crime. O cabimento da ação penal pública incondicionada era exceção, nos casos previstos no próprio Código Penal e, posteriormente, conforme entendimento jurisprudencial sumulado pelo Supremo Tribunal Federal⁴.

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, houve significativas alterações no Código Penal, no título que passou a tratar dos crimes contra a dignidade sexual. A principal alteração legislativa foi a inserção do conceito de vulnerabilidade, em substituição à definição de presunção de violência. Passou-se a considerar vulneráveis, para fins de tipificação de um crime autônomo denominado estupro de vulneráveis, pessoas menores de quatorze anos, doentes mentais sem capacidade de discernimento sobre atos sexuais, além daqueles que não tenham, por qualquer razão, capacidade de

¹ Artigo para VI Mostra Científica do Curso de Direito da URI Câmpus - Erechim que ocorrerá conjuntamente com o XXV Fórum de Estudos das Ciências Jurídicas e Sociais.

² Acadêmica do Curso de Direito; cursando 10º semestre; Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI - Erechim/RS; tami_rufato@hotmail.com.

³ Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Câmpus Santo Ângelo/RS; Professora das disciplinas de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Erechim/RS; Delegada de Polícia do Rio Grande do Sul; diana-zanatta@uricer.edu.br.

⁴ Nos termos da Súmula 608 do STF: No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada.

oferecer resistência, nos termos do artigo 217-A e seu parágrafo único, do Código Penal (BRASIL, 2009).

Ainda de acordo com a Lei nº12.015/2009, os crimes dispostos nos capítulos I e II dos Crimes contra a Dignidade Sexual passaram a ser apurados não mais através de ação penal privada, mas sim, mediante ação pública condicionada à representação da vítima. A exceção passou a ser nos casos em que estivessem envolvidos menores de 18 anos ou pessoa vulnerável, para os quais, a ação penal cabível passou a ser pública incondicionada, nos termos do artigo 225 do Código Penal (BRASIL, 2009).

Com a entrada em vigor da Lei nº13.718/2018, o legislador, novamente, mudou as disposições referentes à ação penal nos crimes dispostos nos Capítulos I e II dos Crimes contra a Dignidade Sexual, tornando-a pública incondicionada, para todos os casos previstos. Um dos objetivos da alteração legislativa foi o de garantir maior proteção às vítimas de abusos sexuais, coibindo com maior rigor os delitos sexuais. Entretanto, ao invés da questão restar pacificada, acirrou-se o debate sobre o acerto ou não da modificação legislativa.

De fato, a alteração na legislação acerca da ação penal prevista não foi suficiente para alterar a realidade e as discussões ocorridas há tempos nas cortes brasileiras no que diz respeito à ação penal adequada para processar crimes contra a dignidade sexual. Assim, justifica-se o estudo, porque a segurança na definição da ação penal é essencial a todos os integrantes do sistema de justiça, em especial, à Autoridade Policial, que é quem primeiro terá contato com o fato criminoso e precisará decidir pela instauração ou não do procedimento policial para apuração do respetivo delito.

Para a realização do presente artigo científico, utiliza-se o método de pesquisa dedutivo, através da coleta de dados bibliográficos e documentais.

2 OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A NATUREZA DA AÇÃO PENAL: diálogos sobre a Lei nº 13.718/2018

O monopólio de distribuição da Justiça e o direito de punir pertencem exclusivamente ao Estado, o qual pleiteia em juízo o julgamento da pretensão punitiva e é de coação indireta, uma vez que nenhuma pessoa pode ser condenada senão após o devido processo penal que culmine com uma sentença penal condenatória. A ação penal, de regra pública incondicionada, é a forma que o Estado possui para aplicar a lei ao caso concreto, através do Poder Judiciário. Em algumas situações, o Estado transfere esse direito ao ofendido, são os casos de ação penal privada, para os quais entende-se que o interesse do particular deve se sobrepor ao interesse público de punir um indivíduo (NUCCI, 2017). A ação penal, portanto, divide-se em duas espécies: a pública, como regra, e a privada, como exceção.

A ação penal pública subdivide-se em pública incondicionada e pública condicionada à representação. Enquanto a ação penal pública incondicionada é proposta exclusivamente pelo Ministério Público, e prescinde da concordância da vítima, a ação pública condicionada necessita da provocação da vítima, qual seja, do Ministro da Justiça quando ocorrer crimes contra a honra do Presidente da República ou de chefe de governo estrangeiro e para a persecução de crimes cometidos no estrangeiro contra brasileiro; ou do ofendido, nos casos descritos em lei. É do Estado o interesse em proteger o bem jurídico ofendido, mas cabe a anuência do particular em ver o autor do crime punido. Já a ação penal privada ocorre quando o ofendido tem o interesse em ver o autor do fato processado. Nesses casos, o Estado transfere o direito de acusar para a vítima, e fica com o direito de punir (NUCCI, 2017).

Quando se trata de ação penal pública condicionada, a representação torna-se irretratável no momento em que o juiz recebe a denúncia. Desse modo, a vítima pode retratar-se antes do Ministério Público oferecer a ação e esta ser recebida pelo juízo. O prazo para a vítima representar ou ingressar com ação contra o acusado é de 06 (seis) meses, a contar do dia em que a vítima soube quem era o

autor do crime. Passado esse prazo, decai o direito da vítima em agir e é extinta a punibilidade do agente (NUCCI, 2017).

Na ação penal pública condicionada à representação e na ação penal privada, a vítima pode renunciar ao direito de representar ou de ingressar com a queixa crime de forma expressa ou tácita. Aquela pode se dar através de termo firmado durante o Inquérito Policial, enquanto esta pode se dar pela reconciliação com o agressor. O referido direito de renúncia é unilateral (NUCCI, 2017). Outra forma de desistência após a apresentação da queixa crime é o perdão, o qual poderá ser de forma expressa ou tácita, as quais podem se dar por petição nos autos ou reconciliação com o acusado. Ao contrário da renúncia de representação, este só produzirá efeitos se o agressor aceitar (GRECO, 2017).

Com a entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, revogou-se a redação do título que previa os crimes contra os costumes, que passou a se ser intitulado como dos crimes contra a dignidade sexual (BRASIL, 2009). O legislador buscou evitar a interpretação formada pelo nome do título, que era embasada em hábitos machistas ou moralistas conservadores e não retratava mais a realidade dos bens jurídicos protegidos pelo Código Penal (GONÇALVES, 2016). O principal objetivo era proteger a dignidade sexual, e não mais a forma como as pessoas se comportavam sexualmente ante a sociedade (GRECO, 2017).

Quando a redação de um título ou de um capítulo no Código Penal é alterada, isso influencia a análise de cada figura típica que dele faz parte, podendo-se compreender o bem que se quer proteger e o intérprete não poderá fugir às orientações contidas nele (GRECO, 2017). Com a nova redação da lei penal, conferida em 2009, os bens juridicamente protegidos pelo estupro passaram a ser a liberdade e a dignidade sexual do ser humano.

O direito à liberdade sexual pode ser compreendido como o direito que cada pessoa tem de dispor de seu próprio corpo quando se refere a atos sexuais. O crime de estupro atinge a liberdade sexual e, simultaneamente, atinge a dignidade do ser humano, quando este fica em uma situação de humilhação com o ato sexual (GRECO, 2017). Assim, a dignidade sexual pode ser conceituada como sendo:

A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte o Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET apud GRECO, 2017, p. 63).

Além desse conceito que associa dignidade sexual com a própria dignidade da pessoa humana, a doutrina conceitua a liberdade sexual do seguinte modo:

Autodeterminação no marco das relações sexuais de uma pessoa, como uma faceta a mais da capacidade de atuar. Liberdade sexual significa que o titular da mesma determina seu comportamento sexual conforme motivos que lhe são próprios no sentido de que é ele quem decide sobre sua sexualidade, sobre como, quando ou com quem mantém relações sexuais (BORJA apud GRECO, 2017, p.77).

A partir da disposição contida na Lei nº12.015/2009, o artigo 225 do Código Penal passou a ter nova redação: a regra passou a ser a ação penal pública condicionada à representação quando se tratar de crimes contra a liberdade sexual e delitos sexuais contra vulneráveis, tendo o Ministério Público a iniciativa da ação penal. Entretanto, o parágrafo único do referido artigo previa que, quando estiverem envolvidos menores de 18 (dezoito) anos e pessoas vulneráveis, a ação seria pública incondicionada, não necessitando de representação da vítima (BRASIL, 2009).

Com a entrada em vigor da referida Lei, cessou a aplicação da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, a qual mencionava ser a ação penal pública incondicionada quando praticado o crime de estupro mediante violência real. A referida Súmula foi criada quando da necessidade de submeter uma política criminal mais rígida, uma vez que a mulher que era vítima do estupro, como

não dispunha de outros meios de proteção, acabava por deixar de registrar o fato criminoso, muitas vezes por vergonha em ter que detalhar o crime para polícias, na maioria das vezes, do sexo masculino (NUCCI, 2017).

A Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal não era vinculante e, assim, deveria ceder à legislação penal vigente. Por mais que o estupro fosse cometido mediante violência real, a ação penal seria pública condicionada à representação da vítima, passando a Lei nº12.015/2009 ser mais favorável do que a Súmula 608 (NUCCI, 2017). E, sendo mais benéfica, devia-se aplicar a lei, retroativamente. Assim, as ações penais públicas incondicionadas que se deram pela aplicação da Súmula 608 deveriam ser obstadas e consultadas as vítimas sobre o interesse em representar ou não contra o acusado.

Para os fatos ocorridos após a vigência da Lei nº12.015/2009, seria aplicada a ação penal pública condicionada à representação da vítima. Não se fazia necessário aguardar o prazo decadencial de 06 (seis) meses para consultar a vítima. No caso de a ação já estar em curso, a vítima era chamada e colhido o termo de representação ou renúncia. Havendo a renúncia da vítima, isso ensejaria a extinção de punibilidade do acusado (NUCCI, 2017).

Posteriormente à edição da Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, constatou-se diversos avanços em termos de conquistas das mulheres: deu-se início à criação de Delegacias de Polícia especializadas no atendimento da Mulher, entrou em vigor a denominada Lei Maria da Penha, Lei nº11.340/2006, dentre outros avanços legislativos que buscaram proteger o sexo feminino (NUCCI, 2017).

A Lei nº12.015/2009 tornou mais rigorosa a punição do agente, uma vez que não mais perdurou a ação privada nos crimes sexuais, após a sua vigência (NUCCI, 2017). Ainda, discutia-se sobre um descuido do legislador quanto às formas de crimes qualificados pelos resultados de lesão corporal grave e morte. O crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal admite esses resultados qualificadores, os quais seriam graves o suficiente para ensejar uma ação penal pública incondicionada. Todavia, conforme disposto no artigo 225 do Código Penal, essa ação seria condicionada à representação da vítima, concluindo assim, ser uma falha do legislador (NUCCI, 2017).

