UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA DO ALTO URUGUAI E DAS MISSÕES
PRÓ-REITORIA DE ENSINO E PESQUISA
CÂMPUS DE SANTIAGO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO

ANAIS



Maio, 2019
Santiago /RS
ISSN 2595-8542



I SEMINÁRIO DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA

Bancas Examinadoras:

Prof. Me. Adriane Damian Pereira
Prof. Anahy Oliveira
Prof. Me. Angélica Chechi
Prof. Me. Evilhane Jum Martins
Prof. Me. Fabiana Barcelos da Silva Cardoso
Prof. Me. Felipe Antunez Martins
Prof. Dr. Fernando Hoffmam
Prof. Dr. Francielle Benini Agne Tybusch
Prof. Dr. Pedro Pacheco

Organizadores:

Prof. Me. Adriane Damian Pereira
Prof. Anahy Oliveira
Prof. Me. Angélica Chechi
Prof. Me. Evilhane Jum Martins
Prof. Me. Fabiana Barcelos da Silva Cardoso
Prof. Me. Felipe Antunez Martins
Prof. Dr. Fernando Hoffmam
Prof. Dr. Francielle Benini Agne Tybusch
Prof. Dr. Pedro Pacheco



Catalogação na fonte:

I Seminário Direito, Justiça e Cidadania /URI
(2018: Santiago, RS)
Anais... I Seminário Direito, Justiça e Cidadania /URI, 22 a 26 de maio de 2018. Organizadores: Curso de Direito URI Santiago -RS (Coord.) ...[et. al.]. – Santiago: URI -, 2018.
572 p.
ISSN: .2595-8542
1. Direito - Anais. 2. Trabalhos jurídicos. II. Título



Sumário

GT 1 – FENÔMENO MIGRATÓRIO, FRONTEIRAS E MOBILIDADE HUMANA

O DESAFIO DAS MIGRAÇÕES CONTEMPORÂNEAS FRENTE AO ESTADO NAÇÃO E À TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO CONCEITO DE CIDADANIA.....10
Barbara Alves Saikoski
Luiza Ferreira Odorissi

DAS FRONTEIRAS ENTRE "NÓS" E "ELES": O IMIGRANTE VISTO COMO AMEAÇA À SAÚDE GLOBAL.....22
Raquel Ceolin
Fernando Hoffmam

SOBERANIA ESTATAL E PRÁTICAS DE CONTROLE SOBRE O SUJEITO: UMA ANÁLISE FRENTE AO FENÔMENO MIGRATÓRIO.....33
Juciélle Marques Flores
Luiza Ferreira Odorissi

O FLUXO MIGRATÓRIO NO BRASIL E A SOBERANIA DOS ESTADOS: UMA ANÁLISE AOS FATOS GERADORES DA MIGRAÇÃO HAITIANA.....46
Nathali Nunes Salbego
Laureani Pazzini Silveira

GT 2 - ESTADO, GLOBALIZAÇÃO E DIREITOS HUMANOS

HUMANO E NÃO HUMANO NO JOGO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: A DIGNIDADE DA VIDA NO DISCURSO DA SOCIEDADE CIVIL PARTICIPATIVA.....61
Karen EmiliaAntoniazzi Wolf

A CORRUPÇÃO E SUA DEVASTAÇÃO NO BRASIL: A (IM) POSSIBILIDADE DE COMBATER O FENOMENO E PRESERVAR OS DIREITOS HUMANOS.....82
Francisco Ribeiro Lopes
Marielle Flores Schmitt

JÜRGEN HABERMAS: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITO, FATICIDADE E VALIDADE.....95
Carolina Da Silva Pereira
Cristiano Eduardo Wendt



DIREITO HUMANO À SAÚDE: HISTORICIDADE E CONSTITUCIONALIZAÇÃO.....105
Jarise Correa Mendes
Vladson dos Santos Ajala
Maria Cristina SchenideLucion

GT 3 – DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO E NOVAS TECNOLOGIAS

MINISTÉRIO PÚBLICO: A INCLUSÃO DA INSTITUIÇÃO NO ROL DE LEGITIMADOS À PROPOSITURA DE AÇÕES DECLARATÓRIAS DE INDIGNIDADE NOS CASOS DO ARTIGO 1.814, I, DO CÓDIGO CIVIL.....119
Vitor Mateus Martins Sarmento
Ione Brum da Silva

A INCAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL: direitos sob a luz do Código Civil de 2002.....138
Milene Machado Vieira
Laís Dal Asen Nunes
AliandraVieroPozzatto

O PRECONCEITO COM A DEFICIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E PENAL.....149
Gabriel Poetini Fontoura

O ABORTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: DIREITO À VIDA VERSUS SUA CRIMINALIZAÇÃO.....159
Ernesto LulPossebon
Mario Ruan Camargo
TaléiaCogo Dorneles

O DIREITO E A PRODIGALIDADE: DEFINIÇÃO, INTERDIÇÃO E INCAPACIDADE RELATIVA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002.....170
Taylla da Silva Marcheti
João Gabriel Pinto da Costa

PERSONALIDADE NO DIREITO DIGITAL: UM PANORAMA ACERCA DO DIREITO À PRIVACIDADE.....181
Maxiomara Antocheviez de Oliveira
Ana Paula da Costa Alves
Heloíse Pretto Reis

OS DESAFIOS DO DIREITO DA PERSONALIDADE DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS: A Responsabilização Civil por Violação de Direitos de Imagem.....195
Valter Eduardo da Silva Colbek Oliveira
Francielle Benini Agne Tybusch



O DIREITO AO REGISTRO DO NOME SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS: ANÁLISE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS AO COMBATE DO PRECONCEITO DE GÊNERO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL.....210
Thalia Gripa Lunardi

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A QUESTÃO DOS TRANSEXUAIS NO CONTEXTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO.....227
LaureaniPazzini Silveira
Fernando Hoffmam

MARIELLE FRANCO: CRIMINALIZADA PELA MÍDIA E BANALIZADA PELA SOCIEDADE.....248
TricieliRadaelli Fernandes
Francielle Benini Agne Tybusch

A DISSEMINAÇÃO DE FAKE NEWS NO CASO MARIELLE FRANCO: IMPLICAÇÕES POLÍTICAS E A APLICABILIDADE NA LEI.....259
Eduarda Cadaval da Rosa

EXTINÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO? A DUPLICATA ESCRITURAL EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE.....269
Francine Rivas Fumaco Gonçalves
Angélica Chechi
Roger Soares Gonçalves

GT 4 - CONSUMO, MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE

O SOCIOAMBIENTALISMO COMO PARADIGMA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA.....286
Ricardo Cancian
Janaína Vilanova Munchen
Fabiana Barcelos da Silva Cardoso

SOCIEDADE DE CONSUMO, INFORMAÇÃO ONLINE E ALTERNATIVAS SUSTENTÁVEIS: NOVAS TECNOLOGIAS COMO INSTRUMENTO.....297
Alisson Galvão Flores
Jerônimo Siqueira Tybusch

O CONSUMISMO AMBIENTALMENTE INSUSTENTÁVEL.....308
Kellen Cristine Vargas da Silva

GT 5 - BIOÉTICA E BIODIREITO NA ERA DA TECNOLOGIA

POLIAMOR: A INFLUÊNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA BUSCA DA LIBERDADE DE AMAR.....329
Denise Lacortte



A NATUREZA JURÍDICA DO ABORTO EUGENICO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA.....346
Claiton Dalvan Gonçalves Eberhardt
Adriane Damian Pereira

A ACESSIBILIDADE E A TECNOLOGIA ASSISTIDA ENQUANTO AVANÇOS EM FAVOR DA INCLUSÃO SOCIAL.....359
Graciele Machado dos Santos
Jarise Correa Mendes
Cristiane Menna Barreto Azambuja

GT 6 - CRIMINOLOGIA, SOCIEDADE E CONTROLE.....

TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E A APLICAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO.....376
Felipe Antunez Martins
Andressa Ramborger Cassafuz

ENCARCERAMENTO E A VIOLÊNCIA NO BRASIL: O CASO DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE.....388
Valeska Brandao Birck
Juliana BedinGrando

UM NOVO CAMINHO: PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO E A RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO.....407
Nathália dos Santos Pires
Felipe Antunez Martins

O HABEAS CORPUS E O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELAS CÂMARAS CRIMINAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....420
Thomas Ramos Gonçalves
Felipe Antunez Martins

PORNOGRAFIA DE VINGANÇA EM FACE DA VIOLAÇÃO AO DIREITO A INTIMIDADE E DA VIOLÊNCIA DE GENÊRO.....437
Liara Ruff Dos Santos
Felipe Antunez Martins

A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS COMO SOLUÇÃO PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL.....449
Analissa da Silva Couto
Letícia Fumaco Maroneze
Thiessa Maria Bianchini
Felipe Antunez Martins



GT 7 – PROCESSO, JURISDIÇÃO E NOVAS FORMAS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

OS PROFISSIONAIS JURÍDICOS NA CONTEMPORANEIDADE: A FORMAÇÃO ACADÊMICA E O (DES)PREPARO PARA A JUSTIÇA CONSENSUAL.....460
Fabiana Marion Spengler
Camila Silveira Stangherlin

O INCREMENTO DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VISÃO CRÍTICA.....477
Ana Paula da Costa Alves
Marcelo Cipolat

A FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS ATRAVÉS DO JUÍZO VALORATIVO E MORAL DAS DECISÕES.....494
Patrícia Ribeiro da Lima Saurin
Fernanda Vargas Pes
Fabiana Barcelos da Silva Cardoso

GRUPO DE ESTUDOS DE MEDIAÇÃO – GEM E A ADVOCACIA DO SÉCULO XXI: ESTUDO NA UNIVERSIDADE REGIONAL INTEGRADA – URI, CAMPUS SANTIAGO RS.....512
Isabela Viero de Oliveira
Dunnya Kammal Abdel Karim Amer
Angélica Chechi

A REGULAMENTAÇÃO FUNDIÁRIA, A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....524
Fábio Franzotti de Souza
Diego Marques Gonçalves

A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO ESCOLAR: UMA REFLEXÃO A PARTIR DOS ESTUDOS DE WARAT NA (RE)CONSTRUÇÃO DE UM AMBIENTE TRANSFORMATIVO E EQUILIBRADO.....541
Carla Cargnelutti Bronzatti
Francisco Ribeiro Lopes

AMICUS CURIAE E O DIREITO BRASILEIRO: BREVE ANÁLISE SOBRE O INSTITUTO PERANTE O STF E SUA TÉCNICA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....553
Patrícia Ribeiro de Lima Saurin
Fernanda Vargas Pes
Francielle Benini Agne Tybusch



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471.....573
Larissa Siqueira de Oliveira
Cristiane Menna Barreto Azambuja



O DESAFIO DAS MIGRAÇÕES CONTEMPORÂNEAS FRENTE AO ESTADO NAÇÃO E À TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA DO CONCEITO DE CIDADANIA

Saikoski, Bárbara Alves[1]
Odorissi, Luiza Ferreira[2]

RESUMO: O fluxo migratório contemporâneo traz como sua principal característica a reconfiguração de conceitos e estruturas. Seja do ponto de vista jurídico e/ou social, fronteiras territoriais são transgredidas diariamente através de culturas e costumes que compartilham do mesmo ambiente, seja de forma transitória ou definitiva. A partir dessa perspectiva, a mobilidade humana encontra como principal desafio a superação da homogeneização criada pelo Estado Moderno, principalmente aquela contida na figura do "nacional", o qual concentra em si, com base em um discurso jurídico psicossocial de "pertencimento" ao seu povo como unidade, devido a suas características em comum, a função de separar tudo que está dentro, do "estranho" migrante, provindo de fora.Diante disso, o presente trabalho busca tratar como a "multidão migratória", independentemente dos vínculos territoriais, utiliza-se do pertencimento a sociedade pós-nacional como meio para a efetivação dos direitos humanos, para além da Nação e com isso enfrentar os limites prático/teóricos do conceito de cidadania, por compreender ser o Humano,um membro da sociedade mundial e não apenas algo vinculado e subordinado exclusivamente a um ente abstrato e compartimentalizado como o Estado Nacional. Como metodologia, utiliza-se o método dedutivo, partindo-se do estudo das migrações internacionais para os seus efeitos na transição paradigmática do conceito de cidadania.

Palavras-Chave: Migrações; Fronteira; Direitos Humanos; Cidadania.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Migrar é um direito humano e, por conseguinte, as singularidades que compõe esse tecido fluído e em constante expansão e movimento pelo globo, personificam-se na figura do "migrante", sujeito de direitos perante a comunidade mundial e elemento transformador da concepção moderna de nação homogênea, por estar inserido a este contexto e ao mesmo tempo pertencer a um mosaico espacial sociocultural para além de qualquer medida territorial dimensionável.

[1]Acadêmica do VII semestre do Curso de Direito e Bolsista de Iniciação Científica (PIIC/URI) do Projeto de Pesquisa intitulado "O Estado Na Era Do 'Império' E Seu Repensar A Partir Do 'Comum': Por Um Novo E Devido Tratamento Ao Imigrante/À Imigração" na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santiago, RS. E-mail: barbarasaikoski@hotmail.com.br
[2]Mestra em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Bolsista Prosup/CAPES; E-mail: luodorissi@gmail.com

O fluxo migratório contemporâneo tornou-se a consumação desse fenômeno social para além dessas medidas, seja na interação em espaços de comunicabilidade virtual ou real, sua proporção possui a capacidade produtiva de englobar os mais diversificados sítios de interação humana (político, social, cultural).

Esses mesmos sítios de convívio encontram em seu caminho como "obstáculo" em potencial, a frágil imagem da fronteira, a qual é transgredida diariamente por meio das mesmas relações comunitárias que compartilham do mesmo ambiente, seja com intuito de permanência ou com feitio temporário.

Devido a estes fatores, a migração contemporânea traz como sua principal característica a reconfiguração de conceitos e estruturas, sendo a sua maioria de natureza jurídica.

A partir dessa perspectiva, a mobilidade humana encontra como principal desafio a superação da homogeneização criada pelo Estado Moderno, principalmente aquela contida na figura do "nacional", o qual concentra em si a função de separar tudo que está dentro, do "estranho" migrante, provindo de fora.

Diante disso, o presente trabalho abordará primeiramente como a "multidão migratória", independente dos vínculos territoriais, utiliza-se do pertencimento a sociedade pós-nacional como meio para a efetivação dos direitos humanos e garantia de sua dignidade, para além da Nação.

Na sequência da abordagem, será feita uma análise sobre os limites prático/teóricos do conceito de cidadania, diante da perspectiva de considerar o Humano, como um membro da sociedade mundial e não apenas algo vinculado e subordinado exclusivamente a um ente abstrato e compartimentalizado como o Estado-Nacional.

2 PARA ALÉM DAS FRONTEIRAS: O PERTENCIMENTO NA SOCIEDADE PÓS-NACIONAL COMO ELEMENTO DA "MULTIDÃO MIGRATÓRIA" CONTRA A RIGIDEZ DO ESTADO NAÇÃO

Num mundo de dinâmicos movimentos de todos os tipos, cujas condições globais de comunicação e mobilidade proporcionam uma maior interação entre os indivíduos, independente do território, a reconstrução prático/teórica de uma

sociedade global deve ser encarada como um processo histórico-social em permanente transformação, logo, algumas indagações possuem pontos obscuros.

Pensar o lugar da "multidão migratória"[3] perante o contexto social contemporâneo, mesmo diante dos engessados, porém, significativos avanços galgados pelo Direito Internacional Público, expõe para o debate pontos inerentes aos desafios oriundos da migração na atualidade. Dois aspectos sobrepõem-se a esta análise.

Com o findar do século XX, a repercussão de seus acontecimentos históricos desencadeou uma série de rupturas conceituais nas estruturais estatais e de certa forma um propenso movimento de retrocessos de diversos setores governamentais, sob o discurso de promoção de uma política de segurança frente ao "estado de guerra global", onde o "inimigo" não possui rosto e seus rastros de "desordem" são eminentes, embora muitas vezes não tangíveis, como explicam em *Multidão* (2014) Michael Hardt e Antônio Negri,

> A presença constante de um inimigo e a ameaça de desordem são necessárias para legitimar a violência imperial. Talvez não deva surpreender o fato de que, quando a guerra constitui a base política, o inimigo se torna a função constitutiva da legitimidade. Assim é que o inimigo deixa de ser concreto e localizável, tornando-se algo fugidio e inapreensível, como uma cobra no paraíso imperial. O inimigo é desconhecido e invisível, e no entanto está sempre presente, como se fosse uma aura hostil. O rosto do inimigo aparece na bruma do futuro e serve para amplificar a legitimação, lá onde ela recuou. Esse inimigo, na realidade, não é apenas fugidio, mas completamente abstrato. (HARDT; NEGRI, 2014, p. 56).[4]

Com isso, a experiência da gestão migratória e de seus problemas transfronteiriços escancarou a obsolescência do Estado Nação, visto que diante da sociedade global, suas estruturas encontram-se corroídas, principalmente seu sustentáculo primordial a sua moderna formulação: a soberania, sendo esta, um dos

[3]Utiliza-se aqui a expressão *"multidão migratória"* não no sentido de caracterizar e/ou compartimentalizar a migração em uma moldura rígida, o que seria de incompatível com o verdadeiro sentido do conceito de *Multidão* estabelecido por Michael Hardt e Antônio Negri. Entende-se no presente artigo ser os fluxos migratórios como um entre as diversas singularidades que compõe a multiplicidade da multidão, contudo, compreende-se também ser a mais ativa contra os poderes imperiais devido a sua força reestruturante do *status quo* da atual estrutura do Estado Nação.

[4]Deve-se aqui salientar que a linha de raciocínio utilizada no presente trabalho e da qual se adere o entendimento é a de que diante do atual estado de guerra global em que vivemos, suas práticas são tidas como práticas de "Império", visando sempre assegurar a disciplina e o controle, fundamentais para o equilíbrio das forças imperiais. Ver *Império* de Michael Hardt e Antônio Negri.

pilares responsáveis pelo monopólio da violência legítima, tanto no espaço nacional, como aos demais países.

Assim, o fortalecimento da *fronteira* converteu-se em uma política de obsessão securitária estatal generalizada, algo para medir as migrações e vice-versa, uma resposta imediata encontrada pelo Estado para justificação de certas práticas de contenção de fluxos humanos, diante de sua fragilidade para lidar com as novas situações provindas da “crise migratória”.

Materializar a fronteira significa fazer dela um constante e permanente ato político, munido dos mecanismos necessários para manutenção do contingente humano que esmurra a porta das nações todos os dias. Nesse paradoxo de obsessão e elogio, a fronteira condiciona a soberania a zonas instáveis para receber imigrantes, estabelecendo uma hierarquia de acesso aos indivíduos para o território de destino.

Dessa maneira, para dar sustentáculo a essas medidas de restrição, o Estado Nação dissemina um verdadeiro “pânico moral”, explorando temores e ansiedades sobre as consequências do “não controle” de seus territórios jurídicos, buscando assim validar ações de militarização, o que na maioria dos casos acaba gerando a invisibilidade para certos abusos atinentes a questões políticas e de polícia. Nesse sentido, refere Zygmunt Baumam:

> Os problemas gerados pela “crise migratória” atual e exacerbados pelo pânico que o tema provoca pertencem à categoria dos mais complexos e controversos: neles, o imperativo categórico da moral entra em confronto direto com o medo do ‘grande desconhecido’ simbolizado pelas massas de estranhos à nossa porta. O medo impulsivo gerado pela visão de migrantes portando inescrutáveis perigos entra em luta com o impulso moral estimulado pela visão da miséria humana. (BAUMAM, 2017, p. 104).

Sob o efeito dessas condições, se é conduzido a viver na maior parte do tempo dentro de um transfigurado arquétipo contemporâneo de mundo hobbesiano de guerra de todos contra todos, isto porque, alinhado à política de segurança, a legitimação da violência estatal e a propagação disciplinar e sistemática do medo, faz-se com que,

> A primeira reação à presença de um Outro tende, assim, a ser de vigilância e suspeita – um momento de vaga ansiedade, do impulso de buscar uma âncora, com mais nervosismo pelo fato de a ameaça não ser definida da maneira adequada. Nesse interregno, suspende-se a obediência aos princípios morais. Em vez de estimular seu despertar, a razão aconselha circunspecção: deixe a moral adormecida em paz. (BAUMAM, 2017, p.109).

Elencar os efeitos danosos de tal “política estatal” esquizofrênica, a qual visa em vão buscar uma tentativa de sobrevivência do Estado Nação frente à sociedade cosmopolita e a sua multidão migratória, não caberia nesta análise. Contudo, por detrás de suas muralhas estão seres humanos, mas fora delas, para o Estado, estão os “desumanos”.

A desumanização escancara um caminho de exclusão, por onde passam categorias de seres humanos detentores legítimos de direitos, conduzindo o tema da migração do campo da ética para o da marginalização, legitimando assim agressões e hostilidades, como ações de defesa da ordem, devido ao estado de ameaça gerado pela presença dos invisíveis as portas da Nação (BAUMAM, 2017).

É por meio da dicotomia, inclusão/exclusão, estabelece-se o segundo ponto que se sobrepõem a esta análise: o estigma de “desumano” atribuído ao migrante é construído e reconstruído constantemente, afim de, fortalecer o pertencimento à Nação, bem como a ficção do Nacional, com a finalidade de preservar a homogeneização do Povo diante da diversidade da sociedade Pós-Nacional.

Nesse sentido, refere André Leonardo Copetti Santos:

> Mesmo tendo maiores informações sobre o que nos espera do outro lado da fronteira, o encontro com o diferente e seu estranhamento sempre marcaram a mobilidade humana e os movimentos migratórios. A homogeneização promovida pelos Estados-Nação foi brutal com a diversidade tanto dentro quanto fora de seus limites. Ao reforçar a ideia de unidade, o Estado moderno institucionalizou a diversidade como uma ameaça e algo a ser combatido. A pertença à comunidade é condição de possibilidade para acessar o seu estatuto jurídico-político. O estrangeiro, o imigrante, o refugiado, é o resultado objetivo da noção de identidade nacional como única possibilidade de acesso. Eles reforçam a ideia de pertença numa lógica ambivalente: conformam sua presença na relação com o seu oposto. O imigrante reforça a posição do cidadão nacional e vice-versa. (COPETTI; LUCAS, 2016, p.22).