Com essa falha, a solução era buscada junto ao artigo 101 do Código Penal. O estupro seguido de lesões corporais graves é um crime complexo em sentido estrito, uma vez que composto por um constrangimento ilegal para conseguir obter um ato libidinoso ou conjunção carnal associado às lesões graves ou à morte. Assim, quando se referisse à lesão grave e a morte, a ação penal seria pública incondicionada. Portanto, a legitimidade pertenceria ao Ministério Público e, assim, no estupro com resultado de lesão corporal grave ou morte comporta ação penal seria pública incondicionada (NUCCI, 2017).

No mesmo contexto, quanto à representação pelo crime de estupro que resulta lesão grave seria totalmente cabível, ao contrário da qualificadora da morte que também depende de representação. Todo ser humano tem direito à vida, o qual está previsto na Constituição Federal e, assim, não haveria como deixar outras pessoas decidirem, seja cônjuge, ascendente, descendente, entre outros, sobre a punição do acusado, além de ser possível que a vítima não tenha essas pessoas para representar (GONÇALVES, 2016).

Em 2009, a Procuradoria Geral da República, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.301, requereu que o Supremo Tribunal Federal reconhecesse que a necessidade de representação no crime de estupro qualificado pela lesão grave ou morte fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, objetivou que o STF declarasse inconstitucional o artigo 225 do Código Penal, no que diz respeito ao mencionado, mantendo a representação nos demais crimes (GONÇALVES, 2016).

A justificativa para a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal era de que o crime de estupro é um delito complexo, uma vez que um dos elementos é a lesão corporal de natureza leve, e esta se dava por ação incondicionada. Já havia discussões no sentido de que não deveria mais ser aplicada,

tendo em vista que, desde a vigência da Lei nº9.099/95, o crime de lesão corporal leve passou a depender de representação. Mas, com a Lei nº12.015/09, acabou-se a discussão, uma vez que o crime de estupro passou a depender de representação (GONÇALVES, 2016).

Cabe ressaltar, ainda, que com a Lei nº 12.015/2009, as figuras do atentado violento ao pudor e do estupro foram unidas em um único tipo penal, recebendo a denominação de estupro. Do mesmo modo, foi criado o crime de estupro de vulnerável, previsto no art. 217-A, do Código Penal, encerrando com a discussão que havia sobre a natureza da presunção de violência quando delito praticado contra menores de 14 anos, dentre outras alterações que esta lei trouxe (GRECO, 2017). A doutrina passou a entender que, no caso, não se tratou de *abolitio criminis*, o qual levaria a extinção de punibilidade das pessoas que já haviam sido condenadas ou acusadas pelo crime.

A denominada *abolitio criminis* só se caracteriza quando uma nova Lei deixa de considerar determinado fato como crime, o que não ocorreu com o estupro e atentado violento ao pudor, porque o fato continua criminoso tendo havido, tão somente, mudança de nome (GONÇALVES, 2016).

A Lei nº12.015/09 afastou a presunção relativa de vulnerabilidade e passou a tratar de forma objetiva que manter relações sexuais com uma das pessoas vulneráveis expressas no Código Penal, configura estupro de vulnerável. Na hipótese, por mais que a menina de 12 anos seja prostituta e já tenha se relacionado com outros homens, vai ser considerada vulnerável absoluta (GONÇALVES, 2016).

Nesse aspecto, avultou-se a discussão quanto à mudança de tratamento da vulnerabilidade no sentido de reconhecê-la como relativa, considerando casos concretos, ou absoluta, onde não se admite prova ou questionamento. Para Greco (2017), a presunção de violência é absoluta, levando em conta a objetividade da idade aplicada. Em diversos casos, o Código Penal utiliza a idade da pessoa para decidir e aplicar o direito, não tendo como destruir a natureza desse dado objetivo que é a idade. Assim, com a criação do crime de estupro de vulnerável, acabou a discussão da vulnerabilidade relativa, passando a ser vulnerável toda a pessoa menor de 14 anos, sem exceções. Nesse sentido,

O nascimento do tipo penal inédito não tornará sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática do ato sexual? Essa é a posição que nos parece mais acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade do mundo e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade (NUCCI apud GRECO, 2017, p. 146).

Diante da modificação legislativa, a doutrina passou a debater a ação penal prevista para o crime de estupro de vulnerável, argumentando que a redação do artigo 225 do Código Penal seria confusa (COELHO, 2015). Se, por um lado, doutrinadores interpretaram o dispositivo no sentido de que a ação é pública incondicionada caberia em todas as hipóteses de vulnerabilidade, por outro, doutrinadores passaram a indicar que o estabelecimento da ação penal deveria levar em consideração a transitoriedade ou não da vulnerabilidade (GONÇALVES, 2016).

A questão estava longe de ser pacificada nas cortes nacionais, tendo o Superior Tribunal de Justiça se manifestado no sentido da observância da transitoriedade da vulnerabilidade como fator determinante da escolha da ação penal, da seguinte forma:

[...] em relação à vítima possuidora de incapacidade permanente de oferecer resistência a prática de atos libidinosos, a ação penal seria sempre incondicionada. Mas, em se tratando de pessoa incapaz de oferecer resistência apenas na ocasião da ocorrência dos atos libidinosos - não sendo considerada pessoa vulnerável -, a ação penal permanece condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus iudicii*. Com este entendimento, afasta-se a interpretação no sentido de que qualquer estupro de vulnerável seria de ação penal pública incondicionada, preservando-se o sentido da redação do caput do art. 225 do CP. [...] No caso em exame, observa-se

que, *embora a suposta vítima tenha sido considerada incapaz de oferecer resistência na ocasião da prática dos atos libidinosos, esta não é considerada pessoa vulnerável, a ponto de ensejar a modificação da ação penal.* Ou seja, **a vulnerabilidade pôde ser configurada apenas na ocasião da ocorrência do crime. Assim, a ação penal para o processamento do crime é pública condicionada à representação** (BRASIL, 2014).

Como visto, caso a vulnerabilidade da vítima esteja presente somente no momento da prática do crime, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que a ação penal deveria respeitar sua vontade, passando a ação a ser pública, porém, condicionada à representação. Ocorre que, posteriormente, o mesmo tribunal superior manifestou-se, em outra oportunidade, de forma contrária. Veja-se:

[...] Em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. Constatou-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito. [...] In casu, o eg. Tribunal de origem consignou que a vítima estava em estágio avançado de embriaguez, inclusive, no momento do suposto crime, estava inconsciente, portanto, era incapaz de oferecer resistência, caracterizando, assim, a situação de vulnerabilidade. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada (BRASIL, 2016).

De acordo com o julgamento transcrito, em um caso de estupro envolvendo vítima vulnerável transitoriamente, ou seja, incapaz de oferecer resistência por estar desacordada, no momento da prática do ato sexual, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, mesmo tratando-se de incapacidade transitória, a ação penal deveria ser pública incondicionada. E nesse sentido novamente manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

[...] em casos de vulnerabilidade da ofendida, a ação penal é pública incondicionada, nos moldes do parágrafo único do art. 225 do Código Penal. *Constata-se que o referido artigo não fez qualquer distinção entre a vulnerabilidade temporária ou permanente, haja vista que a condição de vulnerável é aferível no momento do cometimento do crime*, ocasião em que há a prática dos atos executórios com vistas à consumação do delito”. [...] As reformas trazidas pela Lei nº 12.015/09 demonstram uma maior preocupação do legislador em proteger os vulneráveis, tanto é que o estupro cometido em detrimento destes (art. 217-A do CP) possui, no preceito secundário, um quantum muito superior ao tipo penal do art. 213 do CP . E o parágrafo único do art. 225 do CP corrobora tal entendimento, uma vez que atesta um interesse público na persecução penal quando o crime é cometido em prejuízo de uma vítima vulnerável (BRASIL, 2017).

A decisão do Superior Tribunal de Justiça era no sentido de que a ação penal deve ser pública incondicionada para todo e qualquer caso envolvendo vulnerabilidade. Isso se deveria em nome do interesse público na persecução penal, que deve se sobrepor ao interesse ou não da vítima na punição do autor do crime.

Porém, a Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018, trouxe grandes alterações no Código Penal, principalmente no que diz respeito à ação penal nos crimes contra a liberdade sexual e contra vulnerável, tornando-a pública incondicionada. Ademais, tipificou o crime de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, bem como concebeu causas de aumento de pena para os referidos crimes e definiu como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo, além de revogar dispositivo do decreto nº3.688, de 3 de outubro de 1941, denominado Lei das Contravenções Penais (BRASIL, 2018).

O §5º do artigo 217-A passou a dispor que “as penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime” (BRASIL, 2018). O artigo 225 do Código Penal passou a estabelecer

que “nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública incondicionada” (BRASIL, 2018).

A discussão que se tinha anteriormente sobre a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade da vítima no crime de estupro, dependendo do caso concreto, acabou, uma vez que a Lei nº13.718/18 afastou a relativização da presunção de vulnerabilidade. O artigo 225 do Código Penal recebeu nova redação, onde todos os crimes previstos nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual passaram a ser ação pública incondicionada (SUZUKI, 2018).

A discussão que se passou a ter após a vigência da referida Lei foi no sentido da proteção dos bens jurídicos: dignidade e liberdade sexual (SUZUKI, 2018). Veja-se:

Muitos podem considerar um avanço legislativo para fins protetivos, mas, como digo em sala de aula, a vítima de um crime sexual é vítima por várias vezes, não só no ato sexual, mas para percorrer todo o trâmite processual, é necessário reviver a situação, que para os vitimados será reviver um trauma. Fora que ainda fica taxada, por uma parte ínfima da sociedade, de inúmeros adjetivos pejorativos. Ou seja, retirar da vítima esse poder de decisão (de querer prosseguir ou não com o procedimento criminal), é retirar uma garantia de preservação de sua intimidade, um direito básico em uma democracia que se preze (SUZUKI, 2018, s/p).

Da mesma forma, essa reforma na legislação acabou com a discussão quanto aos crimes agravados pelo resultado. Assim, tanto nos crimes qualificados pela lesão corporal grave ou pela morte quanto nos casos para os quais era aplicada a Súmula 608 do Supremo Tribunal Federal, passou a ser cabível a ação penal pública incondicionada (SUZUKI, 2018).