Superar a homogeneização criada pelo Estado Moderno, principalmente aquela contida na figura do “nacional”, com base em um discurso jurídico

psicossocial de “pertencimento” ao seu povo como unidade é tida como o grande obstáculo dos movimentos migratórios contemporâneos, visto que, é por meio dessas figuras jurídicas que o Estado restringe o acesso aos direitos a determinado grupo, sendo que:

> A gestão dos corpos, a sua mobilidade, obedece, desde a modernidade, a uma racionalidade ambivalente que tende a ser questionada pela dinâmica da vida contemporânea. O dentro e o fora do Estado estão cada vez mais fluídos e, justamente por isso, cada vez, mais reforçados. O nacional afirma sua identidade, sua presença, numa relação ambivalente com o seu oposto, o estranho, o estrangeiro. É nesse sentido, argumenta Resta, que a cidadania nacional une separando, inclui necessariamente excluindo. Se é brasileiro justamente não pode ser outra coisa. A soberania dos Estados é o local e o poder dessa intervenção que permite entrar e impede de sair. A Europa está vivendo isso de modo dramático: os seus limites territoriais são reforçados contra a invasão externa e o próprio conceito de Europa está cada vez mais definido pelo seu entorno. (COPETTI; LUCAS, 2016, p.20).

A multidão migratória vê-se acuada contra os muros Nação, e nessa perspectiva acaba por transitar entre cercas contentoras de arame farpado, amontoados no interior de uma bolha seletora, que os afasta cada vez mais da égide protetora de direitos, os quais devem ser concedidos a todos os humanos, contudo, o Leviatã ancião, na tentativa fugaz de escapar da globalização cerra seus olhos e sua mão exclusiva, concede benesses apenas aos seus escolhidos.

Jürgen Habermas em seu livro *A Constelação do Pós-Nacional (2001)*, esclarece essa medida segregacionista estatal com relação aos fluxos migratórios que circundam as fronteiras territoriais e sua “ameaça” a existência do Estado, quando compara aquelas a “comportas”, as quais ainda conferem ao Estado nacional uma sobrevida – retardando o inevitável – frente à Sociedade Pós-Nacional:

> A expressão “globalização” evoca, em contraposição ao lastro territorial do Estado nacional, a imagem de rios transbordando que minam os controles de fronteira e podem levar à destruição do “edifício” nacional. A nova importância das grandezas relativas à rapidez de fluxo assinalam a transposição dos controles da dimensão espacial para a temporal. O deslocamento dos valores, de “senhor do território” para “mestre da velocidade”, parece enfraquecer o Estado nacional. Decerto – apesar da vigia neurótica dos exércitos nacionais –, não se pode comparar as fronteiras dos Estados aos fortes. Como se pode perceber de modo claro na política de comércio exterior tradicional, tais fronteiras funcionam mais como comportas que podem ser controladas “por dentro” para regular de tal modo

> as correntes para que só entre ou saia o que se deseja. (HABERMAS, 2001, p. 85-86).

Nesse ponto precisamente, e por compreender os fluxos migratórios como um movimento espacial ilimitado, procura-se levantar ao debate sobre os meios pelos quais a multidão migratória se reapropria dos espaços, constituindo-se assim como um sujeito ativo e produtivo rumo ao estabelecimento de sua "cidade mundana" negreniana, sendo a cidadania global, o meio utilizado contra a rigidez do Estado.

A luta do imigrante é uma construção e reconstrução diária de suas próprias singularidades frente à indiferença do povo, demarcando através de seus movimentos autônomos, o seu próprio lugar e, a cada instante, a multiplicidade de afetos, desejos e paixões transborda e despedaça os limites da medida, insurgindo-se contra o poder imperial, ao mesmo tempo em que, com isso, procura caminhos para tornar-se *sujeito político* no contexto do *Império* (HARDT; NEGRI, 2014).

Assim sendo, a redefinição de tradicionais conceitos estruturantes do Estado Moderno tornam-se urgentes e discuti-los torna-se muito mais do que um debate do campo teórico, mas sim, uma dinâmica de efetivação dos Direitos Humanos, por meio da consolidação da cidadania global, tema a ser tratado na sequência.

3 CIDADANIA GLOBAL COMO (RE)CONSTRUÇÃO SOCIAL E DIREITO À DIGNIDADE MIGRATÓRIA

Elencar aqui as diversas definições do conceito de cidadania por certo não se trata do objetivo deste trabalho, contudo, esgotar as diversas possibilidades de (re)construção da cidadania para o viés de uma sociedade global e os meios utilizados pela multidão para produzir e garantir o acesso a dignidade no âmbito migratório como meio de obter o controle de seus movimentos, também não é o objetivo.

O principal ponto de tensão da dinâmica migratória frente ao jogo de pertenças estabelecido pelo Estado Nação está centrado na questão de condicionar o acesso a determinado grupo de direitos, quase que exclusivamente a categoria dos *nacionais*, enrijecendo assim suas políticas de fronteira e delegando cidadania

apenas para um grupo homogêneo, ligados pelo pertencimento a determinada nação.

Nesse sentido, Doglas Cesar Lucas esclarece essa postura do Estado, visto que:

> A nacionalidade condiciona o acesso dos cidadãos aos instrumentos do Estado, o qual reconhece juridicamente a igualdade entre os sujeitos e suas culturas na produção de sua sociabilidade. Isso não significa que sejamos todos, sujeitos e culturas, portadores das mesmas perspectivas materiais de vida dentro da Nação, senão que a cidadania nacional, ao menos em seu sentido formal, elabora um espaço de pertença que se basta pela própria ideia de nacionalidade, imposta como um estatuto de comunidade, sem preocupar-se com a manutenção dos vínculos de outra ordem. Essa constatação faz eco a uma afirmação de Zygmunt Baumam: 'O nacionalismo tranca as postas, arranca as aldravas e desliga as campainhas, declarando que apenas os que estão dentro têm direito de aí estar e acomodar-se'. (LUCAS, 2016, p. 114).

Estabelecer uma cidadania que se utilize apenas da soberania nacional como parâmetro para a sua fundamentação, trata-se de uma cidadania amorfa, longe de qualquer racionalidade frente aos problemas sociais na escala global, usurpando assim, a possibilidade do debate de questões atinentes à liberdade de locomoção dos indivíduos pelo espaço mundial.

No entendimento de Michael Hardt e Antônio Negri, a cidadania global é tida como uma demanda da multidão perante os obstáculos a sua locomoção, visando com isso estabelecer-se de maneira autônoma perante o cenário imperial. Assim:

> O direito geral de controlar seu próprio movimento é a demanda definitiva da cidadania global. Essa demanda é radical na medida e em que desafia o aparato básico de controle imperial sobre o rendimento e a vida da multidão. Cidadania global é o poder do povo de se reapropriar do controle sobre o espaço e, assim, desenhar a nova cartografia. (HARDT; NEGRI, 2014, p.424).

O ato da multidão migratória de movimentar-se pelo globo, arrasta consigo as linhas demarcatórias da fronteira, pois elas, mesmo que os mapas anunciem ao contrário, na busca compulsória do Estado Nação em utilizá-las como meios de alienação para com os de dentro, acabam por se misturar as demais linhas que, circundando a migração, se enredam em um emaranhado de nações misturadas.

Sob o ponto acima, a consolidação de uma cidadania global como de reconstrução social, afim de, garantir a dignidade migratória, não busca o desaparecimento do Estado Nação, pelo contrário, a cidadania global buscar fortalecer a diversidade como meio de integração e fortalecimento a nível local, regional e mundial, pois o Humano é um indivíduo história em constante integração.

Por isso a multidão migratória (e toda e qualquer multidão) possui como característica preponderante a capacidade de harmonizar toda essa multiplicidade de singulares, afrontando toda e qualquer estrutura institucional, pois diferentemente da Nação, vê na diversidade um possibilidade criadora, pois:

> Um cidadão do mundo pode ser, como refere Anthony K. Appiah, um cidadão que se reconhece nas diferenças do outro, que descobre bem mais identidades com o diferente do que poderia imaginar sua herança nacional, religiosa, cultural, etc., e que faz da diferença não uma característica para segregar, mas uma forma particular de manifestação da vida humana que parte de uma concordância em torno de um projeto de dignidade que transcende a identidade nacional da cidadania. Ao reinventar-se fora da nacionalidade, o cidadão expõe-se para o novo, constrói novas referências, identifica pontos de convergência com o outro não nacional, radicaliza particularidades, mas, sobretudo, é obrigado a questionar e responder como humano, como homem em contato com o mundo de possibilidades, como humanidade em sua totalidade. (LUCAS, 2016, p. 136).

A consolidação dessa modelo de cidadania voltado à integração das diversidades, bem como o pensar de uma mobilidade plurinacional, é tido como um vetor primordial de democratização, pois promove a inclusão de toda essa gama de indivíduos, para além de fronteiras e também estabelece uma lógica de cooperação entre os atores internacionais, elaborando uma comunidade internacional mais aberta aos novos tempos.

Uma cultura de responsabilidades comuns expande seus reflexos em dois aspectos importantes, primeiro; ao passo em que os Estados assimilam essa ressignificação da cidadania fora dos meandros da Nação, surge a possibilidade de maior abertura da organização internacional, visto que, a estrutura dos mesmos passa a adequar-se melhor a dinâmica da globalização, pois:

> Acordos pós-nacionais, de todos os tipos, podem contribuir para a lógica de cooperação entre aas pessoas e instituições do mundo todo. É preciso criar novas narrativas de inclusão que permitam considerar a diversidade como elemento fundante do humano, para além do jogo ambivalente, de

> pertenças e identidades que se bastam na ideia de cultura, religião ou nacionalidade. São insuficientes, portanto, as políticas nacionalistas ou regionais de recepção de imigrantes. É necessário investir, colaborar, com o incremento da vida nos seus lugares de origem. Uma agenda de responsabilidades comuns precisa ser guiar a criação e o fortalecimento de espaços globais de governança, capazes de ampliar o debate público sobre os problemas humanos mundiais que podem ser uma ameaça à vida, independentemente de onde aconteça. (COPETTI; LUCAS, 2016, p. 23).

No mesmo entendimento, Alfonso de Julios-Campuzano demonstra como esta adequação dos estados frente à necessária adequação da cidadania e do poder político/estatal:

> El modelo de ciudadanía que tan eficaz servicio prestó a esse modelo de organización social está hoy em crisis. Como há apontado José María Gómez, los impactos transformadores de la globalización han alcanzado em profundidad a la ciudadanía democrática em su doble naturaliza, como modo de legitimación y como médio de integración social *'como status legal igualitário de derechos y deberes de los membros de la comunidad política frente al poder político y, simultaneamente, como identidad colectiva basada em la pertencia a la comunidad nacional de origen y destino'*. (JULIOS-CAMPUZANO, 2016, p. 167).

Embora todos estejam estabelecidos dentro do falido, mas ainda a muito custo em pé, modelo moderno de organização estatal, o segundo ponto e tido nesta abordagem como o principal é a capacidade dos indivíduos, ao buscarem o estabelecimento da verdadeira cidadania, e assim reafirmarem-se diante de ações para isolar, dividir e segregar os seres humanos, estabelecem a luta pela efetivação de direitos, seja no âmbito migratório ou na produção de vida em geral como,

> Uma resistência humanista centrada na cidadania tende para a defesa de uma democracia que exigirá uma posição cada vez mais pós-nacional dos cidadãos, capaz de mediar democraticamente as tradições locais com os projetos de vida diversos e de participar de instâncias políticas que tratem de temas complexos que afetem indistintamente o local, o regional e o global. (LUCAS, 2016, p. 136).

A universalização da cidadania é um passo, no caminho para conceder aos indivíduos, a verdadeira igualdade, removendo a temática das migrações da zona de "problema" para o campo da reflexão sobre o individualismo crescente, levantes ultranacionalistas, para a necessidade de fomento de uma sociedade mais solidária

e responsável com outro e mais receptiva aos multiculturalismos, bases para a nova cidadania.

Nas palavras de Kant em seu livro *A Paz Perpétua* (2013), o que se reivindica é a substituição da hostilidade pela hospitalidade, pois continuar a propagar políticas estatais, cujos ecos ressoam isolamento, e por instantes certo alívio em imaginar que as sombras diferença estão afastadas do forte nacional, possui o fracasso como a consequência mais concreta para aqueles que optam por construir muros ao invés de pontes, pois:

> A imigração como um problema que envolve o mundo e não um Estado em particular, jamais será equacionada enquanto forem mantidas as narrativas que constroem a identidade, seja ela qual for, de modo ambivalente e excludente, como no caso nacionalista. A modernidade construiu um formato e um estatuto jurídico para a pertença que se alimenta do seu oposto. O estrangeiro, o imigrante, o refugiado, forma reforçados de modo negativo pelo nascimento do cidadão nacional. Com vínculos mais claros e objetivos, o indivíduo moderno foi colonizado pela ideia de nacionalidade e sua diferença mais fácil de ser identificada. Ou assimila, converte-se, aceita seu novo vínculo, ou é perseguido, colocado para fora, barrado seu acesso. (LUCAS, 2016, p.143 – 144).

Dessa forma, o presente trabalho busca não esgotar as linhas de pensamento de uma fonte tão fértil como reconstrução do conceito de cidadania como forma de garantir a dignidade migratória, mas sim, começar a procurar onde se encontram as luzes para iluminar os pontos obscuros rumo a uma sociedade global, onde a humanidade da multidão migratória possa ser o elemento propulsor para o diálogo a caminho efetivação dos Direitos Humanos e do lugar da multidão como sujeito de direitos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fluxo migratório internacional trata-se de um direito e de uma realidade latente do cotidiano contemporâneo; a diversidade de culturas, costumes, a troca bens e serviços, a comunicação acelerada através de uma rede de informações que ultrapassa os limites territoriais interligando pessoas pelos mais vários espaços da Terra, são processos inerentes da globalização.

Gerir essa convivência plural no interior das fronteiras e para além de suas medidas é o principal desafio para o Estado Nação visto que, separar, securitizar, isolar e reforçar barreira de contenção migratória tem-se mostrado uma estratégia tendenciosa ao fracasso, soterrando cada vez mais o já falido Estado na sua concepção moderna (território, governo, povo).

A propagação de discursos odiosos com relação ao tema da migração por parte dos entes estatais como uma forma de gerenciamento e disciplina da população se utiliza do imaginário de medo com relação ao desconhecido além da muralha, gerando assim tensões e conflitos, os quais se espalham pelo mundo aquecendo e fazendo girar a “máquina produtora” do estado de guerra global.

Nesse sentido, a busca pelo fortalecimento da identidade migratória para além da Nação, bem como sua estruturação como sujeito ativo e modificador do ambiente, vê no pertencimento a sociedade pós-nacional a chave para a sua legitimação como sujeito de direitos, digno de tais, pois é um cidadão do mundo e com acesso fluído ao mesmo, porque é através de seus vínculos de afeto, que o mundo é construído.

Pensar esse mesmo mundo sob a ótica de uma cidadania global/comum é um caminho a ser percorrido, muito embora sua construção seja assentada em um terreno sinuoso em uma paisagem transfigurada de muros, mas se trata do único meio de se buscar a efetivação do direito dos imigrantes, como da multidão em geral, para redefinir o acesso aos direitos de cidadania, fora dos limites da definição de nacional.

A multidão migratória busca seu espaço, afim de que, sua voz seja ouvida e atendida, fazendo com que o repensar dos tradicionais modelos teóricos que sustentam nosso estado atual das coisas seja resignificado em um diálogo amplo entre todos os seres humanos, aqui entendidos como uma comunidade múltipla, cuja sua principal força está contida na fluidez da singularidade em interação com o todo.

Cidadania é um direito humano, logo, deve ser compreendido como algo devido a todos, porque então limitá-lo única e exclusivamente a um conceito moderno de pertencimento a nações e suas bandeiras, se se vive hoje numa sociedade global? Seja qual for à justificação, a mesma é incompatível com a época

atual e retardar as mudanças sobre tal tema é negar as próprias forças de construção social da humanidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**/Zygmunt Bauman; tradução Carlos Alberto Medeiros. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

HABERMAS, Jürgen, 1929 – **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos/Jürgen Habermas; tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARDT, Michael;NEGRI, Antônio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. – 4º ed. – Rio de Janeiro: Record, 2002.

_____, Michael; NEGRI, Antônio. **Multidão**: Guerra e democracia na era do Império. Tradução de Clóvis Marques. 4º ed. – Rio de Janeiro: Record, 2014.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso. **Inmigración y multiculturalidad**: una aproximación desde la universalidad de los derechos. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí: UNIJUI Editora. 2016.

LUCAS, Doglas Cesar. **Direitos humanos, diversidade cultural e imigração**: a ambivalência das narrativas modernas e a necessidade de um paradigma de responsabilidades comuns. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí: UNIJUI Editora. 2016.

_____, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **População e governamentabilidade**: a mobilidade humana (des)controlada.In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí: UNIJUI Editora. 2016.

NOUR, Soraya. **À paz perpétua de Kant**: filosofia do direito internacional e das relações internacionais/Soraya Nour. – 2º. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. – (Biblioteca jurídica WMF).

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Controle social das migrações e gestão da diversidade**. In: JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso; SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. Direitos Humanos, Imigração e Diversidade: dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí: UNIJUI Editora. 2016.



DAS FRONTEIRAS ENTRE "NÓS" E "ELES": O IMIGRANTE VISTO COMO AMEAÇA À SAÚDE GLOBAL

Raquel Ceolin[5]
Fernando Hoffmam[6]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo abordar a questão da imigração em tempos de globalização, em que surgem novos desafios acerca da proteção e garantia dos direitos humanos para além das fronteiras. Assim, fala-se na saúde global como fundamento para que se possa ter uma vida digna, bem como, sobre os impactos da saúde global na vida dos imigrantes, que são vistos como uma ameaça perante à sociedade. O questionamento pertinente a este trabalho é o seguinte: De que forma a questão da saúde sob uma perspectiva global influi nos fluxos migratórios de toda sociedade-mundo? Para tanto, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, e de procedimento comparativo, partindo de uma premissa analítica quanto aos direitos humanos e a imigração, para chegar ao caso específico da saúde global e suas consequências à mobilidade humana, tendo como exemplo o caso do vírus do Ebola.

Palavras-Chave: Globalização; Saúde Global; Imigração; Xenofobia.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Busca-se com este artigo analisar a questão dos fluxos migratórios em tempos de globalização e de saúde global, considerando as mudanças que tem ocorrido na sociedade e que fazem com que surjam novos desafios acerca da aplicação dos direitos humanos em todos os territórios e para além deles.

Nesse sentido, primeiramente aborda-se, de modo geral, os direitos humanos ligados à imigração, bem como, a forma como a sociedade vê o imigrante que chega, construindo muros ao invés de criar laços de humanidade e comunicação.

[5]Bacharela em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões(URI/Câmpus Santiago); Especializanda em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade RegionalIntegrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/Câmpus Santiago); Advogada. E-mail: raquelfceolin@gmail.com.
[6]Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).Bolsista PROEX/CAPES, membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPq. Professor Titular do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI campus Santiago). Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Justiça e Cidadania, vinculado à URI e aoCNPq. Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). E-mail: ferdhoffa@yahoo.com.br.

Após, parte-se para a análise da saúde global, conceituando e tratando dos impactos que a mesma traz aos fluxos migratórios e assim, à vida daqueles que ao invés de serem vistos como seres humanos dignos de direitos como todos, são vistos apenas como “o Outro”, um ser estranho à sociedade, que causa medo e ameaça quando chega, inclusive no que tange a saúde/doenças.

Assim, demonstra-se a relevância e necessidade de se ter cada vez mais estudos aprofundados acerca da temática, a qual abrange diversos aspectos além dos aqui abordados, o que se pretende seguir pesquisando, não se esgotando o tema aqui.

Dessa forma, o artigo se divide em dois itens temáticos, no primeiro intitulado “MIGRAÇÃO E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO” será abordada a questão da imigração e dos direitos humanos dos imigrantes na era da globalização. No segundo, denominado “SAÚDE GLOBAL E OS IMPACTOS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS”,dissertar-se-á acerca da saúde global e suas consequências à mobilidade humana, exemplificando a partir do caso da epidemia do vírus do Ebola no Brasil.

1 MIGRAÇÃO E DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO

Vive-se em meio a uma coletividade em que cada membro age e pensa de forma diversa, dessa forma, deve haver ordem e respeito, para que se tenha o mínimo de condições dignas de vida. Em meio a toda essa diversidade, também há intolerância e violência, surgindo, então, a necessidade de uma proteção aos Direitos Humanos, que são violados diariamente, ao mesmo tempo em que deveriam ser garantidos para todos.

A partir de novos parâmetros de organização social, gestados nesse caldo de mudanças provocado por acontecimentos que marcam a rearticulação do mundo em novas estruturas, a sociedade como concebida modernamente, presa aos delineamentos territoriais de determinado Estado-Nação, se encontra borrada por uma intensificação dos contatos e inter-relações humanas.

Assim, com as constantes mudanças na sociedade, que não encontra mais limites irrestritos pelas fronteiras em tempos de globalização, há uma preocupação

com a questão da defesa e proteção dos direitos humanos tanto local quanto globalmente.

Nessa linha, pode-se entender “Direitos Humanos” como um conjunto de valores históricos, básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física de todos os cidadãos, e que surgem sempre como condição essencial da vida, conferindo aos agentes político-jurídico-sociais, a tarefa de agirem no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los tanto em benefício próprio como em benefício comum. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Dessa maneira, os direitos humanos passaram a ser previstos em diversos mecanismos internacionais, a fim de se coibir práticas nacionais que possam violar direitos ligados a dignidade humana, fazendo, assim, com que tais direitos sejam protegidos precipuamente, independente de raça, cor, religião, nacionalidade, ou seja, são direitos inerentes à todas as pessoas, onde quer que se encontrem.