Antes da reforma da legislação, a ação era pública condicionada a representação, levando em conta o respeito à vontade da vítima, uma vez os delitos sexuais envolvem questões de foro íntimo, onde o Estado não deve se envolver unilateral e arbitrariamente. Após a reforma, passou a ser pública incondicionada. Nesse sentido:

Em que pese a alegação de que muitas vezes as vítimas podem ser coagidas a não representar, fato é que essa ingerência na decisão de uma pessoa maior e capaz (homem ou mulher), a respeito de práticas criminais que invadem uma seara por demais íntima, não nos parece o melhor caminho, mas sim a representação legal de uma cegueira punitivista que acaba prejudicando interesses das próprias vítimas, mediante a adoção de uma postura paternalista injustificada (CABETTE, 2018, p.3)

A reforma na legislação que tornou a ação penal incondicionada à representação modificou o tratamento com as pessoas adultas capazes e passou a tratá-las como incapazes, uma vez que tirou da vítima o direito de escolha sobre assuntos relacionados a atos sexuais realizados com ela. Assim, foram proibidos de optar pelo seu agir e tiveram a liberdade de escolha e autonomia da vontade violadas (CABETTE, 2018). A esse respeito:

Neste ponto pensamos que andou mal o legislador e, ao aparentemente ampliar a proteção da vítima (maior e capaz), o que fez foi menosprezar sua capacidade de decisão, escolha e conveniência. A exigência de representação para vítimas maiores e capazes, por ser um ato sem formalidade ou complexidade, assegurava à vítima o direito de autorizar ou não a persecução penal. Era uma condição de procedibilidade que denotava respeito ao seu poder decisório, importante neste tipo de delito, em que a violência afeta diretamente a intimidade e a privacidade, além da liberdade sexual (CABETTE, 2018, p. 3)

Como se percebe, o entendimento aponta para a necessidade de a vítima ter direito de decidir sobre a pertinência ou não dar início à ação penal, em casos envolvendo sua dignidade sexual. No mesmo sentido,

Cuida-se de lamentável concessão do legislador a protestos punitivistas que bradam pela pena e esquecem-se que, nos crimes sexuais, existe uma vítima que precisa ser preservada. Com a nova disciplina, a pessoa violentada não mais poderá procurar a autopreservação,

contornando os processos de vitimização secundária e terciária, mas obrigatoriamente será submetida a eles. O recado do legislador é claro: o que importa é punir, pouco importando o bem-estar da vítima, caindo as máscaras de fingida preocupação. Essa é a consequência de um direito penal estudado e manejado sem apoio na criminologia – mais especificamente, na vitimologia (FREITAS apud CABETTE, 2018, p. 3).

O pensamento dá conta de que a alteração legislativa seria apenas mais uma manifestação de direito penal punitivista, despreocupado com o efetivo bem-estar da vítima. Esse contexto fez com que alguns doutrinadores passassem a entender que a alteração advinda em 2018 foi um retrocesso:

Contudo, igualar todas as formas pelas quais o crime pode ser praticado para retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança. O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável -, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii* (CUNHA, apud CABETTE, 2018, p. 3)

Segundo parte da doutrina, a reforma na legislação não deveria ter ocorrido, uma vez que a ação pública condicionada à representação garante um poder de decisão da vítima querer prosseguir ou não com fatos que atingem o seu foro íntimo (CABETTE, 2018). Há outros doutrinadores que entendem que o direito de punir do Estado deveria efetivamente sobrepor-se ao interesse da vítima. Desse modo, vê-se que há divergência doutrinária no que diz respeito a alteração da legislação na ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, que está longe de ser pacificada, já que a mudança legislativa é recente e, portanto, demanda tempo para ser maturada.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final da pesquisa, pode-se concluir que não há unanimidade acerca da compreensão doutrinária sobre o acerto ou não da mudança legislativa sobre a ação penal cabível para os crimes contra a dignidade sexual. A redação do artigo 225 do Código Penal prevê que a ação penal será pública incondicionada, porém, tal redação não fica imune às críticas doutrinárias, que se refletem na jurisprudência brasileira.

Com a última alteração na legislação penal, os crimes previstos nos capítulos I e II dos crimes contra a dignidade sexual passaram a ser ação pública incondicionada. Assim, quando tomar conhecimento acerca do cometimento de qualquer desses crimes, a Autoridade Policial pode e deve instaurar o respectivo inquérito policial, de ofício, independentemente do preenchimento de qualquer condição de procedibilidade.

Ademais, há que se considerar a necessidade de supremacia do interesse público na persecução penal, bem jurídico protegido nos crimes contra a dignidade sexual, qual seja, a dignidade sexual da vítima, uma das facetas da dignidade da pessoa humana, que é um dos pilares da Constituição Federal da República brasileira.

Por fim, enquanto não houver uniformização de entendimento, mantém-se a importância da pesquisa e da discussão, pelos reflexos importantíssimos advindos da escolha por uma ou outra ação penal para esses crimes, já na primeira fase da persecução penal, qual seja, no momento da classificação da infração penal e determinação da instauração ou não do inquérito policial, pela Autoridade Policial.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de Agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm. Acesso em: 20 Nov. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.718, de 24 de Setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#art1. Acesso em: 20 Nov. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 276510** - RJ, da 6ª Turma. Impetrante: Sergio Guimarães Riera e outros. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Brasília, DF, 11 Nov. 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1343799&num_registro=201302916894&data=20141201&formato=PDF. Acesso em: 03 Dez. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 72963** -MT, da 5ª Turma. Recorrente: J P DE F B. Recorrido: Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 13 Dez. 2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1562147&num_registro=201601766868&data=20161215&formato=PDF. Acesso em: 03 dez. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 389610** -SP, da 5ª Turma. Impetrante: Jose Claudio Brito. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Felix Fischer, Brasília, DF, 08 Ago. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1621911&num_registro=201700399135&data=20170816&formato=PDF. Acesso em: 03 dez. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Primeiras impressões sobre o crime de importunação sexual e alterações da Lei 13.718/18. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70388/primeiras-impressoes-sobre-o-crime-de-importunacao-sexual-e-alteracoes-da-lei-13-718-18/3>. Acesso em: 03. Jan. 2019.

COELHO, Pedro. **Qual a Natureza da Ação Penal nos Crimes de Estupro de Vulnerável?** 2015. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/qual-a-natureza-da-acao-penal-nos-crimes-de-estupro-de-vulneravel/>. Acesso em: 03 dez. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático**: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol. 3. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral**: arts. 1º a 120 do Código Penal. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SUZUKI, Claudio. Recentes alterações nos crimes contra a dignidade sexual (Lei nº 13.718 de 24 de setembro de 2018). 2018. Disponível em: <https://claudiosuzuki.jusbrasil.com.br/artigos/630363758/recentes-alteracoes-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-lei-n-13718-de-24-de-setembro-de-2018>. Acesso em: 03 jan. 2019.

SEGURANÇA PÚBLICA E O COTIDIANO DO POLICIAL MILITAR

BERNSTEIN, Elisandra Fabrícia¹
BERNSTEIN, Felipe Márcio²
ANDREOLLA, Andrey Henrique³

RESUMO: A segurança pública é amplamente debatida, uma vez que o Brasil conta com altos índices de violência. O efetivo policial enfrenta diariamente a realidade, a inversão de valores, a degradação humana diante de diversos crimes, que afetam a convivência nas comunidades. Com base nessas premissas, esse estudo pretende demonstrar a fragilidade da segurança pública num aspecto geral, bem como a realidade dela no Brasil e as consequências do atual sistema de segurança pública ao policial brasileiro. A justificativa encontra-se na oportunidade de aprofundar o estudo sobre a segurança pública e o trabalho exercido pelo policial militar, evidenciando a necessidade de adoção de políticas públicas que objetivem diminuir a criminalidade, com aprimoramento e aparelhamento técnico e tático da polícia, bem como o atendimento especializado para atender os policiais em suas dificuldades. A partir do estudo, pode-se dizer que em meio ao momento de preocupação com a criminalidade faltam políticas públicas adequadas para atender a demanda da segurança pública e das questões que envolvem a profissão de policial militar. Para a realização do estudo utilizou-se a pesquisa bibliográfica, dialética, analítica descritiva.

Palavras-chave: Consequências. Cotidiano. Policial Militar. Segurança Pública.

1 INTRODUÇÃO

O tema versa sobre a segurança pública e o cotidiano do policial militar. Sabe-se que o assunto segurança pública é discutido em todos os segmentos da sociedade brasileira, preocupando os órgãos responsáveis (polícia militar, polícia federal, polícia civil, secretarias de segurança pública, ministério, representantes dos três poderes), e às pessoas que vivem sobressaltadas, com medo da violência, da criminalidade, que atinge todas as faixas etárias, em todos os locais, principalmente, no seio familiar.

E, no panorama desalentador de altos índices dos mais variados crimes, com múltiplos cenários de violência, que ceifam muitas vidas, inclusive de inocentes, de crianças, adolescentes, trabalhadores que provêm o sustento de suas famílias, encontra-se o policial militar, cuja atuação na segurança pública é fundamental. Nesse sentido, o profissional depara-se no seu cotidiano, em suas ações de polícia, com inúmeras histórias de vidas que terminam com a morte, seja ela do meliante ou da vítima, inclusive em muitos casos do próprio policial, além de lidar com a questão da prisão, fuga e demais quadros de violência física, psicológica (que atingem o indivíduo vítima da violência, a sua família, a comunidade).

Sendo uma profissão de risco, que exige toda a atenção, e um estado de alerta a fim de estar sempre preparado para situações imprevistas, que podem ocorrer durante uma ação, o policial enfrenta grande pressão, desgaste, estresse, entre outras dificuldades, que muitas vezes o levam ao

¹ Acadêmica do oitavo semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Câmpus Erechim. (elisandrafabricia@hotmail.com)

² Acadêmico do sétimo semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Câmpus Erechim. (lipe_020@hotmail.com)

³ Mestre em Direito, professor da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Câmpus Erechim/RS. (andreyandreolla@uricer.edu.br)

afastamento do serviço. Outro aspecto relevante e que gera desafios são as baixas, que fazem com que não só a família fique em situação de tristeza, mas igualmente a corporação, as instituições do Estado, a sociedade.

Neste estudo objetiva-se a análise dos aspectos gerais e da fragilidade da segurança pública no Brasil, bem como as consequências do atual sistema de segurança pública ao policial brasileiro.

A justificativa pauta-se na oportunidade de aprofundar o entendimento e estudo sobre a segurança pública no Brasil num contexto geral, mostrando a sua realidade no país e as consequências geradas ao profissional policial militar. Além disso, o estudo pretende demonstrar que muitos policiais militares se afastam do serviço por questões de saúde, além de analisar que a questão das baixas que ocorrem nas ações são indicativos de que é necessário a efetiva adoção de políticas públicas que busquem diminuir a criminalidade, com aprimoramento e aparelhamento técnico e tático da polícia, bem como o atendimento especializado, para atender os trabalhadores policiais em todas suas dificuldades, estendido aos familiares.

A metodologia utilizada consistirá na revisão bibliográfica mediante leitura sistemática e fichamento de obra que passam a fazer parte do referencial teórico, valendo-se do método dialético.

2 SEGURANÇA PÚBLICA

2.1 Evolução histórica, conceituação e dados estatísticos da segurança pública

Desde a Proclamação da República, o Brasil já teve seis Constituições Federais. Apesar de todas tratarem a questão da segurança pública, verifica-se que o tema não era abordado de um modo individualizado e concentrado, tal qual ocorre na Constituição Federal de 1988.

Diante disso, a Constituição Federal de 1988 distingue-se das demais ao passo que, além de considerar o direito à segurança como um direito individual fundamental (artigo 5º) e como um direito social (artigo 6º), também a segurança pública está prevista exclusivamente no Capítulo III, em que estão elencadas as forças policiais com suas competências, como forma de preservação da ordem social, visando, ainda, assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Nesse passo, menciona-se que a responsabilidade de manter a ordem pública e garantir o direito à segurança e à paz social é de competência dos estados, que agem através dos órgãos de polícia ostensiva e judiciária, cada qual com suas atribuições.

Insta destacar que a segurança pública:

[...] é justamente a sensação de bem-estar de uma comunidade, certos os seus moradores de que terão uma vida tranquila e pacífica. Livre de aborrecimentos trazidos justamente pela convivência com outras pessoas, por isso, pública. Não há dúvida de que, no art. 144 da Constituição Federal, abrindo o Capítulo III do Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas), tem-se o tema Da segurança pública, querendo referir-se aos órgãos encarregados de assegurar à sociedade essa paz e bem-estar, que todos merecem no Estado Democrático de Direito (NUCCI, 2016, p. 47).

No entanto, apesar da segurança pública estar prevista constitucionalmente, não restou definida, apenas determinou-se a sua finalidade e os órgãos policiais responsáveis para garanti-la. Além disso, tem-se que a segurança pública é um dever do Estado e um direito de todos, visando a manutenção da ordem pública e incolumidade dos cidadãos brasileiros e do patrimônio (ESPÍRITO SANTO; MEIRELES, 2003). Nesse sentido:

Segurança pública é o conjunto das ações preventivas e reativas, de natureza pública, que, em resposta ao fenômeno da criminalidade, volta-se ao alcance ou à manutenção da ordem pública e que tem como fim último proporcionar aos indivíduos, na convivência social, a fruição de relações pautadas no direito básico de liberdade, garantidas a segurança jurídica – proteção contra repressão autoritária do Estado – e a segurança material – proteção contra agressões de todo tipo” (FILOCRE, 2010 *apud* NUCCI, 2016, p. 47)

A partir do recolhimento de dados de cada estado, um cenário nacional é publicado anualmente pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP). Dessa maneira, os crimes violentos letais e intencionais são o indicativo da violência no Brasil, tendo em vista que expressam a preocupação do cidadão em relação à segurança pública.

Verifica-se que os números de crimes violentos letais e intencionais são inquietantes, tendo como base a última edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, foram registradas 63.895 (sessenta e três mil oitocentos e noventa e cinco) mortes violentas intencionais, significa que houve um aumento de 2,9% em comparação ao ano de 2016. Fato é que, aproximadamente, 175 pessoas morrem de maneira violenta no Brasil

Adicionalmente a isso, no referido anuário registrou-se 5.169 (cinco mil cento e sessenta e nove) mortes de policiais civis ou militares em intervenções policiais, conduzindo a crescimento de 21% em relação ao ano anterior. Denota-se, desse modo, o número alarmante de que 14 policiais morrem por dia no Brasil em intervenções policiais (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018).

2.2 A segurança pública frente à violência e à criminalidade

Segundo Feltran (2019), em sua análise crítica sobre a criminalidade e o combate da mesma, comenta que no Brasil as taxas de crescimento dos crimes violentos acompanham o crescimento da economia e dos mercados de consumo, sendo que com mais capacidade de consumir bens e serviços, ocorre um estímulo tanto das atividades legais quanto ilegais da economia.

Destaca-se que com mais dinheiro no bolso, os indivíduos compram mais casas, carros e celulares, em contrapartida, pois, estão disponíveis. Para o autor o paradigma das “políticas de segurança pública” no Brasil tem como problema central o mesmo, considera-se que a origem do crime é o comportamento dos mais pobres (não os mercados que os empregam) e, então, reprimem-se seus operadores de base, seus trabalhadores braçais.

Além disso, a luz de Cabette e Sannini Neto (2015):

Em um momento em que a criminalidade está cada vez mais organizada, cabe ao Estado fortalecer suas instituições. Quando falamos de segurança pública, a primeira coisa que se destaca é o recrudescimento das leis penais, como se o direito penal fosse a solução para todos os problemas (CABETTE; SANNINI NETO, 2015, p. 227).

Grande parte dos estudiosos do tema segurança e criminalidade buscam demonstrar que as medidas adotadas pelo sistema do Brasil são falhas, uma vez que são punitivas somente para alguns, em decorrência de sua situação econômica, e o resultado é que os sistemas prisionais estão lotados. Insta destacar o exemplo de um traficante, que no momento que é preso, já tem outro em seu lugar, e quando sair é apenas um “ex-detento” com toda uma bagagem nova de crime, sem emprego e, possivelmente, voltará ao mundo do crime. Cabe destacar Zaccone Filho (2016):

Na criminologia vamos ver que a construção do crime e do criminoso é feita pela linguagem. “Quem é traficante e quem é usuário de drogas?”: um rapaz que acabou de ganhar um salário mínimo, que mora em uma favela no Rio, na Mangueira, ganhou o salário na sexta-feira, passou na boca de fumo, comprou 10 “trouxinhas” de maconha para fumar no fim de semana; aí tem uma blitz policial, e ele é flagrado no momento em que ele está com R\$ 600,00 em um bolso e 10 “trouxinhas” de maconha no outro, em um lugar conhecido como “boca de fumo”; ele é traficante ou é usuário? Já quando um helicóptero de propriedade de um Deputado, com meia tonelada de cocaína é parado depois de ter sido abastecido em uma região de Minas Gerais, ninguém foi preso; o helicóptero já foi devolvido à família, e nem o piloto está preso. Então reparem que a construção do crime e do criminoso se dá por meio de uma série de construções que vão ser feitas sob essas formas jurídicas (ZACCONE FILHO, 2016, p.11).

O exemplo do autor ilustra a dicotomia existente na interpretação do traficante e do usuário, e por detrás de ambos o poder econômico, e assim a segurança pública acaba por ser muitas vezes sujeita a medidas que não condizem a realidade dos indivíduos que vivem sob a égide do crime, e os cidadãos no meio do fogo cruzado, de inúmeras leis que efetivamente não diminuem os índices, justamente porque são paliativas diante da realidade de toda a sociedade brasileira.

Além disso, os criminosos convivem nas comunidades, tem família, e nada os impede de exercerem as suas atividades criminosas, a não ser a punição de prisão, que no Brasil, como se sabe, devido as condições dos presídios, não atende aos princípios de ressocialização do indivíduo.

Dessa forma, há que se dizer que a segurança pública necessita ser reformulada com políticas públicas adequadas e efetivas, que comecem por oferecer emprego, educação, programas governamentais que preparem as pessoas desde crianças para que possam assimilar os valores de respeito aos direitos, principalmente o direito à vida.

Além disso, salienta-se que não basta equipar policiais com armamentos e aumentar a segurança ostensiva nas ruas mediante mais viaturas, deve-se também haver uma colaboração mútua entre todas as entidades públicas a fim de que todos possam desenvolver satisfatoriamente suas atribuições (PORTELA, 2011).

2.3 O cotidiano do policial militar e as consequências decorrentes da segurança pública brasileira

Na segurança pública é o policial militar o indivíduo que, em caráter permanente ou transitório, presta serviços militares no plano da administração da União e dos Estados. Sendo assim, pode-se dizer que os policiais militares se referem aos profissionais que desempenham atividade no âmbito federal ou no estadual, recebendo por este serviço um subsídio. Para um bom exercício profissional, o militar deve saber lidar com o conjunto de tarefas a ele conferidas e não se abster de cumprir suas obrigações, mesmo que isso implique em algum dilema ideológico pessoal (GASPARINI; JESUS, 2001).

Assim, o policial é o profissional que em seu cotidiano representa o Estado, em sua função a garantia de estar fazendo todo o seu possível para manter a vida e o patrimônio das pessoas assegurados. Ele corre riscos, está atento aos movimentos, em ação precisa estar focado, enfrenta meliantes de toda espécie, convive com a realidade de cenários de crimes violentos de toda espécie, que atingem todas as faixas etárias, destroem famílias. Todo esse cotidiano tenso, estressante pode ocasionar problemas ao policial, e que muitas vezes acaba por afastamento, que também pode ocorrer quando se machuca em serviço ou quando é ferido.

Destaca-se que o exercício profissional dos policiais militares se baseia em circunstâncias violentas e de confronto, sendo que a categoria de soldados e cabos são aqueles que experimentam intensa e diretamente tais riscos, uma vez que são eles que enfrentam o risco de modo normal e rotineiro no desempenho da função (MINAYO; SOUZA; CONSTANTINO, 2008).

As baixas são outro aspecto que o policial militar convive, pois diariamente são noticiadas mortes de policiais em serviço, isto é, no cumprimento do dever. Tais baixas em ações da polícia são

decorrentes do enfrentamento direto com os criminosos, que por vezes atacam no intuito de fugir do cerco policial, e pouco se importam se o policial irá morrer ou não, se tem família e filhos, porque para o criminoso essa é a sua realidade, ou seja, viver de violência.

Segundo Mirabete (1998) e Guimarães (1999) a atividade militar não se resume ao serviço diário, a função implica em constante estado de alerta, mesmo quando está em momento de descanso. A profissão do policial requer que este indivíduo atue no confronto contra a conduta irregular ou criminosa da sociedade, defendendo cidadãos.

Explicam Brito e Souza (2004) que os policiais têm pouca mobilidade para tomar decisões, já que as atividades sempre estão condicionadas ao cumprimento estrito da ordem de um superior. Ao averiguarem as representações sociais de policiais civis sobre a profissionalização, evidenciaram os autores que esses policiais consideram que, muitas vezes, há subserviência da polícia quanto ao atendimento dos interesses de grupos políticos dominantes.

Nesse contexto, salienta-se a questão dos problemas de saúde da categoria de policiais militares:

Três expressões são comumente utilizadas quando estudamos os problemas de saúde de um determinado grupo populacional, como é o caso dos policiais militares: condições de saúde, situação de saúde e estilo de vida. Tratados como categorias classificatórias e explicativas do que ocorre na realidade, esses três termos dizem respeito a uma dinâmica que articula questões biológicas e sociais, interagindo na produção de uma vida saudável ou de várias modalidades de adoecimento (MINAYO; SOUZA; CONSTANTINO, 2008, p. 179).

Ademais, de acordo com Valla (2002), os policiais sofrem influências de diversos aspectos negativos que geram estresse extremo. O cansaço físico e a falta de equilíbrio emocional podem levar esses profissionais a assumirem atitudes irracionais durante crises e situações caóticas. Assim, tais atitudes podem levar à falta de eficácia no desempenho do exercício profissional, expondo os policiais e a população em geral a perigos em potencial.

Adicionalmente a isso, para o referido autor, a profissão militar caracteriza-se por exigir da pessoa vários sacrifícios, inclusive o da própria vida, em prol da vida do outro. A morte é uma realidade na vida do policial, tendo em vista que o mesmo tem que saber lidar com a morte das vítimas, dos criminosos, dos próprios companheiros de trabalho e também com a ideia de que sua própria vida corre perigo.