Por conseguinte, na contemporaneidade vive-se uma fase marcada por novos desafios ligados à migração e a globalização, sendo que com os constantes fluxos migratórios os Estados não têm conseguido resolver as problemáticas que surgem, como ocorre com os imigrantes que deixam seu país de origem e se vêm à mercê da vulnerabilidade, sem acolhimento e tratamento humanitário, com seus direitos humanos violados diariamente.

Ocorre que a situação em que os imigrantes seencontram quando necessitam deixar seu país de origem e partem para o paísreceptor, é inaceitável, visto que trata-se de um momento em que encontram diversos obstáculos e violação dedireitos humanos, num contexto de constante fechamento e abertura doEstado, do Direito e dos Direitos Humanos, que devem ser garantidos a todosos imigrantes.

Nesse sentido, entende-se que a migração sempre fez parte da humanidade, moldando a sociedade, assim, com o constante fluxo migratório que tem se observado nos últimos anos, seja devido às guerras, desastres ambientais, entre outros motivos que levam as pessoas a abandonar sua vida na esperança de encontrar melhorias em outro lugar, é essencial que se discuta acerca do tratamento que é dado aos imigrantes quando saem do seu país de origem e chegam ao país

"receptor", a fim de que seus direitos não sejam violados como tem se visto na realidade.

Nos últimos anos observou-se um grande salto no número de refugiados buscando asilo em outros países. Tal salto foi causado devido ao número de Estados afundando, alguns já submersos, ou, ainda, de territórios sem Estado, e assim, sem leis, palcos de constantes guerras, assassinatos e violência em massa, sendo um verdadeiro banditismo do tipo "salve-se quem puder". (BAUMAN, 2017).

Consequências da globalização e da migração constante, muros e cercas de arame farpado erguidos com o intuito de afastar àqueles considerados indesejáveis, crianças afogadas nas rotas durante a "fuga", campos de concentração superlotados e competindo entre si para escapar – por pouco – dos perigos no caminho em busca da segurança, são fatos que tem ocorrido cada vez mais, enquanto aparecem cada vez menos nos meios midiáticos. (BAUMAN, 2017).

Nesse sentido, pode-se verificar que há uma constante e corriqueira violação de direitos humanos dos imigrantes, tanto no país de origem, quanto no caminho e quando chegam ao país de acolhida. Tal fatodá-se, por um lado, por falta de interesse e de ação dos Estados em agir na defesa dos direitos dessas pessoas, e por outro, por parte da sociedade que ainda vê o imigrante/refugiado como uma ameaça, como alguém que chega e permanece causando medo por ser desconhecido, ao passo em que se esquece que são seres humanos, iguais em dignidade e direitos em relação aos nacionais e toda sociedade-mundo.

Ainda, nos países desenvolvidos, em que há tanto refugiados quanto imigrantes econômicos buscando asilo, os interesses empresariais se sobressaem, desejando o influxo de mão de obra barata com habilidades promissoras e lucrativas (BAUMAN, 2017), abrindo, dessa forma, às fronteiras com interesses claramente econômicos e seletivos.

Nesse viés, ao se observar as políticas que vem sendo utilizadas em relação aos fluxosmigratórios, percebe-se que ainda predomina a defesa pela separação mútua, o desejo demanter distância daqueles considerados estranhos, o que vem sendo feito através daconstrução de muros, ao invés de se buscar construir pontes e linhas diretas para umacomunicação. Tais políticas, a curto prazo, podem parecer reconfortantes, visto que colocam o desafio longe dos olhos, entretanto, as mesmas

apenas armazenamexplosivos para uma denotação futura – dessa forma o problema está longe de serresolvido (BAUMAN, 2017).[7]

Conforme se observa, as maiores preocupações em âmbito Estatal,dizem respeito ao controle do fluxo de migração pelos países receptores,principalmente quanto à entrada de imigrantes pobres em seus territórios, enos últimos tempos, essas preocupações se concretizaram por meio demedidas políticas e jurídicas fortemente repressivas. (SANTOS, 2016).

Dessa forma, dos constantes fluxos migratórios que tem ocorrido, é sabido que a classe de imigrantes que acaba sofrendo mais são aqueles oriundos de países pobres e em decadência, o que acaba influindo também na questão da saúde.

Quando há alguma epidemia de doenças, uma das preocupações dos Estados e da própria sociedade local é de fechar as fronteiras, sendo que o imigrante é visto como aquele que vem para trazer doenças que antes não haviam, e dessa forma, o objetivo passa a ser evitar que a doença – o imigrante (pobre) – chegue e prejudique os nacionais.

Nada mais do que o preconceito e a xenofobia escancarados, sendo que tal pensamento não se baseia em estudos e conhecimento, mas sim, no egoísmo e na predominância do “eu” perante os demais, do nacionalismo em detrimento dos direitos humanos. Assim, sofrem principalmente os imigrantes pobres e negros, que são vítimas da hostilidade.

Por conseguinte, aclarando a forma como os imigrantes são vistos perante à sociedade e aos novos desafios que surgem, fala-se na questão da saúde sob uma perspectiva global, sendo outra área que causa impactos nos fluxos migratórios e que demonstra a xenofobia ao se ter o imigrante visto como uma ameaça à população.

[7] E assim, uma conclusão também precisa ficar clara: a única forma de escapar dos atuais desconfortos e sofrimentos futuros passa por rejeitar as traiçoeiras tentações da separação. Em vez de nos recusarmos a encarar as realidades dos desafios de nossa época, sintetizados na expressão “Um planeta, uma humanidade”, lavando as mãos e nos isolando das irritantes diferenças, dessemelhanças e estranhamentos autoimpostos, devemos procurar oportunidades de entrar num contato estreito e cada vez mais íntimo com eles – resultando, ao que se espera, numa fusão de horizontes, e não numa fissão induzida e planejada. (BAUMAN, p. 23, 2017).

2 SAÚDE GLOBAL E OS IMPACTOS NOS FLUXOS MIGRATÓRIOS

Com a globalização e as consequentes mudanças sociais, é fundamental tratar da questão da saúde em consonância com o global. Para tanto, frisa-se, primeiramente, que a saúde é uma necessidade para que todo indivíduo possa ter uma vida digna, independente de raça, cor, religião, enfim, respeitadas todas as diferenças e particularidades de cada ser humano.

Nesse sentido, com o intenso fluxo da mobilidade humana, seja por turismo, seja por questões econômicas ou de refúgio, um dos assuntos que mais chama a atenção quando há surtos de doenças, principalmente contra aqueles migrantes mais vulneráveis, é a forma como essas pessoas que migram são tratadas e vistas perante a sociedade e a mídia.

Dessa forma, considerando a mundialização e o fluxo de pessoas que se deslocamundialmente, se pretende abordar a questão da saúde vista sob umaperspectiva global, com reflexos na mobilidade humana, e, assim, em diversoslugares.

Nesse sentido, fala-se na saúde global como uma questão que normativamenteextrapola os limites dos *locus* clássicos de produção e aplicação do direito. A saúde vistacomo uma problemática global implica uma série de atores internacionais públicos e privados,estatais ou não, que se colocam no campo de debate, produção e aplicação do direito, muitasvezes, impactando no âmbito local. Com efeito:

> Surgida nos anos 1990, a expressão “saúde global” mobiliza um diversificadoleque de atores, como a Organização Mundial da Saúde (OMS), o BancoMundial, a Fundação Bill e Melinda Gates, os Estados, a indústria farmacêutica,as universidades e as mais diversas organizações não governamentais, hojemunidos de recursos financeiros e tecnológicos sem precedentes. (VENTURA,2015, p. 57-64).

Como precedentes, a saúde global tem a saúde internacional, com a qual compartilha aquestão da saúde para além das fronteiras, e a saúde pública, a qual tem como foco a saúde dacoletividade, bem como ações de prevenção, promoção e recuperação da saúde. (FORTES;RIBEIRO, 2014).

Dessa forma, vê-se a amplitude e a interdisciplinaridade da saúde global.“O reconhecimento do regional e do local, das diferenças políticas, econômicas,sociais e culturais entre os países e as internas, assim como as consequências e respostasdiferenciadas a eventos globais (FORTES; RIBEIRO, 2014, p. 370)”, é o que acabadiferenciando a saúde global das formas clássicas de saúde internacional.

Assim, considera-se a saúde um bem público e global que deve abarcar todacoletividade, ou seja, entende-se que ninguém deve ser excluído do “consumo” e do direito àsaúde, e dessa forma, seus benefícios devem estar disponíveis a todos (em todos os lugares)(FORTES; RIBEIRO, 2014).

Portanto, vê-se a relevância de se considerar a questão da saúde a nível global, deforma que englobe todos os indivíduos, e que se trate tal questão com a importância que amesma tem, considerando as problemáticas que envolvem o processo de globalização e osreflexos da saúde para além das fronteiras.

Nesse sentido, em 2008 a Assembleia Mundial da Saúde por meio de uma resolução,determinou que a Organização Mundial de Saúde (OMS) desse maior relevância ao tema dasaúde dos migrantes em relação a questões da ação sanitária internacional.

Em alguns países,como os Brics (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), a facilidade de atravessar asfronteiras é sucedida de um grande problema na hora de conseguir a regularização migratória,dessa forma, a situação irregular acaba tornando a pessoa mais suscetível à condição devulnerabilidade, precariedade, aumentando o risco de deterioração da saúde, dificultandotambém a inclusão social e econômica dos imigrantes (VENTURA, 2015).

Dessa forma, percebe-se que os países tem se preocupado mais em fechar asfronteiras, vendo os migrantes como ameaça, e não como sujeitos de direitos (humano-fundamentais). Então, as políticas que visam à restrição da entrada de migrantes nasfronteiras, são incompatíveis com a promoção da saúde dos mesmos, pois até mesmo nocampo da saúde, os migrantes e a mobilidade humana em si, são vistos como uma ameaça ourisco que devem ser controlados globalmente.

Nesse viés, o que se tem percebido na realidade, é adegradação da saúde dos migrantes após sua chegada e permanência nos países de acolhida,em

consequência à violação e privação de direitos que esses sujeitos sofrem (VENTURA,2015).

Quanto a crise sanitária causada pela epidemia do vírus do Ebola na África Ocidental, consolidou-se a securitização[8] da resposta internacional às emergências, sendo que, nesse caso, institui-se o Ebola como um problema de segurança. Assim, tal securitização representa um risco para os direitos humanos e a democracia, pois ao mesmo tempo em que se definiu o Ebola como uma ameaça para a saúde e segurança internacional, e acabou contribuindo para o aumento de ajuda material para os Estados mais atingidos, também acabou instaurando uma lógica de guerra em escala global, sob o fundamento do binômio ameaça-defesa. (VENTURA, 2016).

Nesse sentido, um exemplo de restrição de direitos humanos devido à crise sanitária e ovírus Ebola se verificou no Brasil, com um solicitante de refúgio, que foi considerado oprimeiro caso suspeito de Ebola no país, acontecimento que teve grande repercussão nacionalevidenciando o impacto que as emergências sanitárias a nível internacional têm sobre osdireitos humanos (HOLZHACKER; VENTURA, 2016).

Destaca-se que, mesmo antes de ocorrer a primeira suspeita de Ebola no Brasil, talpossibilidade já acarretava uma rotulação aos imigrantes e refugiados que tentavam ingressarno país, exemplo claro dessa estigmatização pode-se verificar pelo fato de que integrantes dapolícia federal, da receita federal e do ministério público do trabalho e emprego, estavamcogitando entrar em greve e paralisação para não entrar em contato com imigrantes negrosque chegavam à região norte do país (HOLZHACKER; VENTURA, 2016).

No referido caso, um solicitante de refúgio vivenciou uma grave violação aos direitoshumanos, pois acabou se tornando o primeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. Dessa forma,foi tratado de maneira um tanto repudiável, visto que, por não conhecer a língua portuguesa enão entender o que estava acontecendo quando foi

[8] Entre os efeitos negativos da securitização, constatou-se o risco de disseminação de pânico pelos veículos de comunicação, o que, em vez de fortalecer, dificulta o combate à epidemia, além de estigmatizar profissionais da saúde e a população dos locais mais atingidos. Nos Estados Unidos, na Espanha e no Reino Unido, profissionais que atuaram na África Ocidental alegam ter sofrido, quando de seu repatriamento, restrições abusivas de direitos e discriminação. Austrália e Canadá recusaram a entrada em seu território aos provenientes da África Ocidental, em evidente desrespeito à recomendação da OMS de não restringir o tráfego de pessoas. (VENTURA, 2016, passim).

solicitar ajuda (por outro motivo) em umhospital, acabou sendo transferido para outro local sem ao menos saber do que se tratava, semter o mínimo de informações acerca da sua vida e saúde, sem ser ouvido e considerado,constantemente exposto pela mídia à sociedade, tendo assim seus direitos individuais violados(HOLZHACKER; VENTURA, 2016).

Ressalta-se ainda que o suspeito do caso de Ebola mencionado anteriormente não eraportador do vírus, como se confirmou por meio de exames, e inclusive não possuía ossintomas da doença (HOLZHACKER; VENTURA, 2016), sendo assim, acabou sendo vítimade preconceito simplesmente por ser um imigrante negro, alvo de parte de uma sociedade quenão sabe ver o outro “a olhos nus”, sem os rótulos criados por medo do desconhecido.

Nesse sentido, resta claro que é necessário tratar da questão dos direitos humanos noque tange aos fenômenos migratórios e à saúde global, para evitar abusos e violação dedireitos fundamentais, como o direito à informação e preservação da imagem, e assim,preservar não somente suspeito da doença, como exposto, mas também todos os outrosimigrantes que vivem no país e após os alvoroços midiáticos acabam sendo alvos depreconceito por parte da sociedade que é manipulada pela mídia.[9]

Em relação à saúde, fica claro que os fluxos migratórios e os imigrantes por si só estão longe de serem o motivo de propagação de doenças, como pensam os adeptos ao senso comum imposto pela sociedade e pela mídia.

Por fim, pode-se verificar a constante exposição que os imigrantes sofrem perante à sociedade, sendo pré-julgados principalmente por sua nacionalidade, condição econômica e cor, e assim, além de sofrer as dificuldades do deslocamento, acabam sofrendo as consequências de uma sociedade xenofóbica.

[9]No entanto, a norma que deveria ser um “escudo” de proteção dos direitos pode transformar-se em “arma” contra eles, pois o acesso ao tratamento tende a se converter em fonte de violação dos direitos individuais se não houver uma regulação capaz de oferecer salvaguardas quando da adoção de medidas coercitivas pela autoridade sanitária. Logo, é preciso que a legislação epidemiológica e os planos de contingência passem a contemplar mecanismos de proteção aos direitos humanos. O desafio de conciliar a saúde pública e as liberdades individuais é complexo, mas deixar de enfrentá-lo aumenta a possibilidade de que a escalada do pânico nos momentos de crise sanitária enseje violações evitáveis, porém graves e de efeitos duradouros. (HOLZHACKER; VENTURA, 2016).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, com o constante fluxo migratório que tem se observado na contemporaneidade, entende-se necessário que se discuta acerca do tratamento que édado aos imigrantes quando saem do seu país e chegam ao país “receptor”, afim de que o tratamento desigual que essas pessoas recebem, não seja mais arealidade.

Assim, conforme se observa, os imigrantes são tratados com preconceito e xenofobia, ao se verificar na sociedade o medo do outro, daquele ser estranho e indesejável que vem para interferir, de alguma forma negativa, na vida dos nacionais. Aquele que não é conhecido, é imprevisível e assim, causa espanto naqueles que estão cegos pelos preconceitos já impostos, inclusive pelas repercussões midiáticas que, também, são feitas tanto com falta de humanismo quanto falta de conhecimento especializado no assunto.

No que tange à saúde global, vê-se a importância de considera-la a nível global, deforma que englobe todos os indivíduos, e que se trate tal questão com a importância que amesma tem, considerando as problemáticas que envolvem o processo de globalização e osreflexos da saúde para além das fronteiras, evitando a violação de direitos humanos como ocorreu no exemplo acima exposto devido ao caso do vírus do Ebola no Brasil.

Concluindo, entende-se necessário que os diversos atores políticos e sociais atuem em conjunto na defesa dos direitos humanos, bem como, nas questões relacionadas à saúde global, de forma que a saúde seja assegurada a todas as pessoas, de forma universal e gratuita, independente do lugar em que se encontrem, inclusive aos refugiados e imigrantes, estejam regulares ou não.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Tradução: Carlos Alberto Medeiros. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.



FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. **Saúde Global em tempos de Globalização**. Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.2, p.366-375, 2014; Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n2/0104-1290-sausoc-23-2-0366.pdf> Acesso em: 08/05/2018;

HOLZHACKER, Vivian; VENTURA, Deisy. **Saúde global e direitos humanos**: oprimeiro caso suspeito de Ebola no Brasil. Lua Nova, São Paulo, 107-140, 2016;Disponívelem: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n98/1807-0175-ln-98-00107.pdf&gt> Acessoem: 07/05/2018;

SANTOS, André Leonardo Copetti. Controle social das migrações e gestão da diversidade. In JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de; LUCAS, Doglas Cesar; SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direitos humanos, imigração e diversidade**: Dilemas da vida em movimento na sociedade contemporânea. Ijuí, RS: Unijuí, 2016;

VENTURA, Deisy. **Mobilidade Humana e Saúde Global**. Revista USP - São Paulo, n. 107, p. 55-64, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/115113> Acesso em: 07/05/2018;

VENTURA, Deisy. **Do Ebola ao Zika**: as emergências internacionais e a securitização da saúde global. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v32n4/1678-4464-csp-32-04-e00033316.pdf> Acesso em: 08/05/2018;



SOBERANIA ESTATAL E PRÁTICAS DE CONTROLE SOBRE O SUJEITO: UMA ANÁLISE FRENTE AO FENÔMENO MIGRATÓRIO

Juciélle Marques Flores[10]
Luiza Ferreira Odorissi[11]

RESUMO: Busca-se no presente artigo compreender a influência do nacionalismo no exercício da soberania Estatal e, no reconhecimento do migrante enquanto sujeito pertencente ao corpo político-social do Estado-nação, bem como, analisar os mecanismos de controle sobre o sujeito, abordando as práticas de disciplina do corpo unitário e a regulamentação do grupo social, frente ao cenário biopolítico. Diante desse contexto, questiona-se: a estrutura Estatal nacionalista comporta a multiplicidade de relações trazidas pelos fluxos migratórios? As práticas de controle sobre o sujeito interferem na composição coletiva social? Como método de pesquisa, foi empregado o de documentação indireta, pois se embasou em livros, artigos científicos, revistas jurídicas e a legislação pertinente.Devido à amplitude e relevância da temática, o presente artigo não possui a pretensão de esgotar o tema, mas sim, indicar as diversas questões que o mesmo suscita.

Palavras-Chave: Estado; Nacionalismo; Soberania; Biopolítica; Migração.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O cenário mundial atual alarma momento de crise migratória, em que práticas discursivas políticas fomentam a sensação de incerteza e insegurança, gerando um cenário hostil e de recusa ao migrante, legitimando a restrição dos movimentos migratórios. Desta forma, institucionaliza-se o medo do outro e o combate à diversidade,apontando ameaça à soberania do Estado e ao bem-estar social, reforçando uma estruturação Estatal autocentrada.

A concepção do migrante como algo ameaçadornaturaliza a política de segregação, remetendo a um sistema de privação decorrente da estrutura nacionalista Estatal, em que o ente governamental exerce seu poder soberano através de mecanismos unitários, baseado na homogeneidade e autossuficiência contidas em sua delimitação territorial.

Fomentar o medo do outro é essencial para a estratégia separatista e autoritária Estatal, pois assim, reafirma-se a necessidade de proteger fronteiras, estruturando-se um cenário biopolítico, em que condição humana é diluída pelo

[10]Acadêmica de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Uri Campus de Santiago. E-mail: jucielleflores@gmail.com
[11]Doutoranda em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; Bolsista Prosup/CAPES; Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, E-mail: luodorissi@gmail.com

político e apropriada pelo Estado, moldando a vida natural do sujeito, a incorporando aos seus mecanismos estruturais.

A estratégia de politização da vida enquadra o sujeito nos limites de dominação Estatal, absorvendo e se apropriando de sua pessoalidade, transformando a vida natural em uma forma de poder, a tornando um objeto de domínio político, em que o sujeito é tanto alvo como instrumento em uma relação de dominação e subordinação à soberania Estatal.

Por conseguinte, a estratégia biopolítica propicia ao Estado manipular a conduta de seu corpo social, formatando as relações políticas internas e externas,e entre os próprios sujeitos. A partir deste controle, funda-se um conjunto Estatal unitário, visando a expansão de sua soberania, baseando-se em diretrizes nacionalistas, concebendo uma coletiva pautada na unicidade.

Objetiva-se, portanto, com o presente artigo, analisar a interferência do nacionalismo no reconhecimento do migrante enquanto sujeito, e seu pertencimento ao corpo social Estatal, ainda, busca-se compreender a influência dos mecanismos de controle do Estado nas relações sociais, tanto do sujeito enquanto ser individual, quanto do sujeito enquanto ser coletivo.

2 SOBERANIA ESTATAL E RECONHECIMENTO DO MIGRANTE ENQUANTO SUJEITO FRENTE AO CENÁRIO NACIONALISTA

A figura Estatal é reconhecida como uma organização política que exerce o poder soberano sobre seu corpo social, centralizando sua governabilidade em práticas de controle sobre as manifestações coletivas que ocorrem nos limites de suas fronteiras. A essência do poder governamental reside em ordenar as relações político-sociais internas e, em assegurar e expandir o seu domínio nas relações externas, assim, o ente soberano detém o controlesobre sua delimitação territorial, objetivando propagar a legitimidade de sua constituição.

Em “A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado”, Friedrich Engels atesta que a primeira manifestação de Estado como órgão público revestido de autoridade governamental, pôde ser observada na antiga Atenas,com ainstituição de um arranjo administrativo autocentrado, em que as demandas sociais foram

declaradas interesse comum, sustentando-se através de uma estratégia territorial, com a finalidade de assegurar o domínio de uma classe sobre a outra, consagrar a propriedade privada e institucionalizar o individualismo.

A legitimação dessaindividualidade é regida sob o prisma do Estado patrimonial, que permeia em âmbito social traços da luta de classes, intensificando-se pós Revolução Francesa, em que a transição do período feudal para a constituição político-social burguesa, não aboliu os antagonismos de classe, mas sim, propiciou novas condições de opressão e subordinação, originando uma estrutura Estatal baseada nas relações de dominação e, em uma sistemática políticasegregatória, em que classifica o sujeito em legítimo ou não de proteção.

Por conseguinte, a soberania Estatal reside em ordenar a delimitação e determinação do produto da atividade humana que a ela está subordinada, não é estabelecida apenas como monopólio do poder, mas sim, comomonopólio da decisão, ou seja, o Estado é o conjunto das instituições políticas onde se concentra a máxima força imponível e disponível em sociedade. (MARX; ENGELS, 2003). Neste processo de subordinação, o sujeito tem sua pessoalidade apropriada pelo ente governamental, tornando-se tanto alvo quanto instrumento na relação de dominação.

A instituição do Estado possui em si uma espécie de força de expansão, que propicia a manutenção de sua soberania eestabilidade no exercício do sistema político favorável a sua dominação, constituindo uma governabilidade fixa, baseando-se em seu território. Essa organização fixa permite a ampliação do domínio Estatal, pois, possibilita a inserção de novas camadas sem que lhe altere a estrutura, consolidando sua autossuficiência, fomentando uma unicidade interna, em que o corpo social o concebe como extensão de si.

É crucial para a manutenção da soberania Estatal, essa percepção de semelhança proveniente de seu corpo subordinado, pois, dessa forma, fomenta-se a vinculação social-territorial, originando um arranjo político unitário. Assim,a estrutura Estatal se torna essencialmente atrelada ao território, gerando um processo de associação nacional, em que a existência do sujeito apenas é valorada se em conformidade com a constituição nacionalista, reforçando a tríade soberania-nação-território.

A vinculação territorial nacional implica em umaestrutura nacionalista Estatal, que é una e indivisa, fundada a partir da união do nacionalismo com o poder soberano do Estado, originando a nação. Com isso, evidencia-se que nação não é algo natural, é resultado do arranjo político que preza pelo legítimo interesse do Estado, ou seja, espera que os movimentos nacionalistas sejam movimentos que visem à expansão e unificação nacional. (HOBSBAWM, 2002).

A união da nacionalidade com a soberania resultou em um sujeito soberano, foi a base do Estado-nação, fomentada por uma estratégia política que visa resguardar os laços comunitários, estabelecendo a homogeneidade interna. Assim, oEstado se encarrega de manter a unidade da nação, enquanto a nação desempenha uma função defensiva, é utilizada para proteger o território Estatal contra a interferência externa, por meio de um fator de unidade, em queacredita ser parte integrante ativa do corpo Estatal, já que, nele se reconhece, e concebe a sua legitimidade de agir como expressão de seu próprio interesse.

Devido a essa percepção de semelhança, o Estado organiza sua política governamental de forma baseada em sua limitação territorial, pois assim, mantém o empenho dos nacionais em proteger as fronteiras, com o intuito de resguardar a composição social unitária. Pode-se dizer que a função do Estado-nação é fazer com que os nacionais sejam vulneráveis e subordinados no âmbito político-social interno e, acreditem no desenvolvimento de forças sociais unitárias, pois, desta maneira, formariam um povo soberano às questões externas.

É essencial para a efetividade desse modelo unitário que o território seja inviolável, e controlado pelo Estado, assim, ele é tido como figura segura à nação, e detém a função de manter a estabilidade interna requerida pelos nacionais,enquanto “a política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas”. (ARENDT, 1993, p. 7).No momento em que o indivíduo é enquadrado pelo espaço territorial, são as fronteiras que delimitam o ser humano em desejável ou indesejável, restringindo o reconhecimento do sujeito como ser político e social.

Na medida em que o sujeito éterritorializado, no que tange os fluxos migratórios, cria-se uma barreira entre nacionais e migrantes, em que o espaço territorial perde sua característica coletiva, sendo privatizado pelo exercício da

soberania. Essa forma de exclusão gerada pelas fronteiras remete a duas situações:1) o nacional, reconhecido como cidadão, vinculado ao Estado-nação e merecedor legítimo da proteção político-jurídica; 2) o migrante, que tem seu reconhecimento como sujeito restringido e, é desvinculado da proteção Estatal.

Diante desse enquadramento, o migrante é privado do direito de pertencer a um corpo político, de ter um lugar nele, ou seja, o pertencer do migrante está relacionado à sua submissão perante o Estado-nação, sendo apenas uma relação política de poder, não significa sua participação de forma ativa em sociedade. O paradigma da pertença é resultado objetivo da noção de identidade nacional, em que o não pertencer do migrante se torna sua forma de pertencer, fomentando uma lógica ambivalente, em que o nacional reforça a posição do migrante e vice-versa.

A condição humana é reduzida a estigmas ditados pela imposição do paradigma da pertença, criando uma categoria para além da pessoa humana, em que o migrante é concebido como um fenômeno contido na fronteira Estatal, possui uma existência excedente. Assim, o dentro e o fora do Estado estão cada vez mais fluídos, o nacional afirma sua identidade, sua pertença, na figura do seu oposto, o migrante, o de fora, formatando as relações entre sujeito e Estado, em que a estratégia nacionalista une separando, inclui para excluir.

Diante da estrutura nacionalista Estatal, o vínculo entre nacional e Estado, a nacionalidade, é o requisito que legitima o sujeito a gozar de toda a proteção dos instrumentos jurídicos, em um sistema que, inclusive, a aplicação dos Direitos Humanos encontra-se atrelada a esse requisito, infringindo o caráter transnacional e universal da referida legislação. Nesse cenário de práticas unitárias, a concepção de identidade coletiva e igualdade a quem a ele pertence, representa o fomento das diferenças excludentes e opressoras.

Há um impulso do cenário separatista, que divide o corpo da nação entre “nós” e “eles”, em virtude do antagonismo social e político imposto pelas barreiras do Estado-nação, ignorando a pluralidade de relações trazidas pelos fluxos migratórios. (BAUMAN, 2017).O reflexo do nacionalismo manifesta-se nas relações humanas, em que o migrante é visto como um corpo que ocupa um espaço que não lhe pertence, sendo capaz de alterar o equilíbrio interno.

A concepção do migrante como algo ameaçador legitima a restrição dos movimentos migratórios e naturaliza a política de segregação, remetendo a um sistema de privação à esfera política-social, em que o migrante é incluído pelos instrumentos jurídicos para definitivamente ser excluído, frustrando a manifestação do indivíduo como ser coletivo. O exercício da soberania Estatal, baseado na homogeneidade interna, isenta o Estado de sua função de garantidor e promotor de direitos, pois, sua obrigação é devida apenas ao conjunto a ele enquadrado.

A mobilidade humana possibilita observar como a vida é percebida e sobre os padrões de normalidade definidos para o sujeito poder fazer parte ou não do corpo social Estatal, evidenciando sua insuficiência em reger os avanços das relações sociais. Assim, os fluxos migratórios reescrevem a dimensão do espaço territorial, demandam uma ampliação do arranjo coletivo, para sua efetiva participação política e social, com o intuito de ser reconhecido como sujeito.

A restrição do acesso ao corpo político Estatal impõe um espaço de privação ao migrante,em que sua condição humana é apropriada pelo Estado como pressuposto de sua exclusão, legitimando violações de garantias essenciais a uma existência digna. Assim, o migrante é remetido a uma vida nua, isto é, uma vida sem valor, instituída poruma desvinculação político-social, em que a “vida humana é incluída no ordenamento unicamente sob a forma de sua exclusão”. (AGAMBEN, 2007, p. 16).

Em âmbito social, essa exclusão se propaga por intermédio de práticas discursivas políticas que fomentam a ideia de instabilidade interna, institucionalizando uma estratégia de sistematização do medo,implementando uma espécie de ideologia permanente, em que a conduta do corpo social ao ser ditada pelo ente Estatal é automatizada no cotidiano social. Essa automatização fomenta a unidade interna, legitima a restrição dos movimentos migratórios, e o combate à diversidade.

A legitimação do combate à diversidadesepara o sujeito do mundo e o enquadra na delimitação da fronteira Estatal, institucionalizando uma estratégia política de segurança, já que,as fronteiras são elementos inquietantes à soberania nacional, ameaçam sua hegemonia interna, obrigando o Estado, de certa forma, a flexibilizar seu mecanismo disciplinador, pois o exercício de sua governabilidade se

encontra restringido a essa delimitação, e ao mesmo tempo, sujeito a inserção de novos elementos sob seu domínio.

Perante o exposto, observa-se que a estrutura Estatal nacionalista classifica o indivíduo em legítimo, ou não, de proteção Estatal,instituindo a composição de um sujeito territorializado, em que a nacionalidade é tida como forma de inscrição primária da vida na ordem Estatal, fomentando um sistema governamental em que a pessoalidade é absorvida pelos mecanismos disciplinares, ou seja, a condição humana é diluída pelo político e apropriada pelo Estado. Esse processo de apropriação da vida natural caracteriza o controle biopolítico, conforme foi observado por Michel Foucault.

3 POLITIZAÇÃO DA VIDA: MECANISMOS DE CONTROLE ESTATAL SOBRE O SUJEITO

O controle Estatal sobre seu corpo constituinte reside em sua capacidade de produzir ou destruir o sujeito, moldando a vida natural, a incorporando aos seus mecanismos estruturais, pois, dessa forma, a politiza e a domina, impondo a supremacia de seus interesses. Assim, a vida se torna um objeto de poder e, ao mesmo tempo, uma forma de poder, sendo que, o corpo social institui um soberano visando a proteger, ou seja, pode-se dizer que a vida natural é fundadora do poder soberano.

O sujeito, ao ser enquadrado pelo aparelho Estatal, é disciplinado pelo sistema de controle governamental, que desenvolve a organização do poder sobre a vida,“tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma bio-política da população” (FOUCAULT, 1999, p. 131). Por intermédio do biopoder, o Estado detém o controle sobre a totalidade de seu conjunto social, regendo e instituindo relações político-sociais em todas as esferas da vida humana.

A relação entre Estado e corpo social resulta de um poder político que não é absoluto,mas sim, uma potência que se desenvolve conforme as relações sociais, ou seja, é através dessa relação que se origina a figura do corpo subordinado e do ente soberano. Desta forma, observa-se a possibilidade de flexibilização da estrutura

fixa Estatal, tornando as práticas de controle sobre o sujeito o objeto principal da manutenção de sua soberania, garantindo o domínio sobre essas relações.

A fragmentação do sujeito enquanto corpo individual é crucial para essa sistemática de subordinação, pois, facilita o controle, e eventual modificação, do conjunto de sujeitos que formam o corpo social, propiciando ao Estado exercer seu poder soberano, articulando uma estratégia de extinção e expansão da estrutura constituída, legitimando uma ordem segregatória no arranjo interno. Contudo, essa divisão simultaneamente institucionaliza o isolamento e fortalece o vínculo entre os subordinados, transformando essa multiplicidade unitária no núcleo do mecanismo disciplinador Estatal.

Esse sistema disciplinador é centrado “no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo”. (FOUCAULT, 2005, p. 297). Na medida em que o corpo é individualizado, a ele é concedido capacidade de identificação político-social, entretanto, ele é privado de autonomia, é o Estado quem dita àscircunstâncias de suas ações, seguindo diretrizes unitárias, visando atomizar essa capacidade.

O corpo individual é inserido no processo de inscrição da vida natural ao conjunto político, assim, a partir do controle individual objetiva-se a abrangência da totalidade social, instituindo-se o domínio sobre a coletividade, fomentando a estratégia biopolítica. Esse controle biopolítico regula a vida natural do sujeito enquanto ser coletivo, ou seja, ordena as relações que ocorrem em seu corpo social, estabelecendo o equilíbrio interno.

Sendo a disciplina do corpo unitário e a regulamentação do grupo social dois diferentes núcleos de controle governamental, a organização do poder sobre a vida se dá pela adesão de ambas as formas de dominação, sendo ordenada uma gestão dos corpos individuais imergidos na composição coletiva, em que a singularidade do sujeito é dominada e fixada em sociedade. Assim, o poder soberano é sustentado por uma estratégia em que transforma a individualidade em uma coletividade, e a coletividade em uma unicidade.

Nesse contexto, o enquadramento biopolítico condiciona a uma governabilidade baseada na totalidade do corpo social, não apenas no indivíduo em si, já que, ao se atomizar essa individualidade, cria-se uma pluralidade desobrigada

de uma existência ativa, autenticando um sistema hierárquico que determina as aspirações internas. Logo, tem-se uma existência passiva, em que o soberano impõe “a força natural de um único interesse comum e de uma opinião unânime”. (ARENDT, 2017, p. 49).

A imposição dessa ficção de unicidade neutraliza a possibilidade de qualquer forma de insubordinação, já que, o sujeito concebe-se como parte ativa da conjuntura Estatal, acredita na harmonização entre seus interesses e do ente soberano. A inscrição da vida natural no corpo político do Estado (biopolítica) legitima o poder soberano Estatal, gerando um pacto social em que a soberania é tida como expressão da vontade geral,constituindo uma estrutura homogênea, anulando as heterogeneidades internas, as regendo pela instituição de práticas político-sociais enraizadas no cotidiano estrutural.

A repetição contínua dessas práticas político-sociais faz com que o sujeito as conceba como sendo advindas de uma ordem natural, pois, o Estado ao deter poder sobre ele “o vinculou de tal maneira a si que ele prefere fazer-lhe a vontade a fazer a sua, e viver segundo o parecer dele a viver segundo o seu”. (ESPINOZA, 2009, p. 17). Essa espécie de harmonização atomiza o sujeito, através de técnicas políticas direciona os propósitos e as manifestações internas, impondo a prevalência do interesse Estatal.

A centralização do poder governamental reside em acomodar as implicações das relações que ocorrem no seu corpo social, influindo nos efeitos das ações coletivas, visando um fluxo contínuo e linear das manifestações internas. A intervenção do Estado nas formas de expressão do corpo subordinado resulta na uniformização do conjunto geral territorial, mitigando a potencialidade situada nessa esfera, formando uma totalidade institucional que visa o equilíbrio interno e produz efeitos extensivos.

A manutenção da soberania Estatal baseia-se na extensão desses efeitos, fomentando a sensação de incerteza e insegurança, instituindo aideia de necessidade de proteção territorial.No arranjo nacionalista Estatal, a perspectiva biopolítica objetiva anular toda e qualquer interferência externa sob o domínio de seu território, separando o sujeito do mundo e o enquadrando dentro de suas fronteiras, institucionalizando uma estratégia política de segurança.

Assim, transcende-se o sistema disciplinador baseado apenas na obediência, fomentando-se no cenário social a sensação de incerteza e insegurança, instituindo a necessidade de proteção por intermédio de um ente soberano. Ao se autoinstituir perante o corpo social, o Estado o concebe como instrumento de perpetuação de seu controle, e ampliação da legitimidade de seu domínio, sendo que, se utiliza de suas forças como forma de expansão, por isso, como estratégia regulamentadora, instituiu a sistematização do medo.

Por conseguinte, a unidade territorial é incumbida de proteger a instituição interior das inseguranças e ameaças que o exterior representa, consolidando-se como fonte segura à nação, suscitando a constituição de um cenário hostil e de recusa às diversidades.Essa sistemática de segurança caracteriza o poder sobre a vida, sendo que, propicia a concretização das práticas de controle sobre o sujeito, agrupando a composição social em incluídos e excluídos de sua esfera constitutiva.

Assim, o fundamento da soberania Estatal reside em criar condições que preservem a manutenção de seu exercício político, baseando-se na vulnerabilidade de seu corpo social,obstruindo suas formas de articulação e capacidade organizacional. A política geral suscita e baseia-se na perspectiva biopolítica, com o intuito de abranger a totalidade das relações sociais, dessa forma, o sujeito não é mais o outro na relação de dominação, quando dominado transforma-se em um efeito dela.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A organização e autolimitação da ação governamental legitima o Estado a manipular a particularidade e a pluralidade humana, enquadrando a naturalidade do sujeito no mecanismo político-social Estatal. Entretanto, a humanidade, ao contrário do ser humano, é uma, mas, ao mesmo tempo diversa, por isso, o fato de ser pessoa humana não garante percepção de semelhança, em um cenário político em que há privação do acesso ao espaço público.

Essa privação de acesso, ocasionada pela estrutura tradicional do Estado-nação, visa eliminar, tanto quanto possível, as distinções e diferenças naturais, que por si mesmas despertam desconfiança. Assim, como estratégia de manutenção de

sua soberania, o ente Estatal institucionalizou a violência velada à diversidade, legitimando a destruição de quem lhe ameaça a hegemonia, desta forma, “a nação se torna finalmente a condição de toda possibilidade de ação humana e da própria vida social”. (HARDT; NEGRI, 2001, p. 118).

A limitação do acesso aos direitos políticos é prejudicial para a integração social do migrante, sendo empecilho para o seu reconhecimento enquanto sujeito, o caracterizando como uma minoria que ocupa um espaço que não é seu. Tem-se, assim, uma composição política Estatal reducionista, em que o reconhecimento do sujeito perante os instrumentos jurídicos, está atrelado aos requisitos favoráveis ao domínio Estatal.

O migrante não está totalmente fora do Estado, mas está subordinado à exigência jurídica, em uma relação-limite englobada pelo pertencimento e o que está dentro e o que está fora do direito (AGAMBEN, 2007), assim, o sujeito é incluído na ordem Estatal quando reconhecido de forma singular enquanto pertence à nação. Dessa forma, manifesta-se a insuficiência Estatal em reger a multiplicidade das relações trazidas pelos fluxos migratórios, pois, o reconhecimento do sujeito depende da existência do vínculo da nacionalidade, desrespeitando o caráter universal que rege os Direitos Humanos.

Historicamente, um dos grandes desafios da humanidade é desconstruir a ideia institucionalizada de individualidade, para que as diversidades possam ser respeitadas e comunicadas, comportando a pluralidade das relações humanas. Essa individualização rege-se, principalmente, pelo cunho liberal Estatal, em que o ente governamental fomenta o antagonismo entre classes, instituindo uma espécie de rivalidade em âmbito político social.

A instituição de práticas de controle sobre o sujeito evidencia que “os homens fazem a sua própria história; contudo, não a fazem de livre e espontânea vontade, pois não são eles quem escolhem as circunstâncias sob as quais ela é feita”. (MARX, 2011, p. 25). Assim, há um processo de subjetivação do sujeito, que tem a própria existência vinculada a um controle externo, entretanto, sente-se integrado ao corpo político-Estatal, não percebe que é o objeto alvo de tal controle, e que por isso também é oprimido.

Por conseguinte, prioriza a manutenção e proteção da estrutura Estatal, pois, nela se autorreconhece, não dispondo de mesma percepção de semelhança a outro sujeito que não esteja nela enquadrado. Desta maneira, há apropriação total do sujeito, em que os mecanismos de controle governamental interferem na composição coletiva social, regulam a conduta humana, fomentando a disposição unitária interna, fazendo seu corpo social sentir bastar-se em si, não reconhecendo o "outro".

Assim, faz-se necessário repensar a função e estrutura do Estado-nação, para que a pluralidade humana seja abrangida e respeitada, tornando o mundo um lugar de acessos. Ainda, cabe refletir acerca das práticas de controle sobre o sujeito, em que o indivíduo acredita em sua constituição soberana, criando uma categoria para além da pessoa humana, entretanto, essa noção de soberania apenas assegura sua sujeição ao órgão Estatal.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer:** o poder soberano e a vida nua I**.** Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo:** antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

_____. **A condição humana**. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

_____. **O que é política?** Trad. Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta.** Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** Trad. Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira S.A, 1994.

ESPINOZA, Baruch. **Tratado político.** Trad. Diogo Pires Aurélio. São Paulo: Martin Fontes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I:** a vontade de saber. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

_____. **Em defesa da sociedade.** Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martin Fontes, 2005.

HARDT, Michel; NEGRI, Antonio. **Império.** Trad. Berilo Vargas. Rio de Janeiro – São Paulo: Record, 2001.

HOBSBAWM, Eric J. **Nações e Nacionalismo desde 1780.** Trad. Maria Celia Paoli, Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista.** Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

MARX, Karl. **O 18 de brumário de Luís Bonaparte.** Trad. Nélio Schneider. São Paulo: BOITEMPO, 2011.



O FLUXO MIGRATÓRIO NO BRASIL E A SOBERANIA DOS ESTADOS: UMA ANÁLISE AOS FATOS GERADORES DA MIGRAÇÃO HAITIANA

Nathali Nunes Salbego[12]
Laureani Pazzini Silveira[13]

RESUMO: A imigração e sua história ao longo dos anos é de grande importância, em vista da origem do mesmo para a concretização que o Brasil é um país oriundo de imigrantes, pessoas das mais variadas culturas, etnias, continentes migraram para nosso território. O presente artigo vai abordar a contextualização histórica e conceitual de imigrantes no Brasil, fez-se o estudo da situação das populações deslocadas do Haiti para o Estado brasileiro após o terremoto ocorrido no ano de 2010. Assim, a história do presente artigo, demonstra fundamental importância de um ordenamento jurídico justo em relação ao tratamento aos imigrantes, para melhor entendimento e aplicabilidade deste na sociedade.

Palavras-Chave: Contextualização; Direitos Humanos; Imigração; Visto Humanitário; Ordenamento Jurídico.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os direitos e garantias decorrentes dos direitos humanos reconhecidos no Brasil, representam um grande avanço no campo, assim, fica evidente que independentemente das diferenças dos indíviduos, estes merecem respeito em suas diferenças.

Dessa forma, estudar a história dos imigrantes é fundamental para que se compreenda seu surgimento e motivos que geram ás imigrações, sendo indispensável direitos assegurados para estes, o respeito aos direitos humanos é crucial para garantir a admissão e a proteção eficaz dos refugiados no país.