Nesse sentido é o entendimento de Mayer (2006):

A saga do policial militar de todos os tempos tem se caracterizado por uma vida plena de sacrifícios, de espírito de renúncia e silenciosa dedicação ao dever, elementos sem os quais não é possível levar a bom termo a missão nobilitante de dar proteção à sociedade (MAYER, 2006, p. 62).

Partindo desse pressuposto, segundo Souza, Franco e Meireles (2007, *apud* MINAYO; SOUZA; CONSTANTINO, 2008, p. 202), considera-se que os policiais civis e militares que atuam de modo permanente estão 05 vezes mais predispostos a sofrer violência, e aqueles que atuam de modo esporádico o risco é 02 vezes maior, isso tudo em comparação aos demais funcionários públicos. Além disso, pontua-se que comparando as atividades de policiais civis e militares, esses estão mais expostos a violência do que aqueles.

Segundo Souza e Minayo (2005), muitos são os casos de agravos à saúde física e mental dos policiais militares. No geral, os policiais são vítimas de acidentes e violências que levam à morte prematura. No estudo feito com policiais, realizado por Minayo, Souza e Constantino (2008) foi constatado que os policiais militares e civis estão expostos a estresse no seu cotidiano laboral, em

decorrência disso surgem outras doenças subjetivas, como, por exemplo, dores de estômago, enxaquecas e nervosismo, as quais são desconsideradas pela chefia em razão de sua subjetividade.

Afirma Benevides-Pereira (2002) que o policial lida com riscos reais e imaginários na profissão. Assim, o sofrimento e o estresse apresentam agravamentos e, mesmo quando imaginários, podem desencadear respostas de alerta e até mesmo levá-lo à morte. Ainda, o autor destaca que os profissionais que trabalham em funções diretamente na assistência dos outros estão mais suscetíveis ao estresse.

Toda profissão tem a sua carga de estresse que leva ao desgaste físico e emocional. Quem trabalha com segurança pública enfrenta situações estressantes por natureza, expondo-se constantemente à violência, tensões e riscos. Muitos dos indivíduos investidos neste papel, até mesmo como autoproteção, vão se tornando insensíveis e, mais adiante, isso pode gerar comportamentos inadequados e desajustamentos sociais, tanto no trabalho quanto fora dela (MAYER, 2006, p. 44).

Nesse sentido, a rotina exaustiva do exercício profissional dos policiais militares ocasiona diversos problemas de saúde, pode-se perceber que os profissionais podem apresentar estresse ocupacional, fadiga constante e progressiva, dores musculares, distúrbios do sono, bem como perturbações gastrintestinais.

Além disso, insta destacar a possível incidência da Síndrome de *Burnout*¹ nos profissionais policiais militares, que surge nesse contexto de situações de risco, estresse, cobrança e pressão, gerando neles sintomas como estresse crônico e exaustão física, psíquica e emocional, dentre outros sintomas clínicos, em razão de uma exposição frequente a um ambiente ocupacional estressante, conforme estudo realizado por Bezerra de Lima *et al* 2018.

Para um melhor entendimento acerca do diagnóstico da Síndrome de *Burnout*:

É um construto formado por três dimensões relacionadas, mas independentes: (a) exaustão emocional: caracterizada por falta de energia e entusiasmo, por sensação de esgotamento de recursos ao qual pode somar-se o sentimento de frustração e tensão nos trabalhadores, por perceberem que já não têm condições de despender mais energia para o atendimento de seu cliente ou demais pessoas, como faziam antes; (b) despersonalização: caracterizada pelo desenvolvimento de uma insensibilidade emocional, que faz com que o profissional trate os clientes, colegas e a organização de maneira desumanizada; (c) diminuição da realização pessoal no trabalho: caracterizada por uma tendência do trabalhador a auto-avaliar-se de forma negativa, tornando-se infeliz e insatisfeito com seu desenvolvimento profissional, com conseqüente declínio no seu sentimento de competência e êxito, bem como de sua capacidade de interagir com os demais (MASLACH; JACKSON, 1981 *apud* CARLOTO; PALAZZO, 2006, p. 2).

Delgado *et al* (1993, *apud* MAYER, 2006, p.36) evidenciaram que, dentre várias categorias profissionais, uma das mais acometidas pela Síndrome de *Burnout* é justamente a classe policial, uma vez que adotam uma postura humanística em locais desumanizados. Vale mencionar que a Síndrome de *Burnout* é exatamente “a intensificação da sintomatologia própria do estresse” (KYRIACOU; SUTCLIFFE, 1978 *apud* MAYER, 2006, p. 37).

Em outro estudo realizado acerca da incidência da Síndrome de *Burnout* em policiais militares, Chaves e Shimizu (2018) constataram que 43,75% dos policiais apresentavam alto grau de exaustão emocional, 56,25% de despersonalização e 75% de baixa pontuação para realização profissional, o que foi considerado como indicativos da referida síndrome.

¹ Síndrome de *Burnout* ou Síndrome do Esgotamento Profissional é um distúrbio emocional com sintomas de exaustão extrema, estresse e esgotamento físico resultante de situações de trabalho desgastante, que demandam muita competitividade ou responsabilidade (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019). A principal causa da doença é justamente o excesso de trabalho. Esta síndrome é comum em profissionais que atuam diariamente sob pressão e com responsabilidades constantes, como médicos, enfermeiros, professores, policiais, jornalistas, dentre outros (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2019).

Ainda, a rotina massacrante enfrentada pelos policiais pode gerar a falta de atenção e concentração, alterações da memória, baixa autoestima, labilidade emocional, impaciência e dificuldades comportamentais associadas à negligência ou escrúpulo excessivo, à irritabilidade e aumento da agressividade, à dificuldade de relaxar, ao alto consumo de substâncias, ao risco de suicídio e aos sintomas defensivos que tangem tendência ao isolamento, sentimento de onipotência, como também perda de interesse pelo trabalho.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo pode-se dizer que a segurança pública no Brasil é caótica e preocupante, assim há necessidade de adoção de políticas públicas que sejam eficazes no combate à violência e à criminalidade, bem como incentivar o fortalecimento das instituições públicas e a cooperação entre elas. Assim, não basta apenas medidas de caráter punitivo, dentre as quais efetivamente já demonstraram que não dão o resultado esperado, ou seja, não diminuem os atos violentos e criminosos.

A partir disso, pode-se dizer que, em meio ao momento de preocupação com a criminalidade, faltam políticas públicas adequadas para atender a demanda da segurança pública no Brasil, como também das questões que envolvem a profissão de policial militar, que convive nessa situação turbulenta e estressante frente à precariedade da segurança pública brasileira.

Ademais, constatou-se que, em decorrência da atual situação da segurança pública brasileira, são geradas consequências na saúde física e psíquica dos profissionais policiais militares, tais quais o alto nível de estresse, bem como a incidência da Síndrome de *Burnout*, doença decorrente das situações estressantes vivenciadas no ambiente ocupacional.

REFERÊNCIAS

BENEVIDES-PEREIRA, Ana Maria Pereira. (Org.). *Burnout*: quando o trabalho ameaça o bem estar do trabalhador. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2002.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 ago. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Síndrome de Burnout**: o que é, quais as causas, sintomas e como tratar. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/saude-mental/sindrome-de-burnout>. Acesso em: 25 ago. 2019.

BRITO, Alexandre Sant'Ana; SOUZA, Lídio de. Representações sociais de policiais civil sobre profissionalização. *Sociologias*, v. 6, n. 12, jul/dez. 2004.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; SANNINI NETO, Francisco. Poder requisitório do Delegado de Polícia e sua abrangência no atual cenário normativo. *Síntese Jurídica*, São Paulo, n. 90, p. 227, fev. 2015.

CARLOTTO, Mary Sandra; PALAZZO, Lílian dos Santos. Síndrome de *burnout* e fatores associados: um estudo epidemiológico com professores. *Cad. Saúde Pública*, v. 22, n. 5, 2006. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S0102-311X2006000500014&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 25 ago. 2019.

CHAVES, Maylla Salete Rocha Santos Chaves; SHIMIZU, Iara Sayuri. Síndrome de *burnout* e qualidade do sono de policiais militares do Piauí. **Revista Brasileira de Medicina do Trabalho**. São Paulo, v. 16, n. 4, 2018. Disponível em: <http://rbmt.org.br/details/383/pt-BR/sindrome-de-burnout-e-qualidade-do-sono-de-policiais-militares-do-piaui>. Acesso em: 25 ago. 2019.

ESPÍRITO SANTO, Lúcio Emílio; MEIRELES, Amauri. **Entendendo a nossa insegurança**. Belo Horizonte: Instituto Brasileiro de Policiologia, 2003.

FELTRAN, Gabriel de Santis. **Segurança Pública no Brasil contemporâneo: paradigma equivocado**. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/publicacoes/cada-vez-mais-desigual/seguran%C3%A7a-publica-no-brasil-contemporaneo-paradigma-equivocado>. Acesso em: 20 ago. 2019.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018**. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%ABblica-2018.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2019.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GUIMARÃES, Antonio Ferreira. O contrato de trabalho do policial militar. **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, v. 3, n. 17, mai./jun. 1999.

JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. Goiânia: Editora: AB, 2001.

LIMA, Francisco Ricardo Bezerra de *et al.* Identificação Preliminar da Síndrome de Burnout em Policiais Militares. **Motricidade**, v. 14, n. 1, mai. 2018. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1646107X2018000100020&lang=pt. Acesso em: 25 ago. 2019.

MAYER, Vânia Maria. **Síndrome de Burnout e Qualidade de Vida em Policiais Militares de Campo Grande-MS**. 2006. 157 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Psicologia) – Universidade Católica Dom Bosco, Campo Grande, 2006. Disponível em: http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1646107X2018000100020&lang=pt. Acesso em: 25 ago. 2019.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; SOUZA, Edinilsa Ramos de; CONSTANTINO, Patrícia. **Missão prevenir e proteger: condições de vida, trabalho e saúde dos policiais militares do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos versus Segurança Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PORTELA, João Paulo de Assunção. **Reflexos das Políticas de Segurança Pública no Sistema Penal Brasileiro**. 2011. 43 f. Monografia (Especialização em Direito e Processo Penal) – Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/K216263.pdf. Acesso em: 22 ago. 2019.

SOUZA, Edinilsa Ramos de; MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Policial risco como profissão: morbimortalidade vinculada ao trabalho**. *Ciência e Saúde Coletiva*, v. 10, n. 4, out./dez. 2005.

VALLA, Wilson Odirley. O compromisso e as implicações deontológicas para o militar de polícia. **Revista Direito Militar da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais**, Florianópolis, v. 7, n. 37, set./out. 2002.

ZACCONE FILHO, Orlando D'Elia. **Políticas Públicas e Segurança Pública e seus desafios**. Caderno Temático 16 – Psicologia e Segurança Pública – Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, SP, 2016.

TRÁFICO DE ÓRGÃOS HUMANOS: REFLEXÕES A PROPÓSITO DA CONDUTA E DO TRATAMENTO LEGISLATIVO PENAL NO BRASIL

KOSTUCZENKO, Karine¹
MENTA, Yuri Ricardo²
ZANATTA, Diana Casarin³

RESUMO: O presente estudo visa caracterizar a conduta rotulada como tráfico de órgãos humanos enquanto figura criminosa no Brasil. Parte-se da observação de que o Brasil é um país considerado avançado na realização de transplantes de órgãos; porém, constata-se um enorme desequilíbrio entre oferta e procura, gerando uma demora excessiva na obtenção de órgãos para transplante, o que abre espaço para um mercado clandestino e criminoso, cada vez mais audacioso e rentável. Assim, o objetivo da pesquisa é analisar a legislação penal existente acerca da matéria, para avaliar porque não estaria sendo suficiente para coibir a conduta criminosa da traficância de órgãos, bem como o que seria necessário ser providenciado, para ao menos minimizar essa problemática. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, através de pesquisa qualitativa, por meio de procedimentos técnicos bibliográficos. Sem esgotar o tema, o estudo procura demonstrar que o assunto possui relevância, chegando a sugerir alguns caminhos que talvez possam ser viáveis e impliquem num recrudescimento da repressão penal e prevenção a crimes de tamanha gravidade.

Palavras-chave: Órgãos. Crime. Legislação.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo do estudo é caracterizar a conduta de tráfico de órgãos humanos, que se configura como fato criminoso pela legislação penal brasileira. O tráfico de órgãos humanos vem ocorrendo, sem que sejam perceptíveis números expressivos de repressão ou de queda nos dados estatísticos, o que demonstra a relevância da pesquisa.

Parte-se da observação, através da busca de dados disponíveis sobre os transplantes no Brasil, que é um país considerado avançado na realização de transplantes de órgãos. Entretanto, embora seja realizado um vultoso número de procedimentos, constata-se que não há equilíbrio entre oferta de órgãos e a procura por eles, ou seja, há uma demanda elevada para um número infinitamente menor de doadores disponíveis. Essa disparidade faz com que um indivíduo que necessite de transplante permaneça por longo período à espera de um órgão compatível para a realização do procedimento. Em inúmeros casos, não há tempo hábil para tamanha espera, abrindo-se espaço para um mercado clandestino e criminoso de tráfico de órgãos que, embora tipificado na legislação vigente, possui presença marcante no mundo, em especial no Brasil.

Assim, o objetivo da pesquisa é analisar a legislação penal existente acerca da matéria, para avaliar porque não está sendo suficiente para coibir a conduta criminosa de traficância de órgãos e como encontrar meios para resolução dessa problemática. Para tanto, utiliza-se o método dedutivo, através de pesquisa qualitativa, por meio de procedimentos técnicos bibliográficos.

¹ Acadêmica do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim . Endereço Eletrônico: karinekostuczenko@hotmail.com

² Acadêmico do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Erechim . Endereço Eletrônico: yurimenta@gmail.com

³ Orientadora da pesquisa, professora do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Uri Erechim, mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Câmpus de Santo Ângelo/RS. Delegada de Polícia da Polícia Civil do RS. Endereço Eletrônico: dizanatta@gmail.com

O desequilíbrio entre oferta e procura associado à demora na obtenção de órgãos para transplante são os principais fatores que levam as pessoas a buscarem esse comércio ilegal. Sendo assim, aprofunda-se a pesquisa sobre o tráfico de órgãos no Brasil e no contexto mundial, relacionando as principais legislações nacionais e internacionais sobre o tema.

Para tanto, o trabalho inicia-se pelo histórico do avanço dos procedimentos de transplantes de órgãos, conceituação dos transplantes, bem como algumas estatísticas sobre o assunto. Em seguida, faz-se uma abordagem sobre o tráfico de órgãos e o mercado clandestino, uma busca por demonstrar envolvidos, além de estudar as principais legislações sobre o comércio de órgãos. Finalmente, baseando-se na Legislação brasileira, a pesquisa busca mostrar, num enfoque legal, a questão do tráfico de órgãos, sem deixar de enfatizar questões éticas e morais que envolvem esta discussão, e uma possível solução para a situação em questão.

2 O TRANSPLANTE DE ÓRGÃOS NO BRASIL

Inicia-se o estudo observando que o transplante de órgãos pode ser definido como um:

método de tratamento por meio da transferência cirúrgica de órgãos sólidos, como o coração, ou transfusão de componentes, como *stem-cells* de um doador saudável, compatível, vivo ou morto (a depender do órgão a ser transplantado), para um indivíduo doente, buscando a cura de determinadas doenças. (GUIMARÃES, 2014, p. 425).

Essa definição é importante, pois é um procedimento que salva vidas e, ao mesmo tempo, acaba gerando o tráfico de órgãos de forma nacional e internacional (CATÃO, 2004).

O transplante de órgãos surge como um método cirúrgico na solução dos danos causados pelas doenças que afetam os órgãos e tecidos do corpo humano, sendo um procedimento que se tornou frequente nas últimas décadas. Para Berlinguer e Garrafa (2001), os procedimentos cirúrgicos de transplantação de órgãos progrediram consideravelmente nas últimas três décadas, graças ao avanço das técnicas cirúrgicas, aos novos conhecimentos na área da medicina e da biologia, e também no uso de drogas imunossupressoras.

A doutrina aponta que somente no fim do século XIX e início do século XX o transplante de órgãos passou a ser reconhecido pela medicina como uma técnica cirúrgica, após a evolução e descoberta dos diferentes tipos sanguíneos, explicando assim os problemas com a incompatibilidade sanguínea que os médicos antigos enfrentavam ao tentarem realizar os transplantes (CATÃO, 2004). Um acontecimento que marcou a história atual dos transplantes de órgãos e que, portanto, merece ser pontuado, ocorreu por volta de 1954, quando o cirurgião Joseph Murray realizou o transplante de rim entre gêmeos univitelinos, tendo sucesso na cirurgia. Após, deu-se andamento aos procedimentos de transplantes de órgãos e tecidos (CATÃO, 2004).

O primeiro transplante cardíaco realizado no Brasil ocorreu em 1968, pelo Dr. Zerbine. O transplante mais significativo para a história médico-cirúrgica dos transplantes de órgãos foi o de coração, realizado na África do Sul em 1967 (SILVA, 2008). Diante desses dados históricos, é notável a evolução dos procedimentos de transplante, fato importante para a ciência, porém de pequena resolução jurídica, dado que as doações são insuficientes.

Segundo a Agência Brasil (2015), no cenário Internacional, o Brasil destaca-se como o segundo país que mais realiza transplantes renais e hepáticos. Dados do Ministério da Saúde (2016) indicam que foram realizados 22.355 transplantes no Brasil. Todavia, para suprir a demanda, seria necessário realizar 39.051 procedimentos. Não há como negar que existe um déficit de transplantes no Brasil, com inúmeros pacientes no aguardo nas filas de espera, ou até mesmo falecidos por não ter havido tempo hábil para encontrar doador e órgãos compatíveis.

Apesar de o Brasil possuir o maior sistema público de transplante, com cerca de 87% dos transplantes realizados e custeados pelo SUS, o qual também presta toda assistência e amparo necessários aos pacientes após a cirurgia (AGÊNCIA BRASIL, 2017).

3 A LEGISLAÇÃO DOS TRANSPLANTES NO BRASIL

A primeira legislação brasileira relativa à retirada de órgãos e tecidos do corpo humano foi a Lei n.º 4.280 de 1963 (BRASIL, 1963), que previa sobre a extirpação de órgãos de pessoas falecidas, sem regulamentar o transplante de órgãos entre vivos. Esta legislação era mais específica para o transplante de córnea e previa a necessidade de autorização do cônjuge ou parentes até segundo grau do falecido, ou ainda, que houvesse uma declaração do falecido em vida, na qual ele demonstrava sua intenção de ser doador de córnea (COLTRI et al., 2015). A Lei n.º 4.280/63 foi revogada pela Lei n.º 5.479/68, a qual regulamentou não somente a retirada de órgãos *post mortem*, mas também o transplante de órgãos entre vivos (CATÃO, 2004).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) dispôs em seu artigo 199, § 4º sobre a criação de uma lei para estabelecer os critérios e regulamentações relativos a retirada de órgão. A Lei n.º 9.434/97 (BRASIL, 1997) manteve as disposições acerca da doação de órgãos *inter vivos* e *post mortem* e também a necessidade de as doações serem a título gratuito, sendo vedado qualquer tipo de comercialização, conforme já disposto no § 4º do artigo 199 da Constituição Federal (COLTRI et al., 2015).

Assim, no ordenamento jurídico brasileiro, é a Lei n.º 9.434/97 que indica quais órgãos e tecidos podem ser objeto de transplante. Os órgãos e tecidos transplantados podem ter origem tanto de pessoas vivas, quanto de pessoas mortas. Com relação às pessoas vivas, basta que queiram doar, sem lucro, o seu órgão duplo para um paciente doente de forma altruística, conforme autorizado pelo artigo 13, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro e artigo 9º da Lei n.º 9.434/97. Já com relação aos doadores mortos, devem ter atestada morte encefálica, sendo necessária a autorização do cônjuge ou parente mais próximo, tudo conforme determina o artigo 4º da Lei n.º 9.434/97 (BRASIL, 1997).

Tanto na primeira situação envolvendo doadores vivos, quanto na segunda, envolvendo doadores mortos, é importante ressaltar que o corpo humano é indisponível, sendo vedada a sua comercialização na maior parte do mundo, inclusive no Brasil. Sob a ótica dos direitos humanos, a disposição do corpo mediante pagamento atenta à dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de todo ser humano e constante na Constituição Federal Brasileira de 1988 como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (BERLINGUER; GARRAFA, 2001).

A legislação nacional permite a disposição do corpo somente com autorização legal, a qual prevê uma série de exigências até a realização do procedimento. Todavia, para os transplantes de órgãos *post mortem*, os requisitos são um pouco diferentes, mas, da mesma forma que os transplantes *inter vivos*, a legislação também exige o preenchimento de diversos formulários e a realização de vastos exames médicos antes da retirada do órgão (DINIZ, 2014).

A Lei n.º 9.434/97 (BRASIL, 1997) que, como visto, regulamenta a doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano no Brasil, estabelece, no artigo 9º, §§ 3º a 8º, as condições para a doação de órgãos entre vivos. De acordo com tal dispositivo legal, permite-se que pessoa juridicamente capaz disponha, desde que o faça gratuitamente, de tecidos, órgãos ou partes do seu corpo, para fins terapêuticos ou para serem transplantados em cônjuge, parentes consanguíneos até quarto grau, com autorização judícia ou sem ela, caso se trate de medula óssea. (BRASIL, 1997). Os parágrafos referidos condicionam as doações, nos seguintes termos:

Art. 9º [...]

§ 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

§ 4º O doador deverá autorizar, preferencialmente por escrito e diante de testemunhas, especificamente o tecido, órgão ou parte do corpo objeto da retirada.

§ 5º A doação poderá ser revogada pelo doador ou pelos responsáveis legais a qualquer momento antes de sua concretização.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

§ 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto.

§ 8º O auto-transplante depende apenas do consentimento do próprio indivíduo, registrado em seu prontuário médico ou, se ele for juridicamente incapaz, de um de seus pais ou responsáveis legais. (BRASIL, 1997).