Com o anseio em que os indivíduos se encontram, sem que suas necessidades mínimas sejam atendidas, conjunto de pessoas migram em busca de condições para viver uma vida digna, migram para fugir de guerra, de uma crise econômica, da pobreza, e de outros cataclismos naturais. Instrumentos normativos conhecidos dentro do ordenamento como as Constituições de cada Estado trazem um tratamento diferenciado para pessoas que migram de seus Países de origem.

É notório, que com o passar do tempo, o aumento é significativo dos fluxos migratórios para o Brasil, não havendo uma evolução das políticas públicas de

[12] Nathali Nunes Salbego Acadêmica do curso de Direito Diurno na Universidade Regional Integrada do Auto Uruguai e das Missões – URI Campus de Santiago. Email: nathalinsalbego@gmail.com
[13] Laureani Pazzini Silveira é Técnica em Informática pelo Instituto Federal Farroupilha – Campus São Borja. Possui graduação em Direito pela Universidade Regional Integrada do Auto Uruguai e das Missões – URI Campus de Santiago. Email: laureanisilveira_@hotmail.com

acolhimento no Brasil, que acompanhe a grande demanda de fluxo migratório. Quando se trata em acolher os imigrantes, os interesses econômicos nacionais preponderam dentro das fronteiras e recebe-los não é tarefa condizente com seus interesses.

No ano de 2010, um terremoto atingiu o Haiti, causando uma destruição significativa, com estimativa de 300,572 mil feridos, a destruição foi tamanha que missões humanitárias foram enviada para o País, com finalidade de auxiliar no restabelecimento, a situação segue precária, com milhares de pessoas vivendo em situação desumana, com epidemia de cólera agravando ainda mais a vida daquelas que lá permanecem.

Assim, o Brasil passou a ser um local com alto índice de procura por imigrantes, em busca de melhores condições de vida, fugindo da atual catástrofe que o País se encontra. A atual situação exigiu uma nova reflexão sobre imigração, buscando uma nova legislação migratória, através de mecanismos eficientes para suprir tal necessidade.

2 O FLUXO MIGRATÓRIO: UM ESTUDO ACERCA DA POLITÍCA DE MIGRAÇÃO HAITIANA NO BRASIL

Como um dos princípios norteadores presentes na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 encontramos a dignidade humana, inclusive este, rege as relações do Brasil em âmbito internacional, dando enfoque na prevalência dos direitos humanos, a igualdade entre os Estados, a solução pacífica de conflitos, o repúdio ao racismo, a cooperação entre os povos para que se tenha um progresso humanitário e não menos importante, a concessão de asilo político. A Constituição Federal deixa claro, que todos são iguais perante a lei, que não deve ocorrer nenhuma distinção de qualquer natureza, garantindo assim, aos nacionais e estrangeiros, o direito a ter vida, liberdade, segurança, igualdade, entre outros. Assim, especificando no contexto haitiano, o próprio Brasil tem como responsabilidade a liderança da missão da ONU, para estabilizar o Haiti, com destaque para o comprometimento com os direitos de proteção das pessoas no caso concreto. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

O Brasil é signatário dos principais tratados internacionais de direitos humanos é parte da Convenção das Nações Unidas de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e do seu Protocolo de 1967. O país promulgou, em julho de 1997, a sua lei de refúgio (nº 9.474/97), contemplando os principais instrumentos regionais e internacionais sobre o migração. Assim, o Estatuto Estrangeiro, baseado em cicatrizes herdadas pelo período de ditadura militar, período conflitante, qual foi expulsado mais de mil refugiados do Brasil. Existem necessidade e urgência de uma nova lei, que não seja do estrangeiro, para suprir ás necessidades atualmente enfrentadas.

Importante diferenciar refugiados e imigrantes, pois os refugiados são pessoas que deixam seus países para escapar da guerra. A Convenção de Refugiados de 1951, realizada após a II Guerra Mundial, define refugiado como uma pessoa que por medo de ser "perseguida por motivos raciais, religiosos, de nacionalidade ou por fazer parte um grupo social ou ter determinada opinião política não está disposto a se colocar sobre a proteção daquele país". (PARRINELLO, 2015). Já os imigrantes são qualquer tipo de pessoa que sai de um país para outro, em busca de melhores condições de vida, fugindo da pobreza. Assim, todo e qualquer imigrante deve ser tratado igualitariamente e respeitado, levando sempre em consideração a dignidade que todos os seres humanos tem como direito primordial, muito além de qualquer regime vigente do lugar que estejam residindo.

Conforme Plácido e Silva (apud FARIA 2014, p. 700), imigração é:

> A entrada com ânimo permanente ou temporário, com intenção de trabalho ou residência, de pessoas de um país em outro, ou ainda, a introdução, em certo país, de pessoas de outra nacionalidade, com a intenção de ali se estabelecerem ou o adotarem como sua nova pátria.

O fluxo migratório oriundo do Haiti não pode ser caracterizado com imigrantes que buscam melhores condições de trabalho, não foi uma questão voluntária ou de uma simples escolha, mas sim, por um fator externo que tornou necessário deixar o País para sobrevivência, "a destruição foi tamanha que cerca de 403,176 mil prédios foram atingidos, causando a morte de 222,570 mil pessoas. (RIBEIRO apud REDIN, 2015, p. 57).

Em 1985, foi estudado a migração causada por questões ambientais, caracterizada como a migração daquelas pessoas que foram obrigadas a deixarem temporariamente ou permanentemente seu local que vivem, por causas ambientais.

> Refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo. Por declínio do ambiente se quer dizer, o surgir de uma transformação, tanto no campo físico, químico e/ou biológico do ecossistema que, por conseguinte, fará com que esse meio ambiente temporário ou permanente não possa ser utilizado. (RIBEIRO apud, REDIN, 2015, p. 57-58).

No ano de 2009, cerca de 55% dos haitianos viviam aproximadamente com 1,25 dólares por dia, assim, ficou evidente que grande parte da população não tinha acesso água e faltava alimentos em muitos desses lares. Cerca de meio milhão de crianças em idade entre 6 à 12 anos, não frequentava a escola, e assim, 38% da população era completamente analfabeta, gerando assim, uma exploração do trabalho infantil e do tráfico de mulheres. Com a catástrofe ocorrida no Haiti, que atingiu as cidades de Leogane, Jacmel e Porto Princípe, o rastro de devastação foi gigantesco, estimando que 3,5 milhões de pessoas haviam sido de alguma maneira atingidos. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

Conforme o relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), que foi realizado oito meses após o desastre, ainda existem 1,3 milhões de pessoas que estão deslocadas e estão em situação precária, acampados nos diversos assentamentos distribuídos ao longo do Haiti. O relatório elaborado pela ONG Human Rights Watch, afirma que aproximadamente mais de três milhões de pessoas foram afetadas pelo terremoto de 2010, e mais de 222.000 foram mortas, 300.000 feridas e pelo menos 1.600.000 ficaram desalojadas. O terremoto, causou um impacto tão forte, que esses efeitos foram além das fronteiras, onde cerca de 661 mil haitianos acabaram por sair dos locais afetados e buscar abrigo em outros países, inclusive aqueles mais de 160.000 que optaram por mudar-se para a região da República Dominicana, ficando hospedados na casa dos familiares tanto na área urbana quanto na área rural, estima-se que cerca de 4.000 vítimas feridas saíram do Haiti e foram em direção à República Dominicana, totalizando 20 mil pessoas. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

Na lei 9.474/97, não está previsto o refúgio por catástrofe naturais, o Estado Brasileiro não ignorou as correntes migratórias em virtude da crise humanitária profundamente agravada pelo terremoto de 2010 no Haiti, (REDIN, 2015), os órgãos responsáveis, que possuem por finalidade analisar os pedidos sobre reconhecimento de refúgio, quando conscientes que os haitianos não preenchiam os requisitos estabelecido pela lei 9.474/97, a fim de se suprir a questão legal, criou-se no Brasil, em janeiro de 2012, por meio da Resolução Normativa 97 de 12.01.2012, é estabelecido um instrumento jurídico nacional destinados a nacionais do Haiti que almejassem migrar para o Brasil por razões humanitárias, o chamado "visto humanitário". Nesse sentido, o visto humanitário tem funcionado como uma resposta complementar no caso de fluxos acentuados, tendo como finalidade combater o tráfico ilegal de pessoas e facilitar a chegada destas pessoas, em vista do exposto o visto humanitário deve ser aperfeiçoado para segurar a proteção à vida, integridade física e à liberdade. Por meio da Resolução 97 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), o período de vigência dessa Resolução é de dois anos, tendo sido prorrogado por mais 12 meses, ou seja, vigorará até janeiro de 2015. Inicialmente era previsto o limite de 1.200 concessões de vistos por ano, limite este que foi revogado posteriormente, em abril de 2013. (D'URSO, 2014).

Baseados no Direito Internacional dos Refugiados e na legislação brasileira pertinente, os haitianos realizaram a solicitação do refúgio, mas o Conselho Nacional de Refugiados (CONARE), entendeu que os motivos que eram apresentados pelos estrangeiros, como por exemplo, desastres naturais, econômicos e sociais, não encaixavam-se nas hipóteses elencadas através do direito internacional e na legislação brasileira. Assim, o CONARE encaminhou o caso ao CNIg, para que se obtivesse uma melhor solução para o pedido de refúgio, que optou por conceder o visto humanitário de residência, permitindo que estes haitianos possam estudar e trabalhar no Brasil, ficando a cargo do CONARE outorgar o protocolo que permite que estes obtenham o Cadastro de Pessoa Física (CPF) e a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). (DE MORAES, DE ANDRADE, MATTOS, 2013).

Grande auxiliador após a catástrofe haitiana, o Serviço Jesuíta aos Refugiados destacou o impacto do deslocamento dos haitianos para a América

Latina, com enfoque em países como Guiana Francesa, Venezuela, Equador, Colômbia, Peru, Bolívia, Chile, Argentina e Brasil.

> [...] Algumas hipóteses levantaram que a participação do Brasil na força de paz no Haiti, através da MINUSTAH, tenha despertado o interesse pelo país. Outra hipótese é de que ante o fechamento de fronteira da Guaiana Francessa - destino privilegiado dos haitianos na América do Sul - os mesmos foram impelidos a dirigir-se ao Brasil, onde esperam encontrar mais oportunidades de trabalho, dado seu crescimento econômico. (FARIA, 2012, p.85).

Alguns autores entendem que a imigração dos haitianos para o Brasil foi entusiasmada pela solidariedade e missões de paz que foram oferecidas pelo país aos que se encontravam em situação de calamidade no ano de 2010 na visita do Presidente da República, onde houve o entendimento de que foi realizado um convite explícito para que estes, que se encontravam em situação devastadora, migrassem para o Brasil para poder recomeçar com melhores condições de vida.

O Brasil foi afetado pelo fluxo migratório dos haitianos, em número menor, conforme dados oferecidos pela Coordenação Geral do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), onde 2.186 haitianos ingressaram no Brasil, solicitando refúgio, entre o período de 2010 até setembro de 2011, o principal ponto de entrada destes, são as cidades brasileiras de Tabatinga e Manaus, localizadas no estado do Amazonas, e Brasiléia e Epitaciolândia, no território do Acre, onde o percurso por estes realizado, inicia-se no Haiti, passando pela República Dominicana, seguindo ao Panamá, Equador e Peru, até que cheguem ao Brasil, sendo que muitos destes ainda passam do Equador para a Colômbia, para que ai sim ingressem no Brasil. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

Assim, fica evidente que a imigração haitiana para o Brasil, passou por três níveis, sendo o primeiro deste o ambiental, caracterizado por fatores de expulsão e atração, relações de comunicação e natureza. O segundo nível, é formado por fatores normativos, comportamentais e sociais, oferecendo suporte a esses indivíduos. E não menos importante, o terceiro nível, é o psicossocial que aprecia as expectativas e ações advindas das atitudes concretas dos indivíduos. (DE MORAES, DE ANDRADE, MATTOS, 2013). Conforme estimativa feita pelo Ministério das Relações Exteriores (MRE), até 30 de Junho de 2013, o fluxo de haitianos em território brasileiro já superava a marca de 10.000, assim, 6.052 estavam com seus

vistos permanentes regulares, conforme o memorando nº 907/2013 da Secretaria Nacional da Justiça do MJ.

Analisar o fenômeno da migração, pode ser útil na compreensão da situação dos haitianos, dessa forma:

> Evidencia-se que a leva de imigrantes provenientes do Haiti para o Brasil é fenômeno dinâmico, com variação de tempo e de espaço bem marcantes, pois, conforme dados do Conselho Nacional de Imigração – CNIg, órgão colegiado vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, no ano de 2010, foram concedidas autorização de permanência somente para 4 haitianos. Em 2011, foram 709, no entanto, em 2012, foram 4.682 e, até junho de 2013, foram 870 concessões. (DE MORAES, DE ANDRADE, MATTOS, 2013, p. 100).

Como forma de alavancar o desenvolvimento do Haiti, o Brasil tem diversos projetos no território, destacando o auxílio na construção da usina hidrelétrica no Rio Artibonite, ao sul do país. A Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMPRABA), promove o programa Empraba Hortaliças, incentivando a produção de hortaliças na região de Kenscoff, com financiamento da Agência Brasileira de Cooperação (ABC). Na Conferência Internacional para o Desenvolvimento Econômico e Social do Haiti, que ocorreu em 2007, em Madri, o Brasil assinou um acordo com o governo espanhol para a recuperação da cobertura vegetal da Bacia do Mapou, conhecido por ser um dos principais rios haitianos. (DE MORAES, DE ANDRADE, MATTOS, 2013, p. 101).

Outra forma de auxiliar na redução de violência no Haiti, é o esporte. O Ministério do Esporte brasileiro, em relação conjunta com o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), promove os programas Segundo Tempo e Pintando a Cidadania, possibilitando a prática de esportes durante as atividades realizadas pela escola, também foi disponibilizado a instalação de fábrica de bolas, onde aproximadamente duzentos detentos cumprem suas respectivas penas alternativas, exercendo um trabalho remunerado. Em apoio, encontra-se a Secretaria Especial de Políticas Públicas para Mulheres e o Ministério da Saúde do Brasil, que auxiliam na elaboração de um programa nacional haitiano que promove a prevenção de violência de gênero presente no país, além de auxiliar e manter os hospitais de campanha do exército e construir cisternas para a condução e fornecimento de água potável à população, estabelecendo em parceria com o

Canadá, o Programa Nacional de Imunização do Haiti, que trabalha com a realização de diversas campanhas de vacinação no país. (DE MORAES, DE ANDRADE, MATTOS, 2013, p. 102).

A atuação brasileira no auxílio aos haitianos através desses projetos acima elencados, dentre outros, através das ONGs transformou o país em um referencial para a população haitiana, levado assim, muitos migrantes do Haiti a optarem pelo Brasil como destino final para recomeçarem. Assim, esse fluxo migratório, além de ser causado por uma repulsão decorrente da crise política e socioeconômica em conjunto com as recentes catástrofes naturais, é influenciado pelos fatores de atração no Brasil.

O empenho por parte do governo brasileiro é crucial e necessário para a intensificação e liberação dos vistos e documentos para os haitianos:

> O Ministério Público Federal no Acre – MPF/AC, desse modo, ingressou com uma ação civil pública para que a União garanta os direitos humanos a esses imigrantes. Segundo a ação, assinada pelo procurador da república Anselmo Henrique Cordeiro Lopes, a falta do reconhecimento de refúgio aos haitianos consistiria violação de seus direitos e os colocariam em acentuada situação de vulnerabilidade, expondo-os a crimes típicos de exploração humana, como: prostituição, trabalho escravo, tráfico de pessoas, extorsões, entre outros. O procurador, também, afirmou que o Brasil tem atentado duplamente contra os direitos humanos desses indivíduos: ao deixar de prestar-lhes assistência humanitária adequada e ao dificultar-lhes o ingresso em território brasileiro.[14] (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ACRE, 2013, p. 105).

A proteção a chegada dos haitianos e haitianas ao Brasil trabalha em conjunto com os direitos humanos, essas perspectivas auxiliam na esfera jurídico internacional e nacional para que possa lidar com esse desafio. Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos quanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e

[14] O intuito dessa ação civil pública, destacava que o instituto do refúgio não está isolado no Direito Internacional e tem de ser compreendido como garantia de pleno exercício dos direitos humanos. A ação ainda argumenta que o direito ao refúgio não pode ficar estaticamente ligado ao fundamento da perseguição política, mas deve ser entendida em decorrência das novas ameaças aos direitos humanos, evidenciando a obrigação do Brasil de atender e acolher os haitianos, conforme o próprio texto constitucional. Por fim, importante ressaltar que a Lei 9474/97, estabeleceu que refugiado é todo aquele que “devido a grave e generalizada violação dos direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade e buscar refúgio em outro país”. (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, PROCURADORIA DA REPÚBLICA NO ACRE, 2013, p. 105).

Políticos, mencionam a liberdade de locomoção existente, e o direito de que possa ocorrer a locomoção deixando o país de origem.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), frisa a proibição da prática de expulsões coletivas, estando presente também em vários instrumentos dos quais o Brasil faz parte, dentre eles a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados em seu art. 33, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes, em seu art. 3º, servindo estes, para guiar o Brasil sobre aquilo que não deveria ser realizado com os mais de dois mil haitianos que chegaram no país. No que tange essa linha de raciocínio, pensa-se que essa abordagem aos direitos humanos, traz como uma de suas sugestões a ideia de que os Estados devem ter uma identificação para cada grupo de pessoas conforme suas necessidades, buscando fortalecer a proteção as vítimas que fazem parte deste fluxo migratório, onde encontra-se migrantes, refugiados, vítimas de desastres naturais, vítimas de tráfico de pessoas, crianças desacompanhadas, ficando a cargo do Estado, a responsabilização pela proteção às pessoas que se encontram em seu território, estando eles documentados ou não. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

Devido a situação que ainda assolava o Haiti, o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, António Guterres, e a Alta Comissária das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH), Navanethem Pillay, apelar aos países, para que estes não devolvessem os haitianos contra a vontade dos mesmo, pois a situação ainda era debilitada devido ao terremoto:

> Apesar das recentes eleições e das perspectivas positivas que apontam para a recuperação do país, o Estado haitiano segue debilitado pelo terremoto e ainda não se pode assegurar que as pessoas vulneráveis ou com deficiência, as pessoas com problemas de saúde ou vítimas de abusos sexuais, receberão a assistência adequada, em caso de retornarem ao Haiti. Neste contexto, os Governos deveriam abster-se de levar em frente retornos ao Haiti. (GODOY apud RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011, p. 50).

A Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDN), destaca que os Estados são obrigados a garantir e a respeitar os direitos de todos os trabalhadores, independente se estes são nacionais ou estrangeiros, pois estes migrantes que chegam aos diversos países, encontram-se em estado de total vulnerabilidade, onde seu país não tem mais condições de lhes oferecer o suporte mínimo de condição de

vida, e assim, tem que ser igualmente protegidos, como aqueles que estão em situação normal, tomando todas as medidas necessárias para que os direitos sejam garantidos e executados conforme é determinado.

Destaca ainda a Corte, que os países que fazem parte do Pacto de San José de Costa Rica, tem a obrigação de respeitar e proteger a igualdade entre todos, sem que ocorre qualquer espécie de discriminação, sendo estes direitos, vistos em conjunto, ou seja, o direito a igualdade deve ser respeitado através da garantia a não discriminação que é indispensável para à proteção aos direitos humanos. A norma é de eficácia erga omnes como a própria CIDN destaca, pois pouco importa se o indivíduo é nacional ou estrangeiro, mesmo que estes estejam em situação irregular, a própria Constituição Federal de 1988 defende essa posição. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

3 OS IMIGRANTES HAITIANOS E A FORMA DE TRATAMENTO DESTES NO BRASIL

Embasando-se nos princípios da legislação brasileira e também à luz do Direito Internacional, três cenários foram considerados pelo Estado brasileiro, até que se pudesse concluir uma solução humanitária para os haitianos. O primeiro destes, está ligado ao regime do Estatuto do Estrangeiro, que se volta aos imigrantes que desejam trabalhar de forma regular no Brasil. O segundo cenário, envolve o regime da Lei do Refúgio, motivado através da forçada migração dos haitianos, seguindo a aplicação de refugiado conforme recomenda a Declaração de Cartagena. Já o terceiro cenário, é aquele que analisa a proteção humanitária aos haitianos que foram obrigados a se deslocar a países diversos após a ocorrência de um desastre natural.

A chegada desses haitianos, provocou uma renovação e reflexão aos cenários que não estão previstos dentro da legislação migratória que vigora no país, pois o Estatuto do Estrangeiro que ainda vigora no país e que regulamenta a imigração no Brasil, é da época da ditadura militar, sendo marcado por resquícios da segurança nacional em relação à questão migratória. A desatualização dessa lei pouco tem ajudado na mobilidade humana, através disso, foi que surgiu a proposta da lei de migrações, preocupada os direitos humanos em conjunto com o direito

constitucional de proteção dos estrangeiros. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

Barreto (2007, p.31) apresentou em um de seus discursos a visão positiva da migração para o desenvolvimento dos países, na esfera econômica, cultural e social, afirmando que essas regras restritivas não tem sido eficazes para conter fluxos migratórios, criticando ainda a postura de não oferecer proteção adequada aos imigrantes de maneira irregular:

> Defendemos que o tema migratório seja tratado de maneira absolutamente vinculada aos Direitos Humanos. Temos como ideal assegurar a garantia do pleno exercício dos Direitos Civis aos imigrantes. Defendemos políticas de regularização imigratória. Defendemos um tratamento digno aos imigrantes. Defendemos a eliminação de todas as formas de xenofobia.

O Brasil, buscando seguir uma linha de raciocínio, o Projeto de Lei nº 5.655/2009 que trata sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros do território nacional, essa lei prevê a transformação do CNIg em Conselho Nacional de Migrações, tendo como competência também os emigrantes brasileiros, assim o art. 3º do referido Projeto de Lei diz:

> De acordo com o artigo 3º do mencionado Projeto de Lei, "A política nacional de migração contemplará a adoção de medidas para regular os fluxos migratórios de forma a proteger os direitos humanos dos migrantes, especialmente em razão de práticas abusivas advindas de situação migratória irregular. (GODOY apud RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011, p. 57-58).