Como visto, caso o doador mude sua intenção após já ter encaminhado o documento ao Ministério Público, este pode revogar o ato, conforme autoriza o §5º, transcrito no artigo citado anteriormente. Assim, vê-se que o doador não fica vinculado a qualquer documento, caso queira desistir da doação, poderá fazê-lo. Portanto, não há lei que obrigue a realização da doação, caso haja desistência dela, ficando o indivíduo que necessita do órgão à mercê da solidariedade alheia, que, muitas vezes não acontece ou acontece de forma tardia.

A legislação retratada observa que a doação por incapazes ou gestantes é proibida, conforme se verifica no caput e no §7º, conforme artigo citado previamente. No entanto, é permitida a doação de medula óssea pelo juridicamente incapaz com a autorização de ambos os pais ou responsáveis legais, somente na hipótese de não representar risco de morte ao doador. O que não se permite é a doação de órgãos de pessoa viva, por exemplo, um pai doar o coração ao seu filho.

Quando há morte encefálica do doador, é permitida a retirada de órgãos ou tecidos *post mortem* mediante procedimentos médicos preestabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina. De fato, o artigo 3º da Lei n.º 9.434/97 menciona a morte encefálica como critério para a realização de transplante de órgãos *post mortem*, mas delega ao Conselho Federal de Medicina a competência para estabelecer os critérios de definição e comprovação da morte encefálica. Desta forma, foi editada a Resolução CFM n.º 1.480/974, atualizada pela Resolução CFM n.º 2.173/17, que indica os critérios médicos utilizados para a determinação da morte encefálica (BRASIL, 2017).

O Decreto n.º 2.268/97, em seus artigos 15, §§1º a 8º, e 20, parágrafo único, também admitem a doação voluntária, feita, preferencialmente, por escrito e na presença de duas testemunhas, por pessoa juridicamente capaz, especificando o órgão, tecido ou parte do próprio corpo que será retirado para efetivação de transplante ou enxerto ou de tratamento de pessoa que identificará, desde que haja comprovação da necessidade terapêutica do receptor. Esse documento deverá ser expedido pelo Ministério Público em atuação no local do domicílio do doador, com protocolo de recebimento na outra, como condição para concretizar a doação. Dispensa-se essa formalidade documental em casos de doação de medula óssea (DINIZ, 2014).

4 O CRIME DE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL NO BRASIL

As primeiras legislações relativas a tráfico de pessoas remetem a época da abolição da escravidão, ao comércio de escravos, sendo as preocupações relacionadas ao tráfico de negros, que eram utilizados como mão-de-obra em todas as partes do mundo. Subentende-se que a conduta de tráfico de órgãos decorre do tráfico de pessoas remetente à época supracitada. (BETHELL, 1976).

Outras leis seguiram na mesma linha e, após inúmeras crueldades ocorridas ao redor do mundo, uma comissão se reuniu na Itália, em 1996, dando início aos debates sobre o tráfico de pessoas. A principal legislação internacional sobre o assunto foi o Protocolo relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas em especial Mulheres e Crianças, que Suplementa a

Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional, também chamado de Protocolo de Palermo, o qual foi chancelado pelo Brasil através do Decreto n.º 5.017 de 12 de março de 2004. Tais documentos foram discutidos entre janeiro de 1999 e outubro de 2000, participando mais de cem países (BRASIL, 2012).

No entanto, no momento de assinar os documentos demonstrando comprometimento com a solução do problema, somente oitenta dos países assinaram o Protocolo que tratava sobre o tráfico de pessoas. Isso por ter havido muitas discussões acerca da definição de tráfico de pessoas, tendo em vista que um grupo defendia a profissão da prostituição como direito das mulheres e não aceitava a sua inclusão na definição de tráfico de pessoas. Entretanto, outro grupo repudiava a prostituição e defendia que o fato de a mulher ter que se submeter a isso era degradante por si só e atentava contra a dignidade da pessoa humana (ALENCAR, 2007).

O Protocolo de Palermo proibiu o tráfico de pessoas, não somente de mulheres e foi chancelado pelo governo brasileiro, como visto, em 2004. O Protocolo está dividido em duas seções, sendo a primeira relativa à proteção das vítimas e, a segunda, à prevenção e cooperação. O artigo 2º do Decreto n.º 5.017/2004 prevê sobre como sendo objetivos do protocolo os seguintes:

Art. 2º. [...]

a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e às crianças; b) proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e c) promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos. Portanto, o protocolo prevê a criação de leis para prevenção e combate ao tráfico de pessoas promovendo a cooperação entre os países que assinaram o protocolo para juntos combaterem este crime organizado, bem como prevê a proteção das vítimas e a segurança (BRASIL, 2004).

O artigo 3º do referido decreto estipula quais são os elementos necessários para o enquadramento típico do crime como tráfico de pessoas. Três são os elementos necessários: os atos, os meios e a finalidade de exploração. Veja-se:

Art. 3º - Definições: Para efeitos do presente Protocolo: a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou 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. 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; (BRASIL, 2004).

Mais ou tão importante quanto, está a Declaração de Istambul (2008), que também prevê medidas para aumentar as doações de órgãos dentro dos países, afastando a necessidade dos indivíduos em procurarem meios alternativos de obtenção de órgãos, ou seja, não sendo necessário que recorram ao mercado clandestino. Sugere que os países que não possuem uma política nacional para incentivo a doação de órgãos *post mortem* devem elaborar campanhas nacionais que promovam a doação por parte das famílias de seus parentes falecidos. Além disso, a declaração também indica que os países que já possuem políticas de incentivo promovam a eliminação das barreiras que impossibilitam as doações ou que as dificultam. (MATTE, 2017).

Vale citar a Lei n.º 13.344/2016, com suas alterações, referentes ao tráfico de pessoas, nessa ligação direta com o tráfico de órgãos, que incluiu o artigo 149-A, inciso I, no Código Penal Brasileiro, abrindo modalidades do tráfico de pessoas e remoção de órgãos. Antes dessa lei, a legislação relativa ao tráfico de órgãos ficava limitada à Lei n.º 13.344/2016 (BRASIL, 2016).

A Lei n.º 13.344/2016 foi resultado da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do tráfico de pessoas que aconteceu em 2011 e 2012 no Senado Federal, sendo que o projeto de Lei n.º 479/2012 buscou a adequação da legislação nacional relativa ao tráfico de pessoas ao Protocolo de Palermo,

porque o Brasil assinou o referido protocolo, comprometendo-se com o combate ao tráfico de pessoas, do qual resulta o tráfico de órgãos (MATTE, 2017), bem como o tráfico de pessoas para fins sexuais.

O tráfico de órgãos, até então, era considerado apenas como crime de furto, ou seja, o verbo subtrair contido no artigo 155 do Código Penal acabava por tipificar a conduta. Entretanto, o crime de furto faz referência a “coisa alheia móvel” (BRASIL, 1940) e que seja bem do comércio, com valor estipulado pelas regras da oferta e procura. O órgão humano não é um bem comercial, sendo assim, a conduta seria atípica para fins do artigo 155 do Código Penal e acabava sendo enquadrada no artigo 211 do Código Penal, *in verbis*: Art. 211 “Destruir, subtrair ou ocultar cadáver ou parte dele”. (BRASIL, 1940).

A Lei nº 9.434/97, em seus artigos 4 ao 20 especifica tipos penais referentes a condutas, como remoção, compra, venda, transporte, guarda ou distribuição de órgãos humanos, assim como realização de transplante ou enxerto, de uma forma mais clara o legislador reconfigurou o verbo subtrair e substituiu-o por remover.

O tráfico de órgãos no Brasil é considerado uma conduta criminosa e está previsto no artigo 149-A do Código Penal, em seu inciso I, que preceitua que: “agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I- remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo”. (BRASIL, 1940).

Sendo que sujeito que pode praticar o crime, é qualquer pessoa, e detalhe, que a tipificação é somente na forma dolosa, pois a forma culposa seria, no mínimo, inimaginável. E quanto à conduta dolosa, poderá haver concurso material de crimes em cada um dos incisos, do artigo citado. Já no inciso I, se houver remoção, poderá haver também a incidência, em concurso material dos crimes previstos na Lei nº 9.434/97 (BRASIL, 1997).

5 O MERCADO CLANDESTINO

O comércio ilegal de órgãos, conta com a participação ativa de profissionais da saúde, que deveriam zelar pelo processo de doação, ou seja, cuidar para que as pessoas que estão aguardando sejam respeitadas e devidamente recebam os órgãos que sejam dispostos pela forma de doação. Porém, muitas vezes não é isso que acontece. Exemplificativamente, veja-se o caso noticiado envolvendo um menino de 10 anos, identificado como Paulo Pavesi¹, que caiu de um prédio e teve seus órgãos retirados. No laudo médico constou “sem morte encefálica”, infringindo norma constante na Lei nº 9437/97 que dispõe sobre a retirada de órgãos, sendo que apenas com autorização da família e com morte encefálica poderiam ser retirados os órgãos. Dentre outros casos que movimentam o mercado clandestino de tráfico de órgãos (G1, 2013).

O caso do menino não se trata de caso isolado, em média, 5% dos órgãos utilizados nos principais transplantes no mundo (fígado, rim e coração), provém do mercado negro:

Segundo dados da OMS, a cada ano, no mundo, são executados cerca de 22 mil transplantes de fígado, 66 mil transplantes de rim e 6 mil transplantes de coração. Cerca de 5% dos órgãos utilizados nessas intervenções provém do mercado negro, com um volume de negócios estimado entre 600 milhões e 1,2 bilhão de dólares. (OASIS, 2018).

Fica evidente, nesse contexto, a importância da aplicação da legislação existente diante de tal prática reiterada e que movimenta grandiosos mercados de dinheiro, que se sobrepõe de tal forma a

¹Paulo Veronesi Pavesi, o Paulinho, morto aos 10 anos em abril de 2000, em Poços de Caldas (MG). O menino ficou gravemente ferido após cair do prédio onde morava e teve os órgãos retirados quando ainda supostamente estava vivo. Em 2010, Os médicos João Alberto Góes Brandão, Celso Roberto Frasson Scaffi, Cláudio Rogério Carneiro Fernandes e Alexandre Crispino Zincone foram condenados a penas que variam de oito a 11 anos e seis meses de prisão em regime fechado por homicídio doloso, compra e venda de órgãos humanos, violação de cadáver e realização de transplante irregular. Segundo a Justiça, os profissionais faziam parte de uma equipe médica clandestina que removia órgãos e realizava transplantes de forma irregular. Eles recorreram da sentença e estão em liberdade.

dignidade humana a ponto de atribuir valor econômico a órgãos humanos. As leis não possuem a necessária eficácia para que os criminosos parem de traficar, porém, na busca pela justiça, o direito se propõe a garantir a dignidade humana da forma mais justa possível.