Além de todas essas dificuldades que foram apresentadas pela legislação, o que tem ocorrido nas fronteiras do Brasil, é que grande parte dos haitianos que pedem refúgio ao ingressas no território nacional, assim, não deve-se apenas enxergar o fluxo migratório de haitianos como exemplo de migração voluntária, o Brasil precisa pensar na migração, como uma maneira forçada que os indivíduos foram submetidos.

As obrigações de proteção encontram-se elencadas na Convenção das Nações Unidas de 1951 em relação ao Estatuto dos Refugiados, deixando claro que a proteção deve ser estendida a todos os refugiados, sem que ocorra nenhum tipo de discriminação, pois os refugiados não podem ser penalizados por ingressar ilegalmente ou estarem de maneira irregular no Brasil, porque não se pode esperar

que aqueles que abandonam seus respectivos países devido a situação em que se encontravam expostos, façam o ingresso no novo país de maneira regular. Muitos temem ser perseguidos devido a sua religião, nacionalidade, opiniões políticas, raça, pois não estão em seu país, e em virtude disso, muitos tem medo de valer-se da proteção que é advinda do país que está acolhendo, assim, nos termos da Convenção:

> Temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (GODOY apud RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011, p. 58).

A Convenção de 1951 acaba por colocar um dever legal ao Estado que possa ser interpretado como uma exigência para que seja aceito qualquer refugiado, nem que seja feito em condição permanente. Assim, estabelece o direito de um indivíduo que está seriamente em situação de risco, podendo cruzar as fronteiras internacionais para buscar melhores condições de vida e segurança, até que as ameaças que estão presentes em seu país de origem, acabem, ou pelo menos diminuam. A própria Declaração Universal de 1948, elencou que todo homem vítima de perseguição, tem o direito de poder procurar e também de gozar de asilo nos demais países, ou seja, tanto a Declaração como a Convenção incluem o direito de que todos possam procurar e receber asilo, sendo estes, um dos primeiros instrumentos regionais e também de caráter convencional a contemplar esse direito. De acordo com o artigo 1º da Lei brasileira de refúgio de 1997, será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

> I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

O CONARE é o órgão responsável por decidir dobre o reconhecimento da condição dos refugiados no Brasil, durante a discussão sobre os haitianos, foi analisado o temor de perseguição sendo necessário a ampliação do conceito de refugiado, sendo levado três situações basilares em conta, de total relevância para a aplicação da Lei 9474/1997, em seu inciso III, os quais seriam, a incapacidade total de ação do Estado de origem, a carência de paz duradoura, o reconhecimento da comunidade internacional sobre a grave e generalizada violação de direitos humanos no território ou Estado em questão. Caso não encaixem-se aqui, aquele que solicitar ao CONARE, deverá demonstrar que existe ameaça contra a vida, a segurança ou a liberdade.

Outro ponto de destaque, refere-se ao conceito de refugiado trazido pela Convenção de 1951, que não incluía as vítimas de desastres naturais, a não ser que o desastre viesse junto com uma perseguição por um dos referidos motivos da legislação de refúgio. Dessa forma, o CONARE entendeu que a proteção das pessoas que não podem retornar aos seus países de origem, devido as catástrofes causadas pela natureza, deveria ser pensado para além do cenário elencado pela Convenção de 1951 e pela Lei de Refúgio brasileira. (RAMOS, RODRIGUES, ALMEIDA, 2011).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os fatores ambientais que assolam o Haiti podem contribuir para o aumento do movimento nas fronteiras, e assim, os mesmos não podem ser considerados como forma de reconhecimento para as condições de refugiados conforme os princípios norteadores do direito internacional e a lei brasileira do refúgio, pois a exposição dessas pessoas aos desastres as torna vulneráveis e a tendência a aumentar esses episódios de desastres naturais faz com que seja necessário que esses migrantes tenham uma proteção específica. Os direito humanos, caminham em conjunto para que a questão da garantia de proteção destes seja adequado, fazendo parte das obrigações universais às quais o Estado deve respeitar.

Com presença cada vez mais assídua dos migrantes haitianos, fica evidente a fragilidade do Brasil para lidar com a situação da imigração ilegal, a essa carência ainda encontra-se o Estatuto do Estrangeiro que foi instituído em 1980, durante o

período do regime militar, trabalho sob a ótica da Lei da Segurança Nacional, mostrando a fragilidade dessa lei, o que faz com que o CNIg expeça uma série de resoluções para abarcar e conseguir proteger, tendo base nas principais diretrizes para trabalhar o acesso migratório no Brasil. Esse processo de modernização, exige que o estrangeiros possam requerer o visto a qualquer momento, para que a formalização se torne um processo mais rápido e ágil, sendo de extrema necessidade que os brasileiros integrem esses imigrantes na sociedade, e lhes ofereçam as melhores condições de ensino e trabalho, para que estes integrem-se e passem a viver de maneira satisfatória e não mais ficarem expostos a vulnerabilidade. O Brasil é pioneiro no auxílio a reconstrução do Haiti, buscando cooperação efetiva para que a referida reconstrução ocorra, principalmente depois do terremoto de 2010, propondo-se que estes não sejam devolvidos aos seus países de origem devido a situação de peculiaridade em que encontra-se.

Assim, os haitianos no Brasil, devem realizar seu encaminhamento de refúgio ao CNIg, para que sejam analisadas as razões humanitárias que os trouxeram até o território brasileiro, permitindo que estes possam regularizar a permanência daqueles que ainda não são considerados como refugiados, e o que conclui-se é que o Brasil, adotou a opção constitucional de proteção dos estrangeiros, ou seja, independente se nacional ou estrangeiro, este terá direito a ser tratado igualmente por todos, tendo acesso a tudo que a Constituição Federal garante, como saúde, educação, segurança, entre outros. Dessa forma, o estado brasileiro abre os mecanismos de proteção humanitária, reconhecendo os direitos dessas vítimas de desastres naturais, procurando sempre uma solução criativa e complementar para o regime jurídico de proteção integral em construção.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Luiz Paulo Teles. Discurso da delegação brasileira no Diálogo de alto Nível das Nações Unidas sobre Migração e Desenvolvimento. **In: REFÚGIO, migrações e cidadania**. Caderno de Debates 2, Brasília: ACNUR; IMDH, 2007. p. 31.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: Acesso em 20 de abril. de 2017.

_____. **Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.** Disponível em: . Acesso em 20 de abril. de 2017.

_____. Ministério Público Federal – Procuratória da República no Acre. **Ação Civil Pública Refugiados Haitianos.** Rio Branco: MPF/AC. Disponível em: Acesso em 20 de abr.2017.

DE MORAES, Isaias Albertin. DE ANDRADE, Carlos Alberto Alencar. MATTOS, Beatriz Rodrigues Bessa. **A imigração haitiana para o Brasil:** Causas e Desafios. Conjuntura Austral, Número 20, Novembro de 2013. Disponível em: . Acesso em: 22 de abril. de 2017.

D'URSO, Flávio. A **questão dos refugiados e do visto humanitário**. 2014. Disponível em: . Acesso em: 20 de abril. de 2017.

FARIA, Andressa V. **A disáspora haitiana para o Brasil:** o novo fluxo migratório. Dissertação Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG, 2012.p.85.

GODOY, Gabriel Gualano. **O caso dos haitianos no Brasil e a via da proteção humanitária complementar.** In: RAMOS, André de Carvalho. RODRIGUES, Gilberto.ALMEIDA, **Guilherme Assis. 60 anos de ACNUR**: São Paulo: Editora CL-A Cultural, 2011.

PARRINELLO, Antonio. **Qual a diferença entre imigrantes e refugiados?** Disponível em: . Acesso em: 22 de abril. de 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional.** Editora Saraiva, 2014.



HUMANO E NÃO HUMANO NO JOGO DA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: A DIGNIDADE DA VIDA NO DISCURSO DA SOCIEDADE CIVIL PARTICIPATIVA

Karen Emilia Antoniazzi Wolf[15]

RESUMO: Este artigo objetiva realizar um estudo sobre a conexão refletida entre o modelo democrático deliberativo e o cosmopolitismo jurídico, partindo da extensão de direitos aos sujeitos não humanos, dentro de uma nova ordem mundial. Tal estudo justifica-se visto que a aceitação de uma nova ordem comum apenas será concebida no prisma de uma comunidade mundial de valores quando perpassar pela sua mola matriz: o bem comum e a paz enquanto instrumentos legítimos para a satisfação de necessidades elementares e naturais de todos os seres, humanos e não humanos, reconhecidos extranacionalmente, por políticas democráticas participativas. Com o fito de esclarecer a problemática-objeto do presente artigo: "é possível estender a condição de sujeitos de direitos aos não humanos numa ordem mundial democrática?", o marco teórico dessa pesquisa apresenta-se a partir de uma teoria de base crítica fundada numa revisão bibliográfica sobre o assunto. Para tanto, este artigo está dividido em duas partes, a primeira versa sobre a democracia: os direitos humanos e dos não humanos pelo prisma da deliberação; e a segunda versa sobre diálogos jurídico-culturais entre o modelo democrático deliberativo e o movimento cosmopolita: mecanismos de inclusão do sujeito não humano. A pesquisa baseou-se pelo método dedutivo-dialético, com procedimento histórico-bibliográfico, mediante fichamentos e resenhas. Por fim, foi possível concluir que as sociedades democráticas deliberativas são o ponto de partida, dentro da ordem universal, para estender a titularidade de direitos aos não humanos, a partir da concepção do bem comum.

Palavras-Chave: Cosmopolitismo. Deliberação. Democracia. Dignidade. Sujeito não humano.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os tempos da contemporaneidade não possuem limites e nem respeitam espaços. O certo se tornou incerto, a cronologia dogmática passou para uma instantaneidade fluída, forçando o Estado a conviver com diferentes atores em tempos diferenciados, dividindo espaços pautados por uma multidimensionalidade. Há uma geração de fadiga dos tradicionais conceitos antropocêntricos que guiam os povos e raças, na medida em que para ser possível trabalhar a paz mundial, numa tentativa de ordem justa, rumando a uma comunidade universal de valores, é

[15]Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Pós Graduação lato-sensu em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho com capacitação para o Ensino no Magistério Superior, pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria. Advogada. Professora de Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

imperativo rever o apego à tradição antropológica ocidental, dando uma nova roupagem ao comunitarismo em um contexto moderno.

A tradição dicotômica ocidente *versus* oriente precisam ser desencastelada, pois os saberes hoje são frutos de uma modernidade reflexiva, que ultrapassam os bancos acadêmicos. A cultura vertical, linearmente hierarquizada, passa a ser organizada em rede, horizontalizando-se com a moral e com o jurídico, já que o discurso de uma democracia participativa e de uma ordem cosmopolita começa a ganhar força, notadamente na ideia de revisitação de conceitos e instituições que são necessários à superação do dualismo global/local, nacional/internacional.

E para viabilizar essa nova ordem, numa tentativa de não só reforçar e solidificar as conquistas dos direitos humanos na escala mundial, como também para estender sua dignidade aos direitos dos não humanos na mesma intensidade, é que as sociedades democráticas devem ganhar força. A democracia é a forma de governo ainda menos injusta e na sua versão deliberativa é possível trabalhar a inclusão do outro e combater os sistemas de exclusão presentes nos palcos hegemônicos decorrentes da representatividade.

Nesse viés, a sociedade civil organizada lança mão de seu direito de liberdade de expressão e insere-se no contexto político, social e jurídico, reformulando o tradicional conceito de que somente os homens podem ser titulares de direitos. Ganha a força a teoria do discurso. Homens e não homens, pelo prisma da igualdade e da solidariedade cosmomundial, possuem direitos fundamentais, os quais, na moderna sociedade plural, devem ser plenamente efetivados.

O reconhecimento do diferente implica na compreensão de que outros seres (não humanos) são apenas o reflexo invertido da pessoa humana, na medida em que no jogo do côncavo (humanos) e do convexo (não humanos), as homogeneidades são escondidas apenas num primeiro plano. A ideia de que o homem é o centro do mundo (cavidade mais profunda no centro do que na superfície – antropocentrismo: tal e qual o espelho côncavo) é reformulada a partir da aceitação de que os seres não humanos (direitos arredondados na superfície pela nova ordem que deve ser o centro – biocentrismo: tal e qual a imagem convexa) são também pessoas dotadas de direitos.

Portanto, no mundo atual, a humanidade, como nova categoria jurídica, agora vista, ora como vítima (crimes contra a humanidade) e ora como detentora de direitos (patrimônio mundial comum, bens públicos mundiais e comunidade mundial de valores), não acomoda mais a tradicional separação entre o local e o global, nem a dualidade entre o binômio humano/não humano como vetor excludente de atribuição de direitos tradicionais a alguns seres vivos.

Nesse cenário, estendendo a ideia de democracia participativa, com a deliberação do coletivo sobre conflitos internos e externos, surge a recognição de que todos os seres vivos devem estar sob a concepção da dignidade da vida, estado esse que deve se alastrar por todos os espaços do mundo, na medida em que o reconhecimento e a aceitação do diferente é uma característica fundamental do projeto democrático-cosmopolita.

O cosmopolitismo combina a avaliação positiva das diferenças para conceber novas formas democráticas de organização política para além dos Estados nacionais, por intermédio de três princípios: a tolerância, a legitimidade democrática e a eficácia dos direitos fundamentais – os quais deverão ser estendidos aos não humanos.

Para conduzir a pesquisa adota-se como método dedutivo-dialético, pois os exercícios de análise e síntese dedutivamente realizados se propõem a verificar que o movimento democrático participativo abre as portas para a aceitação de novos sujeitos de direitos (não humanos), calcados nos conceitos do solidariedade e da paz, cujos valores devem ser observados por todos os ordenamentos jurídicos democratizados, na medida em que são pertencentes a uma comunidade mundial de valores.

Com o fito de esclarecer a problemática-objeto do presente artigo: “é possível estender a condição de sujeitos de direitos aos não humanos numa ordem mundial democrática?”, o marco teórico dessa pesquisa apresenta-se a partir de uma teoria de base crítica fundada numa revisão bibliográfica sobre o assunto.

Partindo da metodologia empregada, estruturou-se a pesquisa em duas partes assim distribuídas: a primeira parte intitulada “democracia: os direitos humanos e dos não humanos pelo prisma da deliberação”; e a segunda “diálogos jurídicos-culturais entre o modelo democrático deliberativo e o movimento

cosmopolita: mecanismos d inclusão do sujeito não humano". O estudo teve como marco teórico Jürgen Habermas, Ulrich Beck, Otfried Höffe e Boaventura de Sousa Santos.

1 DEMOCRACIA: OS DIREITOS HUMANOS E DOS NÃO HUMANOS PELO PRISMA DA DELIBERAÇÃO

Na sociedade contemporânea a pauta sobre direitos humanos ainda é assunto efervescente, apesar de muitos desses direitos assegurados nas cartas internacionais e nas constituições soberanas dos Estados, ainda tem aplicabilidade ineficiente, visto que não são incorporados socialmente pelo poder Executivo. Ainda, nem sempre todos os sujeitos de direitos são efetivamente titulares de direitos humanos, mas tão somente alvo de discurso deles.

Desde que a declaração universal dos direitos do homem foi firmada em 1948, positivou-se a máxima de que esses direitos não podem ser revogados por nenhum tratado internacional, lei, ou emenda constitucional, isto é, são dotados de caráter irreversível e indivisível, uma vez que são fundamentais, como assegura Norberto Bobbio (BOBBIO, 1997).

Nessa seara,tais direitos fundamentais e essenciais à dignidade humana estão atrelados às regras do Estado Democrático de Direito, pois uma democracia deve zelar pelo respeito das garantias sociais, bem como pelas liberdades de caráter individual, sendo que a dignidade, enquanto princípio norteador das políticas sobre direitos humanos, tem uma força expansiva, atrelada às exigências de justiça e de solidariedade.

> O princípio jurídico da dignidade da pessoa humana decola do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em sim mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte, isto é, se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte. A exibir na lapela da própria alma o bóton de uma originalidade que ao Direito só compete reconhecer até para se impor como expressão de vida comum civilizada" (BRITTO, 2012).

Portanto, a dignidade, como fonte dos direitos humanos deve ser valorizada e implementada pelos Estados Democráticos como diretriz irradiadora de efeitos

objetivos e subjetivos, dando ao povo um amplo instrumento de postulação pela implementação de políticas e princípios garantidores da efetivação de sobrevivência com um vida digna. E, no recitar dessa conduta obrigacional e reciproca de direitos e deveres, apresenta-se o papel do cidadão, e, assim, a cidadania, é a maior expressão de reivindicação e consolidação de direitos, a qual deve ser plenamente exercida na sua forma mais plural, por intermédio de manifestação de vontade livre, que dará margem ao fato de que somente a vontade dos sujeitos garantirá a validade das normas – é o subjetivismo ético garantindo a razão (HABERMAS, 1997). Esta também acrescenta que este deverá cumprir com seu papel social para não estar em pendencias com seus direitos. (BOBBIO, 1997).

Assim, a vontade e a opinião dos cidadãos, lastreada num discurso apto a legitimar a razão dá azo à legitimação dos direitos buscados, os quais serão efetivados por laços legislativos estampados nem um saber gramatical (ciência jurídica), o qual, se não for calcado no republicanismo plural, prestigiará apenas a vontade da maioria, excluindo do processo todos os cidadãos pertencentes às margens do projeto democrático.

Ademais, na balança entre dinheiro e poder, de um lado, e solidariedade entre povos e raças, de outro, sempre haverá o peso da política liberal como fator de exclusão dos sujeitos, entravando o pleno alcance da paz e da felicidade.

> O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir (HABERMAS, 1997).

Nesse contexto é que surge a crise do antropocentrismo, pois a necessidade humana de satisfação pessoal leva ao consumo desenfreado e a uma ilusão de felicidade, na medida em que essa política implica numa cadeia de efemeridade da paz social (mais consumo, mais produção, menos preocupação com o outro – inclusive com os não humanos). Assim, apenas com o estabelecimento de um pluralismo cultural e social sem fronteiras é que se pode cogitar na inclusão do outro e do diferente. Isso somente é possível pelo viés da solidariedade, pois ela é a

“vertente de escape para o impasse atual entre a garantia da dignidade humana e os interesses materialistas do mundo moderno” (NUCCI, 2016).

Assim, aos olhos da legalidade, o estabelecimento de cidadania e do papel do cidadão é uma formalidade universal, pois em todos os países há um determinado regime normativo, órgãos competentes e formas de governos e parlamentos no quais buscam organizar o Estado de Direito, bem como estabelecer os limites para que a ordem democrática seja mantida. Por isso, a vontade e a opinião são vetores de participação que legitimam os processos democráticos e, para tanto, o povo necessita de uma argumentação geral, baseada em processos informacionais fidedignos, capazes de estabelecer marcos de produção e solidificação de direitos ao redor do mundo.

Portanto, ao mencionar universalidade de direitos humanos, a participação cidadã deliberativa é medida que espelha uma sociedade unida e única, ou seja, estabelece uma ligação entre todos os países, o que pode ser denominado como Redes de Comunicações, no qual se encontram interligadas para aplicar melhorias e decisões justas e com efeito para todos (COMPARATO, 2003).

A teoria deliberativa apresenta um modelo de democracia participativa focada na participação pública para a tomada de decisões em fases de deliberação, sendo assim apta a gerar decisões mais justas, uma vez que contam com a participação social. Esse modelo de democracia visa o cidadão como ator político, eis que em cada seguimento sociala pessoa será parte integrante de decisão. Também há o usoda parte do juízo, no qual busca analisar os pontos e pautas para atingir uma abordagem de modo racional, e o desenvolvimento de uma ação coletiva responsável, com a unificação de um corpo coletivo. Há ainda a necessidade de desenvolvimento do pensamento com um objetivo e propósito determinado, pois sem um objetivo e foco de direção não há como obter uma concretude.

Ressalta-se que nesta modalidade de democracia a legitimidade das decisões políticas é resultante de diversos processos de discussões, no quais são norteados e derivados de alguns princípios que se estendem desde a inclusão social, até a igualdade e participação da sociedade.De acordo com Habermas (1990), a democracia é representada pela ideia de inspiração de pensamento como uma nova modalidade de discussão e debates, bem como o uso da linguagem na participação

ativa durante a fase de deliberação. Destaca-se que na chamada deliberação participativa há um processo no qual a sociedade civil encontra-se organizada mediante a representatividade de um papel de interlocução de autoridade social pública.

Deste modo, sendo a democracia um mecanismo político que é apto a modificar preferências (vontades dos sujeitos) por intermédio de discussões públicas, para ser viável estender direitos aos sujeitos não humanos (que não são dotados de racionalidade), é necessário reinterpretar o Estado Democrático de Direito pela Teoria do Discurso (HABERMAS, 1997), pois o nível discursivo das comunicações e deliberações gera um poder capaz de atribuir validade e eficácia à razão predominante na cabeça de cada cultura, formando a política nacional (ou até mesmo mundial – no caso do cosmopolitismo democrático) da vontade, da opinião e da deliberação. Esse modelo democrático perpassa pela ideia do pluralismo, no qual implementa a participação pública de forma direta, ou seja, um processo continuo de críticas e discussões a respeito de valores sociais, bem como normas e reflexão social. (HABERMAS, 1968).

Para Lüchmann (2002), esta modalidade de democracia concentra-se em uma inclusão de cidadãos dotados de mesmos direitos, ou seja, não carrega um critério de um ordenamento social, político ou econômico, sendo assim,tais fatores não podem ser preceitos para retirar um integrante do processo de deliberação pública, pois não há distinção de membros. A mola matriz é o Princípio do Bem Comum, usado, nas palavras de Habermas(1990), para o alicerce de um debate de cunho deliberativo e que tem por objetivo visar à promoção de um estado benéfico para todos, ou seja, trata-se da aplicação de uma equidade tal como uma justiça social.

Há também o Princípio da Participação, trazendo a ideia da inclusão, garantindo a participação e a integração de todos em um debate e discussão para que seja exercido e desempenhado o direito de argumentação e o exercício de voto. De acordo com Lüchmann (2002), a democracia deliberativa trata da inclusão de processos de justificação, isto é, a promoção de debates públicos no qual exercita o livre exercício de palavra entre os cidadãos, na medida em que eles possuem as

mesmas condições na participação do poder público. Os cidadãos irão deliberar de forma argumentativa e racional com o objetivo de uma decisão coletiva.

A deliberação, portanto, abre espaço para um diálogo mútuo e contínuo, para uma tomada de decisão de cunho provisório, pois ela sempre pode ser revogada, alterada ou até mesmo reintegrada, visto que, mantem-se aberta para questionamentos futuros. A participação popular na arena da esfera pública traz uma análise de cunho sociológico que apresenta o conceito de uma mudança de estrutura, ou seja, esta busca demonstrar uma teoria democrática pelo princípio do bem comum, com uma abrangência maior e calcada em uma unificação social (COMPARATO, 2003).

A composição de um espaço social torna-se imprescindível, pois a mediação propõe diálogos no qual propicia discussões e exposição de pontos de vista diferenciados. Neste sentido ocorre a exposição de um espaço administrativo, bem como a comunicação do mundo com os setores privados, isto é, um espaço de deliberação de cunho público, ao qual permite uma abrangência de relação. A esfera pública, portanto, se constitui pela unificação de espaços sensíveis ao âmbito da comunidade e da sociedade, sendo que eles irão desempenhar a função de filtrar sistemas para que seja realizada uma síntese de contribuições e argumentos, para que sejam organizados, institucionalizados e reunidos em uma resolução ou decisão a fim de produzir efeitos e exercer a influência nos processos da regulação de poder.

> E podemos tomar como ponto de partida a ideia de que a pratica de argumentação forma um foco no qual se encontram intuitivamente os esforços de entendimento de participantes da argumentação de diferentes procedências. Pois conceitos tais como verdade, racionalidade, fundamentação e consenso desempenham o mesmo papel gramatical em todos os idiomas e em todas as comunidades linguísticas, mesmo sendo interpretados de forma diferente e aplicados segundo critérios distintos (HABERMAS, 1997).

Assim, ao estabelecer vetores responsáveis pelas organizações de ideias e da representação de conhecimento geral dentro dos espaços públicos (verdade e consenso, por exemplo), a democracia deliberativa impõe o domínio discursivo aberto. Preza pelo processo de conversação civil, promovendo uma interação social como uma modalidade. E assim a inclusão do outro vai surgindo, calcado nos topos comuns de cada cultura diferenciada, eclodindo pela ecologia dos saberes o diálogo

dos sistemas funcionais, formando a linguagem de um direito reflexivo, que deve culminar uma gramática comum. E é no diálogo portanto estabelecido entre Habermas (1197) e Boaventura (2016) que a democracia deliberativa encontra amparo no múltiplos *topoi* que podem culminar na cosmovisão mundial de proteção não só aos homens, mas aos não homens, como reflexo invertido da humanidade.

2 DIALOGOS JURIDICOS-CULTURAIS ENTRE O MODELO DEMOCRÁTICO DELIBERATIVO E O MOVIMENTO COSMOPOLITA: MECANISMOS DE INCLUSÃO DO SUJEITO NÃO HUMANO

No intento de se consolidar uma comunidade universal de valores, rompendo de certa forma o pensamento ocidental dominante, necessário se faz o desenvolvimento do bem comum e da paz mundial mediante ruptura com os conceitos jurídicos tradicionalmente antropocêntricos. Nesse sentido, Ulrich Beck (2006), ao tratar dessa premente indispensabilidade da paz interna, dita que é fundamental aceitar a diversidade como forma de integração dos povos, ao tratar de temas sobre universalismo, nacionalismo e cosmopolitismo, chegando a convicção de que somente aceitando o outro com suas diferenças é que será possível alcançar a uma nova máquina de felicidade.

Percebe-se assim que as diferenças entre os povos, que antigamente deram margem a uma imposição de dominação colonial, baseada numa hierarquia totalitária, hoje são sinônimos de tolerância e integração, posto que somente o reconhecimento de igualdades desiguais abrirá o caminho para uma paz e para o bem viver coletivo mundiais. É imperativo que se converta o princípio denominado por Beck *o esto o eso* no que ele chama de princípio *no sólo sino también.* Ao fazer esse reconhecimento dar-se-á novas vestes à solidariedade, tanto moral, quanto juridicamente, forçando as estruturas estatais nacionais a abraçarem uma modernização reflexiva calcada num reconhecimento mútuo.

Menciona Beck (2006) que a evolução das sociedades modernas se caracteriza por uma descontinuidade fundamental, tanto política quanto cientifica-econômica, sendo necessário que surjam novas instituições calcadas no cosmopolitismo reflexivo, notadamente porque se vive em tempos de globalização.

Esse novo cenário cosmopolita com proliferação de vários atores causa impactos nas diversas formas de interação, de comunicação e de cooperação, fazendo com que surjam novos sistemas de vigilância e de controle, os quais refogem ao conceito de estado democrático de direito. Ressurge a ideia dioginiana de cidadão do mundo, para consolidar a premissa de que a ascensão dos direitos do homem, incluindo o das minorias, e quiçá o dos não humanos, representa certo declínio do Estado-Nação.

É importante recordar que a figura humana sempre esteve no centro das relações nacionais e internacionais e os símbolos dos seus direitos encontram albergue na cultura ética da hospitalidade kantiana. Assim, o Estado, como organização formal dotado de unidade administrativa interna e destacada soberania, é repensado e costurado por um modelo multissetorial, começando a partilhar novos espaços dentro e fora de territórios delimitados.

Ao mesmo tempo, a sociedade civil, no exercício de sua liberdade, começa a atuar em diversas áreas, dando um novo panorama a quem são os sujeitos de direitos. O primado da igualdade, que uniformiza e torna as diferenças invisíveis passa a sustentar uma nova bandeira, a de que a essência comum a todos os homens (e aos não homens) decorrem de direitos fundamentais. É imperativo abrir espaço para uma sociedade plural, onde o estabelecimento regras reconhecem sujeitos menores, hoje não aptos a desfrutar da plenitude de seus direitos. A âncora do Estado-Gerente, que mantém a estrutura unificada, deve ser reformada pelo viés da alta modernidade, forçando o reconhecimento do diferente e calcando no homem o dever de abandono à coisificação, de humanos e não humanos.

E a possibilidade de reorganização, readaptação e reabsorção de novos conceitos jurídico-culturais, para humanizar a mundialização, notadamente no tocante a quebra do paradigma antropocêntrico em relação à dotação de direitos ao não humano, está ancorada, portanto, modelo da democracia deliberativa, com a introdução códigos próprios aptos a implementar a circulação do poder pelo Estado de Direito (HABERMAS, 1997).

É imperativo garantir a participação popular em espaços deliberativos para a imposição de regras, normas e princípios e, ao final, dotar o Estado de instrumentos hábeis a fazer valer a filosofia hermenêutica dessa real materialização de poder, é

uma necessidade latente que clama por uma nova visão do Direito, enquanto ciência jurídica apta a harmonizar uma multivivência e a produzir a paz social: o cosmopolitismo jurídico. Com base nos princípios da democracia deliberativa, pois apenas as sociedades democráticas podem ser cosmopolitas, percebe-se que esses diferentes campos públicos fizeram surgir as mais complexas redes de integração e comunicação entre os povos, dotando os Estados de mecanismos úteis à consagração do bem comum.

Enraizado em Kant (2004), o ordenamento jurídico cosmopolita abraça a mútua influência entre homens e Estado, em prol de um espírito universal de humanidade. Nesse sentido, em seu Primeiro Artigo Definitivo para a paz perpétua, Kant escreveu que a Constituição fundada, primeiro, segundo os princípios da liberdade dos membros de uma sociedade (enquanto homens). E essa carta republicana, soberana de uma nação, também o é de outra nação, cuja convivência entre elas deve ser harmoniosa o suficiente para assegurar a hospitalidade e o direito de visita, aproximando cada vez mais o gênero humano de uma constituição cosmopolita. Ao tratar do cosmopolitismo, Ulrich Beck (2006) define que a sociedade pós-moderna sobreviverá se reconhecer a diversidade, que antes era um problema, sendo hoje uma solução, posto que o multiculturalismo irá agregar diferença e integração.

Resulta claro que a concepção cosmopolita do direito exsurge num cenário universal e globalizado, no qual os Estados estarão em posições igualitárias de soberania, embora esse conceito agora seja relativizado e mais elástico. Isso porque a deliberação é o símbolo da democracia e o trampolim para a sua legitimidade e, no intuito preservativo desse processo, se mostra imprescindível que cada indivíduo esteja apto a formar e reformar suas opiniões num círculo de discussão com seus concidadãos.

Para que isso seja viável, os cidadãos devem se conhecer e confiar um nos outros. A solidez do procedimento para a tomada de decisões acertadas implica num comprometimento mútuo, que é garantido pela lealdade comum enquanto membros da humanidade. No plano interno, o processo democrático tem que ser, ele mesmo, o motor da integração social. Os cidadãos devem se unir em torno do respeito à constituição e da garantia das liberdades individuais, de modo a permitir a

convivência pacífica das diferenças culturas, étnicas e religiosas, umas com as outras.

Contudo, em um mundo onde os Estados não são mais a única fonte de regulação política, não basta ser cidadão de um Estado, é preciso também ser cidadão do mundo; ou seja, é necessário que existam canais de participação que permitam aos indivíduos intervirem nos processos decisórios que se realizam nos planos supra ou transnacional. Mas para Habermas, o que é fundamental para que essas reformas sejam efetivas é a transformação na consciência dos indivíduos, uma transformação que nos permita falar em termos de uma política interna mundial. Ele deposita suas esperanças menos nas negociações entre os Estados e mais nos "[...] movimentos sociais e organizações não governamentais, ou seja, os membros ativos de uma sociedade civil que vai além das fronteiras nacionais" (HABERMAS, 2001, p.74).

Assim, a grande e efervescente inquietação reside no papel dos Estados, nesse cenário cosmopolitizado, e é novamente em Beck que as primeiras luzes raiam nesse panorama mundial, pois é do próprio movimento jurídico cosmopolita que surge a validade ilimitada das normas, desde que desligadas de qualquer tipo de vinculação. Nesse contexto, ao permitir novos conceitos políticos e jurídicos oriundos de um direito comum, universal e universável, estar-se-á proclamando que um atentado contra um homem (e um sujeito não humano), aqui ou acolá, representa uma afronta aos seres em qualquer parte do mundo.

Imperativo, nesse diapasão, que exista uma forte vontade política das bases democráticas, apta a transformar a integração em uma estratégia de estado para que não sucumba às maiorias parlamentares ou às sucessões governamentais. E é evidente que a existência de uma vontade política popular implica que as vantagens e os inconvenientes da integração sejam repartidos equivalentemente. Em face da recorrente resistência dos governos em honrar a estratégia de integração de Estado, é indispensável que o processo seja adotado de instrumentos com a necessária eficácia jurídica, a começar pela existência de uma Corte de interpretação dos textos acordados. O poder constituído pelos Estados-membros estará além e acima deles. Sem essa mínima institucionalização, o processo de integração ficará ao sabor das crises pontuais que marcam naturalmente esses processos.

Assim, o conceito de instituição do Estado no mundo, representando um espaço territorial delimitado, onde é possível que seus cidadãos nacionais exerçam seus direitos e cumpram seus deveres, revela-se atualmente desgastada e deve ser recortada por uma perspectiva futura para que os homens e os não homens vivam em uma ordem de paz e direito em sentido global. É fundamental que os ambientes econômicos, sociais, ambientais e políticos se insiram numa dimensão globalizada, implicando, assim, no afrouxamento dos limites da soberania nacional.

Entretanto, é necessário conhecer várias dimensões dessa globalização, em decorrência da intensificação das relações em escalas mundiais que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais podem ser modelados por eventos que ocorrem a milhas de distância. Esse novo padrão de interdependência desafia o estado nacional a reorganizar suas fronteiras em virtude da conexão global dos fluxos financeiros emergentes dos novos atores. Aquele conjunto de competências atribuído ao estado soberbo exercitável no plano da independência e da igualdade é relativizado, na medida em que a nova sociedade mundial torna porosa a igualdade soberana estatal no campo jurídico.

Somente a transnacionalização compreendida com uma introdução na teoria do direito de uma terceira dimensão jurídica (o cosmopolitismo), com ascensão do poder da democracia dos povos é que será possível abraçar novos princípios rumo a uma ordem jurídica justa. Haverá então o direito nacional, o direito internacional e o direito cosmopolítico, que é fruto do desaguamento de uma justiça social.

Otfried Höffe justifica a necessidade da existência de uma ordem jurídica e estatal justa para viabilizar a ordem de paz e direito em sentido global. Esse ritmo frenético provoca uma sobrecarga dos estados nacionais, que ainda passam a sofrer, consequentemente, destituição de seus poderes. Cada vez mais fica claro que a ordem jurídica estatal internacional baseada na soberania dos estados nacionais não é suficiente para garantia de uma ordem justa. É preciso fazer uma República das Repúblicas Livres, entendida como uma nova ordem mundial justa, para velar pela segurança e o direito de autodeterminação dos Estados Nacionais e nada mais (HOFFE, 2005).

Posto isso, ao estabelecer um diálogo com um espaço na constelação globocosmopolitizada, para atribuir direitos aos não humanos, tem-se num primeiro

parâmetro, o fato de que a humanidade compreendeu que, na esfera do terreno e do efêmero, nada é mais almejado do que a paz e o bem viver, pois esses bens encerram uma promessa de vantagens terrenas, embora o homem se empenhe com todos os outros homens em prol da paz e, finalmente, embora a paz represente a forma de coexistência natural – afinal de contas, pode reinar a paz perfeita sem guerra, mas não a guerra sem a participação da paz (HÖFFE, 2005).

E é aliando a visão de Höffe, Habermas e Beck que, no cenário democrático cosmopolita encontrar-se-á o caminho para a possível atribuição de direitos aos sujeitos não humanos. Todos os autores partilham o seguinte entendimento: sempre que for vantajoso, lança-se mão dos direitos humanos, e quando houver perigo de danos, prefere-se deles se abster. Uma ordem global que conduza a um reconhecimento imparcial dos direitos humanos em escala mundial não é desejável e, portanto, inatingível pela via paz (HÖFFE, 2005); a dignidade que atribui o status de cidadania alimenta-se da valorização republicana dessa atividade democrática e da respectiva orientação para o bem comum (HABERMAS, 2012); o cosmopolitismo combina a valoração positiva da diferença com a intenção de conceber novas formas democráticas de organização política além dos estados nacionais, por intermédio da tolerância, da legitimidade democrática e da efetividade (BECK, 2006).

É imperativo, portanto, que se fomente a potência da hibridação. Boaventura de Sousa Santos fornece nesse contexto, uma importante ferramenta para essa situação. Ao tratar da hermenêutica diatópica, frisa que a humanidade necessita estabelecer uma globalização contra-hegemônica entre os povos, por intermédio de um cosmopolitismo de insurgência, emancipatório. Apenas com um diálogo multicultural os homens passarão a compreender que todas as culturas são relativas e possuem seus símbolos máximos (*topoi*) e que as diferentes percepções do que seja a dignidade para cada uma dessas culturas é o ponto de partida para a aceitação das diversas igualdades e diferenças (complexidade intercultural). Assim, partindo da premissa de que muitas culturas são biocêntricas (estendendo aos não humanos muitos direitos que outras culturas garantem apenas aos homens), é deveras limitada visão de que somente a pessoa humana possa ser titular de direitos.

As inúmeras constelações de *topoi* fortes (europeia, americana, africana e asiática) formam premissas de argumentos de uma cultura para outra, na medida em que cada uma das culturas isoladas é incompleta, sendo imperativo reconhecer múltiplas concepções de dignidade dos povos para tentar abolir a subjugação e a exploração. É imperativo reforçar os laços de solidariedade coletiva, sem a qual nenhuma sociedade consegue sobreviver. O diálogo intercultural deve tomar espaço no sistema mundial, não só para garantir uma política liberal de direitos humanos, mas para contradicotomizar a relação com o não humano na arena dessas lutas transfronteiriças.Assim, resta claro que o reconhecimento de incompletudes de cada cultura nos força a um diálogo, posto que por essa abertura é possível criar solidariedades pelas diferenças, quebrando a ideia de que somente o *topoi* da dignidade humana/não humana é passível de proteção pelo ordenamento jurídico.

A hermenêutica diatópica requer não apenas um tipo de conhecimento diferente, mas também um diferente processo de criação de conhecimento. A hermenêutica diatópica exige uma produção de conhecimento coletiva, interativa, intersubjetiva e reticular. A designação de uma nova modalidade de personalidade jurídica aos animais não humanos, conduzida a partir da perspectiva de outras culturas é um caminho ao diálogo interativo e universal acerca de direitos coletivos, de direitos da natureza, de seres inumanos, bem como a noção de deveres e responsabilidades para com entidades coletivas, sejam elas a comunidade mundial ou o próprio cosmos (SANTOS, 2008).

Não cabe mais o julgamento entre culturas distantes no tempo e no espaço, mas apenas a compreensão de manifestações mais amplas que regem o mundo. Portanto, sem distinguir o princípio moral básico de que a igualdade no mundo do direito deve partir de uma relação sólida e solidária com os animais não humanos, é possível entender que a não extensão da dignidade a esses seres simboliza uma atrocidade merecedora de reprimenda. Calcada no velho preconceito cultural e popular de que o homem é o senhor do universo é fácil relegar minorias raciais e seres não humanos a uma categoria jurídica e moral desprendida de dignidade.

Essa tênue linha divisória entre o sofrimento de um humano e de um não humano passa apenas pelo limite da senciência, uma vez que é inegável o fato de que todos os seres vivos experimentam algum tipo de dor, prazer ou felicidade.

Como em tempos passados o homem foi capaz de infligir dor ao seu próprio semelhante (escravos, dominação colonial), na atualidade, embora legalmente proibido de o fazê-lo, não abortou essa prática, e pior, não tomou a necessária consciência de que uma dor sentida por um não humano é tão má quanto a dor sentida por um humano. Certo é que nesse contexto, com a nova revisitação de soberania e de democracia, apenas com a superação desses déficits, diminuindo a distância entre as instituições comunitárias e os cidadãos do mundo é que surgirá uma sociedade global multicultural integrada de forma sistêmica com primazia de direitos subjetivos não só os homens, mas aqueles que pertencem a outras categorias.

Desse modo, a cooperação voluntária dos estados em aceitar direitos morais e jurídicos universalmente válidos passa por um refinamento num conceito de dignidade, de bem viver integrado com a natureza, assim entendida como modernização normativa. Ser digno é possuir a autossuficiência elementar primitiva, puramente natural, não fazendo sentido distanciar os seres não humanos dos seres humanos. Apenas com a satisfação de suas necessidades interiores, capazes de proporcionar bem estar, é que surge a paz interna, que se exteriorizará ao nível dos estados como consequência da boa ordem reinante nos seres.

Surge claro, portanto, que a transição da cultura antropocêntrica para a biocêntrica dentro de um ordenamento cosmopolita-democrático passa pela satisfação dos direitos de não receber tratamento cruel e torturante tanto de humanos como de não humanos, elevando ao patamar jurídico a paz, o bem comum e a felicidade como patrimônios mundiais comum de valores, que deverão ser internalizados pelos estados membros por intermédio de tratados internacionais para além das fronteiras das nações, dentro da institucionalização de uma nova república mundial. A ética jurídico-estatal não poderá renunciar a uma paz universal no sentido da moral jurídica, ou seja, a paz global que abrange todos os indivíduos humanos, todos os estados e também os inumanos.

Nessa seara, os estados democráticos devem perceber e reconhecer na alteridade, no sentido de que somos todos filhos do mesmo cosmos, a renúncia ao antropocentrismo para colocar humanos e não humanos no mesmo plano, partindo do bem viver e da paz como valores chaves, sendo elevados a categoria de bens

supremos, para alcançar o cosmopolitismo habermasiano juridificado na integração das forças sociais naturalizadas, para alcançar a ordem cosmopolita hoffeniana jurídica e justa, para qual a paz é um bem de alto valor existencial passando pelo cosmopolitismo reflexivo beckiniano de reconhecimento mútuo de divergências entre as pessoas como mecanismo político responsável pela instauração de uma nova república – culminando com o cosmopolitismo hermenêutico diatópico e emancipatório de Boaventura.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da constatação de que os Estados-Nação estão sujeitos a uma abertura e um espaçamento de seu poderio político, econômico e, até mesmo, jurídico, o conceito de soberania deve ser elasticizado, na busca o aperfeiçoamento de um manancial intercultural de aceitação das diferenças. A ideia de que qualquer ser vivo reinante no planeta é digno de proteção pelo universo cosmopolitizado, encerra a percepção, antes velada, da premente imperatividade de múltiplas normas que costuram uma nova sociedade mundial. Estender o reconhecimento de direitos tidos inadmissíveis a outras espécies (que não a raça humana) é fundamental para o alargamento da mente, da alma e das fronteiras, que culminará com a elucidação do sentimento de pacificação social.

Travando diálogos de diversas vertentes, perpassando por diversas matrizes, é viável conceber a inteligência normativa da criação de uma nova categoria jurídica aos não humanos, a de seres sensitivos, dotando-lhes de uma personalidade jurídica cosmo-animada (termo criado pela autora desse artigo), livrando-os das atrocidades e barbáries das quais sempre foram vítimas. Identificando nos inumanos a extensão da dignidade que as culturas ocidentais emprestam somente aos humanos, dar-se-á um grande passo rumo a uma comunidade mundial de valores, calcados na solidariedade cosmopolita advinda da legitimidade multicultural de diversos *topoi.*

O bem estar dos povos americano, africano, europeu, asiático e oceânico depende da referência sólida no sentido de que todo ser vivo dotado de um sistema nervoso é capaz de experimentar dor, sofrimento, prazer e felicidade. Independente

da raça, da etnia, da condição humana ou inumana, a paz da vida se prolongará na medida em que o homem for capaz de entender que um mal que pratica a um mal é um mal que pratica contra toda a humanidade.