A lei da oferta e da procura, aplica-se ao corpo humano: de um lado, há pessoas que buscam por dinheiro, muitas delas vivendo em condições miseráveis nos países de terceiro mundo; de outro, uma minoria privilegiada, com muito dinheiro, suficiente para comprar uma nova perspectiva de vida. A grande questão é que a pobreza e a globalização são dois polos opostos, que fizeram com que o mundo tomasse um determinado rumo. Isso refletiu na redução ou remoção de barreiras comerciais, no auxílio e no incentivo ao movimento livre de bens em torno do mundo e a desregulamentação e privatização das economias.

Tráfico de órgãos é o terceiro crime de maior potencial, ficando atrás do Tráfico de Drogas, que não é crime hediondo, mas equiparado, e do Tráfico de Armas (ALMEIDA, 2017). Num primeiro olhar, dentre esses, o tráfico de órgãos nos parece o pior, sem referir o Princípio da Proporcionalidade, o tráfico de pessoas tem a pena de 4 a 8 anos, enquanto o tráfico de drogas recebe a pena de reclusão de 5 a 15 anos, isso sem contar aumentos e diminuições e questões de Crimes Privilegiados. Sendo assim, é na pouca valorização da conduta que se encontra a abertura para a prática do crime.

O questionamento é tamanho, quanto ao porque continuar buscando órgãos no mercado clandestino, que não se justifica em si, pois existe inclusive uma lei que regulamenta a doação, como se pode ver na Lei nº 9.434/97, (BRASIL, 1997) que em seu art. 9º, especifica quais órgãos e de qual forma podem ser doados, ressaltando ainda a questão de parentesco, e autorização judicial, quando o doador e o receptor forem cônjuges ou parentes consanguíneos até o quarto grau, é dispensável a autorização judicial. Nestas circunstâncias, basta o diagnóstico médico que indica o transplante como a única solução e a manifestação expressa da vontade do doador.

As doações, geralmente são movidas por sentimento de afeto, porém, a lei supracitada conferiu maior amplitude ao transplante *inter vivos*, permitindo que seja feito entre pessoas sem nenhum grau de parentesco, desde que, para tanto, haja autorização judicial, com exceção do transplante de medula óssea, que prescinde da atuação do Judiciário. Neste sentido, a lei é deficiente, pois abre precedente para que possam ser fingidas doações, quando na verdade podem estar sendo pagas.

Advindo deste fato, há necessidade do Judiciário estar atento aos comportamentos que possam indiciar a existência do ilícito de compra de órgãos ou tecidos humanos. Mas, ressalte-se que, ainda existindo esta deficiência na lei, a clandestinidade arrisca a vida, saúde e integridade física, submetendo o sujeito a processos cirúrgicos de alto risco em clínicas não autorizadas pelo Poder Público, apresentando, então, precárias condições, que podem inclusive levar a óbito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De forma geral, a comercialização de órgãos humanos é vedada pela grande maioria dos países, incluindo o Brasil. É consenso que a vida é o principal bem jurídico a ser protegido pela legislação constitucional e infraconstitucional de um País. A leitura do texto da Constituição Federal brasileira permite que se conclua que de nada adianta o suporte aos outros princípios fundamentais, como direito à saúde, liberdade, educação, igualdade, entre outros, se a vida não for preservada, pois sem ela, inexistem o restante.

Assim, no conceito da inviolabilidade do direito à vida como direito fundamental, insere-se o direito à existência, que é a defesa ao direito de viver e de lutar pela vida. O direito de estar vivo e de permanecer vivo deve ser defendido pela sociedade, e por cada indivíduo, para que não seja tratado como objeto.

Diante disso, é possível tratar a objetificação do corpo como afronta à dignidade da pessoa humana, uma vez que, quando o indivíduo vendendo-se como se objeto fosse, se torna apenas um meio para satisfação das necessidades da sociedade, ficando excluído seu valor como ser humano. Neste aspecto, vê-se a utilização da classe baixa como meio para satisfação dos interesses e

necessidades das classes altas, tendo em vista que, geralmente, quem vende os seus órgãos são pessoas de baixa renda que não conseguem manter o mínimo essencial para sobrevivência, e acabam sendo persuadidas pelos intermediários a venderem seus órgãos como forma de enriquecimento rápido, o que acaba não acontecendo.

Entretanto, princípios são conceitos abstratos que tem por objetivo servir como rocha matriz para uma sociedade ideal, nem sempre possuindo a necessária efetividade para que se concretizem no plano material. Considerado isso, pessoas ainda desistem de seus direitos à vida e à existência em prol de melhores condições financeiras, aderindo ao comércio ilegal de órgãos, sejam seus, ou de terceiros.

Mesmo assim, no Brasil, há inúmeras publicidades e campanhas para que a doação de órgãos ocorra de forma livre, espontânea e gratuita, criadas com o intuito de diminuir a comercialização através da redução da demanda excessiva, causada pela baixa taxa de doações atualmente existentes. Para tanto, ainda nos resta dizer que são insuficientes, pois o mercado clandestino ainda lidera a busca por possibilidades de sobrevivência.

Dá-se neste momento a grande importância da vida. Aos menos favorecidos, a busca por uma vida melhor, vendendo seus órgãos muitas vezes de forma voluntária no mercado clandestino, sem cuidado, pois, a longo prazo, as consequências parecem irreversíveis, e, do outro lado, os que possuem melhores condições financeiras, a busca pela vida, comprando um pedaço do corpo de alguém para continuar vivendo, e, finalmente, a clandestinidade, mercado que sequestra, aprisiona e comete crimes em nome de motivos sórdidos, talvez da própria ganância.

Para tanto, legalmente o corpo humano não está disponível à venda, conforme Constituição Federal de 1988 e por questões éticas e morais. O que se espera é que sejam valorizadas cada vez mais as doações de órgãos, para que essa situação em questão possa seguir de forma harmoniosa e segura, como deve ser o resgate de uma vida através de outra.

O combate ao tráfico de órgãos, certamente deve ser intensificado, para que os autores sejam responsabilizados e o mercado clandestino extinto, uma ação conjunta entre a justiça e a segurança pública se faz necessária.

Por fim, resta apontar que o estudo limita-se a estabelecer uma reflexão crítica e sugestiva, já que o tema não se esgota e merece ser melhor estudado para que haja um olhar mais atento, tanto por parte de juristas, quanto dos legisladores e até mesmo dos cidadãos em geral, que buscam viver em segurança.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Emanuela. **Tráfico de seres humanos no Brasil: aspectos socio jurídicos - caso do Ceará.** 2007. Domínio Público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp037035.PDF>. Acesso em: 13 jan. 2019.

ALMEIDA, Vinicius Margato de. **Tráfico de Pessoas e a Lei 13.344/2016.** Disponível em: <https://margato10.jusbrasil.com.br/artigos/474235018/trafico-de-pessoas-e-a-lei-13344-2016>. Acesso em: 15 mar. 2019.

AGÊNCIA. Brasil. **Número de doadores de órgãos cresceu 75 % em sete anos.** Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br>. Acesso em: 06 jun. 2019.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS – ABTO. Registro Brasileiro de Transplantes. **Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada Estado (2009-2015).** ABTO, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03>> Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 4.280, de 6 de novembro de 1963. Câmara dos Deputados. **Dispõe sobre a extirpação de órgão ou tecido de pessoa falecida**. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em <https://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Lei n.º 9.434, de 04 de fevereiro de 1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento**. Disponível em: <http://www.saude.pr.gov.br/Lei9434.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. **Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fim de transplante e tratamento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: Acesso em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. **Promulga 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**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 06 de outubro de 2016. **Lei de Tráfico Interno e Internacional de Pessoas e Sobre Medida de Atenção às Vítimas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 04 jun. 2019.

BRASIL. CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. (CFM). **Resolução nº 2.173/2017**. Brasília. CFM. 2017. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27333:2017-12-15-13-07-00&catid=3. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Matriz Nacional em Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas**. Guia de referência para a rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, 2012. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/formacao-em-etp/anexos/matriz-formacao.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2018.

BRASIL. MINISTERIO DA SAÚDE. **Transplantes de órgãos**. Disponível em: <http://portalms.saude.gov.br/noticias>. Acesso em: 20 jan. 2019.

BETHELL, Leslie. **A abolição do tráfico de escravos no Brasil: A Grã-Bretanha, o Brasil e a questão do tráfico de escravos**. Rio de Janeiro/São Paulo, Expressão e Cultura/EDUSP1976.

BERLINGUER, Giovani; GARRAFA, Volnei. **A mercadoria final: a comercialização de parte do corpo humano**. Tradução de Isabel Regina Augusto. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

CATÃO, Marconi. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: Madras, 2004.

COLTRI, Marcos Vinicius. Aspectos Ético-legais da Doação e Transplante de Órgãos, Tecidos e partes do corpo humano. In: GIMENES, AntonioCantero et al. **Dilemas acerca da vida humana: interfaces entre a bioética e do biodireito**. São Paulo: Atheneu, 2015. Série Hospital do Coração-HCor.

DECLARAÇÃO DE ISTAMBUL SOBRE TRÁFICO DE ÓRGÃOS E TURISMO DE TRANSPLANTE. Cremers. 2008. Disponível em: [http://: www.cremers.org.br](http://www.cremers.org.br). Acesso em: 15 jan. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. revisada, aumentada e atualizada de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Deocleciano. (Org.). **Dicionário de Termos de Saúde**. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2014. E-book.

G1. Jornal Sul de Minas. **Médicos acusados de retirar órgãos de criança ainda viva são julgados**. Disponível em: <http://g1.globo.com/mg/sul-de-minas/noticia/2013/07/medicos-acusados-de-retirar-orgaos-de-crianca-ainda-viva-sao-julgados.html>. Acesso em: 11 mar. 2019.

G1. Jornal Sul de Minas. **Caso Pavesi: asilado, pai de menino morto há 14 anos depõe em Londres**. Disponível em: <http://g1.globo.com/eptsuldeminas>. Acesso em: 11 mar. 2019.

MATTE, Nicole Lenhardt. **Tráfico de órgãos: a (im)possibilidade da legalização da comercialização de órgãos no brasil e os entraves à doação**. 2017. 91 f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito do Centro Universitário Univates (POA-RS). Disponível em: <https://www.univates.br/NicoleLenhardtMatte.pdf>. Acesso em: 20 maio 2019.

OASIS. **Tráfico de órgãos humanos: um mercado negro em expansão**. Publicado em 10 de junho de 2018. Disponível em: <https://www.brasil247.com/oasis/trafico-de-orgaos-humanos-um-mercado-negro-em-expansao>. Acesso em: 14 ago. 2019.

SILVA, Paulo Rodrigues da. **Transplante cardíaco e cardiopulmonar: 100 anos de história e 40 de existência**. Revista Brasileira Cirurgia Cardiovascular v. 23 n. 1 São José do Rio Preto. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php>. Acesso em: 10 jun. 2019.

URI Erechim

Av. Sete de Setembro, 1 62 1

Caixa Postal: 7 43

CEP 99709 910

Erechim - RS

Fone: 54 3520 9000

www.uricer.edu.br



URI

ERECHIM