Desse modo, no mundo cosmopolita na sociedade pós-moderna, é imperativo incorporar os valores do bem comum para dentro de uma ordem mundial, posto que apenas mudanças generalizadas nas sociedades atingirão os Estados, em suas instituições e, também no campo jurídico.

Os não humanos serão titulares de direitos, por todo o globo, na medida em que o modelo comunitário participativo, com a aceitação explicita do caráter plurinacional dos Estados despertar a consciência nos homens de que a abertura para a mudança real de injustiça social e opressão de minorias para o desejo de fazer parte de uma sociedade solidária começa com o deslocamento do marco antropocêntrico e termina com a absorção e aceitação das diversas cosmovisões espalhadas ao longo do mundo.

E essa percepção só se apresentará aos Estados pela teoria da política democrática deliberativa, pois através do diálogo entre diversos atores em múltiplos palcos públicos, será possível estabelecer propostas capazes de levar a sociedade à emancipação de suas amarras. Somente com o rompimento do paradigma de denominação do homem sobre o não homem, para construir uma nova relação baseada na solidariedade e de cooperação com a natureza, abandonando o pensamento de exploração e dominação fundado no modelo do antropocentrismo cartesiano, é que estar-se-á diante da plenitude da concepção do bem comum e de inclusão de minorias nos processos participativos.

Assim, para ultrapassar a crise do insustentável limite antropocêntrico, urge descolonizar o pensamento estruturado pelas ideias do progresso econômico a qualquer custo, para incorporar a filosofia do bem comum e da paz aos ordenamentos normativos.

A união das duas faces de um mesmo referencial, que espelham direitos iguais, em sentidos opostos (côncavo e convexo) ocorrerá, na esteira da argumentação delineada nesse trabalho, com a percepção pelo homem de que é tempo de uma emancipação ecológica. Com o estendimento da condição de sujeito de direito aos não humanos, numa sociedade cosmomundial-democrática, o

caminho para o estabelecimento da paz e do bem comum estarão abertos, simbolizando a convivência harmônica do homem com ele mesmo e com os demais seres vivos, numa comunidade mundial de valores universalmente reconhecida.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf Acesso em 20.Mar.17

BECK, Ulrich; GRANDE, Edgar. **La Europa cosmopolita**. Barcelona: Gráfiques 92 S.A., 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BOFF, Leonardo. **¿Vivir mejor o «el buen vivir»?** Disponível em: <http://www.otrodesarrollo.com/buenvivir/buenvivir_leonardoboff.pdf>. Publicado em: 30 Mar. 2009. Acesso em: 25 Jun. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Cultura e Democracia**. São Paulo: Moderna, 1984.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **Povos Indígenas na América Latina: Progressos da Última Década e Desafios para a garantia de seus Direitos**. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/1/S1420764_pt.pdf>. Publicado em: Fev. 2015. Acesso em: 20 Mar.17.

COMPARATO, Fábio. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GREGORI, Isabel Christine de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo Latino-americano e Biodiversidade: Limites e Perspectivas de um sistema "sui Generis" de proteção aos direitos fundamentais das comunidades tradicionais**. *In*: Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 65, pp. 285 – 320. Publicado em: Jul/Dez. 2014.

HABERMAS, Jürgem. ***Soberania popular como procedimento****. Portugal, 1990.*

_____. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

HOBBES, Thomas. **Diálogo entre um filósofo e um jurista**. São Paulo: Landy, 2004.

HÖFFE, Otfried. **A Democracia no Mundo de Hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JIMENÉZ, Augustín Grijalva. **Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador**. In: SANTOS, Boaventura de Souza; JIMENÉZ, Augustín Grijalva. Justicia Indigena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Publicado em: Out. 2012.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua e outros opúscolos**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2004.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. **Possibilidades e limites da democracia deliberativa: a experiência do orçamento participativo de Porto Alegre**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000246426> Campinas-SP, 2002. Acesso em: 10 mar. 2017.

MORAES, Gemana de Oliveira. FREITAS, Raquel Coelho. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-americano, tendências contemporâneas**. Curibita: Juruá, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direitos humanos *versus* segurança pública**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OST, François. **A natureza à margem da lei**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

RIBAS, José Vieira. **Refundar o Estado: O Novo Constitucionalismo Latino-Americano**. Disponível em: < http://www.direito.ufg.br/up/12/o/24243799-UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano.pdf?1352146239>. Publicado em: Mar. 2009. Acesso em: 24 Jun. 2016.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Cuando los excluidos tienen Derecho: Justiça indígena, plurinacionalidad e interculturalidad**. In: SANTOS, Boaventura de Souza; JIMENÉZ, Augustín Grijalva. Justicia Indigena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador. Publicado em: Out. 2012.

_____. **Por uma concepção multicultural dos direitos humanos**. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF> Acesso em: 07.jun.2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo e direitos sociais no Brasil**. São Paulo: Acadêmica, 1989.



A CORRUPÇÃO E SUA DEVASTAÇÃO NO BRASIL: A (IM) POSSIBILIDADE DE COMBATER O FENOMENO E PRESERVAR OS DIREITOS HUMANOS

Francisco Ribeiro Lopes[16]
Marielle Flores Schmitt[17]

Resumo: A presente pesquisa trabalho objetivo central analisar a corrupção no Brasil bem como enaltecer a efetivação dos direitos humanos na sociedade brasileira. Dessa forma,a corrupção está intimamente ligada à cultura e educação dos povos, tendo ênfase principalmente nos países subdesenvolvidos, propiciando o aumento das causas de desigualdade social. Ressalta-se, a necessidade de uma profunda investigação dos fatos ilícitos e o enfrentamento da tarefa de por fim aos estímulos sistêmicos à prática da corrupção, o financiamento empresarial de campanhas eleitorais e combate desses fatos através da Lei 12.846/2013. Nesse sentido, mesmo havendo uma Lei para barrar as práticas corruptivas o Brasil precisa e necessita de melhores gestores públicos para a efetivação dos direitos humano, ou seja, o fenômeno da corrupção assombra a sociedade e causa danos sociais irreparáveis. Dito isso, combater a corrupção é trazer respaldo aos direitos humanos violados com frequência em nosso país que clama por dias melhores. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo e o método procedimental monográfico observando influências e aspectos do problema. Menciona-se que a presente pesquisa não tem como objetivo sanar o debate técnico sobre o tema supracitado, mas sim corroborar/proporcionar aos interessados uma nova visão sobre os conflitos da sociedade moderna.

Palavras-chave: Brasil; Corrupção; Direitos Humanos.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É conhecido na sociedade brasileira que o dinheiro público em vários momentos são desperdiçado e até mesmo desviado diariamente nos três níveis da Administração Pública da Federação, mediante práticas corruptas como a simulação

[16]Mestre em Derecho Empresario com orientación em mediación y resolución alternativa de conflitos pelo InstitutoUniversitario ESEADE; Especialista em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal- ESMAFE/POA; Especialista em DerechoEmpresario com orientación em mediación y resolución alternativa de conflitos pelo Instituto Universitario ESEADE; Graduado pela Faculdade de Direito de Santa Maria; Mediador no Centro de mediação e Prática Restaurativa-CEMPRE/FADISMA; Membro da Academia de Letras e Artes Sepeense-ALAS ocupa a cadeira de número 15- Patrono Carlos Drummond Andrade; e-mail: francisco_l@yahoo.com.br
[17]Acadêmica do 8º semestre no Curso de Direito da FADISMA. Integrante da Cátedra deDireitos Humanos sob responsabilidade da professora Ms. Patrícia Dos Reis na Faculdade Metodistade Santa Maria – FAMES. Membro do Grupo de Estudos Regularização Fundiária Urbana vinculadoao Núcleo de Direito Ambiental e Urbanístico (NUDAU) Sob supervisão dos professores Pietro ToaldoDal Forno e Flávia MichelonCocco na FADISMA. Integrou a 4ª Turma do Núcleo de Web Cidadania(NEW) com certificação Sênior. Sob responsabilidade da professora Liana Merladete na Faculdadede Direito de Santa Maria - FADISMA. Endereço eletrônico: mariellefloresschmitt@yahoo.com

de dados ou documentos para "legalizar" despesas não realizadas ou realizadas a menor custo, relações pessoais e corrupção.

Ressalta-se que em nosso país vivemos em uma crise de moralidade e que, não fosse por isso, já estaríamos inseridos no "primeiro mundo". Nesse passo, é notório que todos os brasileiros reconhecem esse fato, mas não se dão conta de que também contribuem individualmente, para isso, na medida em que o cometem pequenas ilegalidades e agem naturalmente ao fato, ou seja, o famoso jeitinho brasileiro que persiste em permanecer em nossa cultura.

Nesse contexto, a corrupção está intimamente ligada à cultura e educação dos povos, tendo ênfase principalmente nos países subdesenvolvidos, propiciando o aumento das causas de desigualdade social. Com o advento da CRFB/88 o Ministério Público passou a ser órgão de função essencial à justiça, defendendo o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o disposto no artigo 127 da Constituição Federal/1988.

Assim, é o órgão de maior atuação no combate à corrupção contra a Administração Pública, através de amplas investigações e denúncias de diversos funcionários públicos, a exemplo da Operação Lava Jato, em parceria com a Polícia Federal e órgãos como o Tribunal de Contas da União e o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle.

Destaca-se que a Lei 12.846/2013 pune empresas corruptoras, a criminalização do caixa 2 de campanha eleitoral, a aplicação da Lei da Ficha Limpa para cargos públicos e o cumprimento da Lei de Transparência e da Lei de Acesso às Informações sendo um mecanismo legal para combater o fenômeno que assombra a sociedade brasileira.

Nesse passo, se faz necessário abarcar que a cultura de corromper e ser corrompido, atualmente, atinge níveis alarmantes no âmbito das atividades da Administração Pública nos três níveis da Federação, podendo ser diagnosticada como uma das maiores, senão a maior, causa da pobreza e miséria.

Enaltece que muitos fatores contribuem para a elevação dos níveis de corrupção e esta indagação tem sido feita entre os estudiosos, mas não tem uma resposta uniforme, pois a corrupção afeta também as sociedades desenvolvidas. Há

registros da existência de práticas de corrupção em todas as fases históricas, variando somente em grau amplificação.

Para analisar a corrupção se faz necessário recorrer a Sociologia, como registra Martins (2000, p. 33), é esse o ramo do conhecimento humano que se envolve, desde o seu início, "nos debates entre classes sociais, nas disputas e nos antagonismos que ocorriam no interior da sociedade, buscando explicações que sempre contiveram intenções práticas, desejo de intervir no rumo da civilização, tanto para manter como para alterar os fundamentos que a impulsionam e a tornaram possível."

Assim, a presente pesquisa efetuou analises sobre teorias e particularidades da corrupção em face dos direitos humanos através do método dedutivo bem como a investigação dos fatores que influenciam os aspectos inerentes através do método procedimental monográfico para corroborar com a pesquisa.

Importante mencionar que o presente trabalho busca justificar que a tolerância dos brasileiros às práticas corruptivas chega a ser caracterizável como um estado de anomia social, sendo que a sociedade brasileira parece o estar paulatinamente superando nos últimos anos e (re) pensando em uma nova sociedade.

2 A CORRUPÇÃO E SEUS DESAFIOS: É (IN) VIÁVEL?

Ao abordar o conceito de corrupção, que pode ser entendido de forma ampla, mas tem origem do latim corrupta, junção das palavras cor (coração) e rupta (quebra, rompimento), é o ato ou efeito de se corromper, oferecer algo para obter vantagem em negociata onde se favorece uma pessoa e/ou prejudica outra.

Dessa forma a corrupção se intensificou a partir dos anos 90, com a globalização e o envolvimento de diversas corporações transnacionais em atos de corrupção. A partir de então, surgiram diversos mecanismos de cooperação internacional, tais como a Convenção da OCDE; a Convenção da OEA; e a Convenção das Nações unidas contra a Corrupção, entrando em vigor no Brasil em meados dos anos 2000.

A renomada autora Starling (2008, p. 259) onde conceitua o fenômeno da corrupção, agrega-se:

> A palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo que se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite o cidadão associar-se para intervir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão.

Nesse contexto, o fenômeno da corrupção se alastra por toda a sociedade através de pequenos gestos diários tais como estacionar em lugar não permitido, não devolver valores que não as pertencem e assim é o cotidiano envolvendo esses comportamentos que várias pessoas utilizam para levar vantagens.

O autor Cavalcante (2006, p. 23), por sua vez, destaca quatro outras situações em que a corrupção pode ser perpetrada: a corrupção financeira; a corrupção moral; a corrupção religiosa; e a corrupção social.

Dessa forma, a busca pelo luxo e riqueza a qualquer preço são apenas algumas das formas existentes adotadas pelo ser humano para prevalecer sobre os seus semelhantes, como bem enfatizou Rousseau (2005, p. 151): “o luxo ou é o efeito de riquezas ou as torna necessárias; corrompe ao mesmo tempo o rico e o pobre, um pela posse e outro pela cobiça; entrega a pátria à frouxidão e à vaidade; subtrai do estado todos os cidadãos para subjugá-los uns aos outros, e todos à opinião”.

Destaca-se que a corrupção intensificou-se no Brasil com o fenômeno da globalização e do advento do sistema capitalista, em que o ser humano passou a produzir e consumir de forma demasiada e descontrolada, visando obter vantagem financeira.

Nesse passo, a corrupção está presente em atos comuns e corriqueiros do dia a dia, como por exemplo, adquirir produtos piratas, ultrapassar o sinal de trânsito, oferecer dinheiro para o segurança com o intuito de entrar mais cedo em alguma festa e não enfrentar filas, entre outros tantos exemplos que percebemos com o passar do tempo,

Para Tokars (2008, p. 155) comenta sobre a corrupção que envolve dinheiro público, como um dos mais evidentes freios ao desenvolvimento da sociedade, cita-se:

> Um dos maiores e mais vergonhosos freios ao nosso desenvolvimento é a corrupção. Ela nos conduz ao atraso por gerar a primazia do conhecimento pessoal sobre a eficiência, obstando a entrada no mercado de empresários tecnicamente capacitados, mas que não conhecem os caminhos do poder; de outro lado, consolida-se a posição de estruturas economicamente incompetentes, mas que bem atendem aos interesses daqueles que detêm as chaves do mais endinheirado dos cofres: o cofre do estado.

É nesse contexto já mencionado que a corrupção acontece em diferentes áreas com um intuito central de levar vantagem da forma mais ampla sem se preocupar com o que acontece com os demais demonstrando que a pessoa corrupta visa à vantagem seja qual for e independe se vai ou não prejudicar outros.

3 A REPREENSÃO A CORRUPÇÃO ATRAVÉS DA LEI 12.846/20130: UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL NO COMBATE AO FENÊMENO E AO PESSIMISMO DOS BRASILEIROS

No Brasil uma das investigações mais comentadas dos últimos tempos é a operação lava-jato e seu poder de comandar uma rede criminoso que envolve políticos conhecidos de nosso país. Lamentável que os que deveriam dar exemplo com o dinheiro público são os que desviam para seus confortos e para uma organização criminosa.

ParaFilgueiras (2012, p. 301) realiza uma atividade que envolve a corrupção e o sistema político, agrega-se:

> Representa momentos de mau funcionamento das organizações do sistema político, que criam sistemas de incentivo para que esse tipo de comportamento se torne comum na política. Estes momentos de mau funcionamento do sistema institucional da política estão associados ao fato de as organizações do sistema ser pouco adaptáveis às mudanças, simples, sujeitas à captura por parte da burocracia do Estado e pouco coesas.

Assim, a Lei 12.846/2013 tem como objetivo punir/sanar as empresas corruptoras, a criminalização do caixa 2 de campanha eleitoral, a aplicação da Lei da

Ficha Limpa para cargos públicos e o cumprimento da Lei de Transparência e da Lei de Acesso às Informações bem como regrar e conscientizar a todos que a lei em questão possui um fator primordial para o avanço da coletividade.

Destaca-se o artigo 5º da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção brasileira) que foi extraído das Convenções, que também deu origem aos artigos do Código Penal brasileiro, tais como o artigo 333, igualmente, em relação à Lei de Concorrência (Lei nº 12.529/11), possibilitando que o Brasil desse um passo à frente em face ao combate à corrupção e seus avanços que impossibilitam o progresso do nosso país que clama por dias melhores.

Com isso, é importante citar a operação “Lava Jato”, que decorre da investigação do Ministério Público Federal da cidade de Curitiba no ano de 2014 sendo uma operação que investigou esquemas realizados por empreiteiras, funcionário da Petrobras, operadores financeiros e agentes políticos onde trouxe ao conhecimento da sociedade o esquema fraudulento e seus inúmeros desvios de dinheiro público.

Dessa forma, a investigação supracitada é a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil bem como evidenciou vários recursos desviados dos cofres da Petrobras.

Ressalta-se, que o Ministério Público como fiscal da Lei e principal órgão de combate a corrupção trouxe a baila a verdade sobre a corrupção que assombra nosso país, colaciona-se:[18]

> Em contrapartida, a notável e premiada internacionalmente Operação Lava Jato descobriu o maior escândalo de corrupção da história de nossa nação, e apresentou números expressivos no que se refere a denúncias criminais oferecidas (44), prisões realizadas (171), e valores recuperados (R$ 2,9 bilhões) e repatriados (R$ 659 milhões). Tal êxito foi obtido por uma série de fatores, tais como (1) competência técnica e experiência dos integrantes da Força Tarefa em suas respectivas áreas de atuação – Ministério Público; Polícia Federal e Receita Federal – bem como Poder Judiciário; (2) condenações a penas expressivas de alguns réus no “Caso Mensalão”; fato que gerou o temor de criminosos de colarinho branco de igualmente sofrerem altas condenações, resultando, assim, nas colaborações premiadas; e, principalmente (3) pelo acompanhamento e apoio da sociedade brasileira.

[18]MACEDO, Fausto. **Corrupção: o papel da sociedade nesse combate.** Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/corrupcao-o-papel-da-sociedade-nesse-combate/> Acesso em 09 de mai. de 2018.

Assim, o esquema corruptivo era feito por empreiteiras, que faziam licitações clandestinas para conseguir os contratos da Petrobras, que era conhecido e camuflado por funcionários da Petrobras.

Destaca-se, quantas benfeitorias poderiam ser realizadas para a sociedade com objetivo de proporcionar uma vida mais digna ou até mesmo a própria dignidade (forma mais ampla do significado) para os cidadãos brasileiros. É lamentável que o Brasil está composto por grandes fraudadores que custam muito caro para a nação brasileira que clama por dias melhores e por melhorias na saúde, segurança, moradia, entre outros.

4 OS DIREITOS HUMANOS E A CORRUPÇÃO: COMBATER PARA AMPLIAR DIREITOS

Destaca-se que a corrupção vem enfraquecendo os Direitos Humanos na medida em que se tem resguardado pela Constituição Federal/1988 os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

A autora Benevides (2009, p. 5) salienta que os direitos humanos são universais, naturais e históricos, sendo ligados diretamente à natureza humana e superam fronteiras jurídicas e a soberania dos Estados bem como pode sofrer a interferência de movimentos de caráter social e político, cita-se:

> Os Direitos Humanos são universais no sentido de que aquilo que é considerado um direito humano no Brasil também deverá sê-lo com o mesmo nível de exigência, de responsabilidade e de garantia em qualquer país do mundo, porque eles não se referem a um membro de uma sociedade política; a um membro de um Estado; eles se referem à pessoa humana na sua universalidade. Por isso são chamados de direitos naturais, porque dizem respeito à dignidade da natureza humana. São naturais, também, porque existem antes de qualquer lei, e não precisam estar especificados numa lei, para serem exigidos, reconhecidos, protegidos e promovidos.

Os direitos humanos são aqueles inerentes ao ser humano, os quais podem ser desfrutados por todos independente de cor, raça, sexo, nacionalidade, religião, opinião política, classe social e demais fatores. Os direitos humanos são universais

e visam garantir e proteger a liberdade e a dignidade da pessoa humana independente de distinções (DIÓGENES JÚNIOR, 2012; NUNES, 2010).

De acordo com Mbaya (1997, p.21) enaltece que os direitos humanos estão interligados a vários fatores, colaciona-se:

> A percepção dos direitos humanos está condicionada, no espaço e no tempo, por múltiplos fatores de ordem histórica, política, econômica, social e cultural. Portanto, seu conteúdo real será definido de modo diverso e suas modalidades de realização variarão. Em vista de tal diversidade, reflexo da própria diversidade das sociedades e das concepções do homem, uma pergunta essencial se faz: há uma concepção universal dos direitos humanos? Mais precisamente, tais direitos, cuja universalidade somos levados a admitir de chofre, referindo-nos a muitas declarações, pactos, cartas e convenções, não seriam produto de condições históricas, especificamente ocidentais?

ParaSarlet (2001, p. 60) em seu magistério enaltece a importância da promoção e da preservação da dignidade, colaciona-se:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a 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 dos demais seres humanos.

Dessa forma, os Direitos Humanos se fazem necessário o seu reconhecimento e o respeito ao outro, entendido como a aceitação do diferente, seja em relação a aspectos culturais, físicos, étnicos, religiosos, políticos, sociais e econômicos. Nessa senda, (re) tratar das questões dos Direitos Humanos significa não apenas defender os direitos próprios, individuais e também buscar a defesa dos direitos que envolvem a sociedade como um todo.

Com isso, tratar os direitos humanos como forma de resguardar e enaltecer direitos é reconhecer que a sociedade moderna precisa ser tratada de forma humana e a corrupção é um mal que fere direitos e garantias fundamentais para a sociedade, colaciona-se:

> [...] os Direitos Fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional,

> por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humanos como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional (...) Direitos fundamentais possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado (SARLET, 2001, p. 33-34).

Salienta-se que corrupção no Brasil é prova viva de que perdemos direitos fundamentais para uma sociedade que sofre com tanta precariedade, tais como: falta de hospitais (estrutura, equipe, materiais), moradia, saneamento básico, educação, entre outros. A falta de investimentos em nosso país está ligada em vários momentos pela corrupção instaurada em nosso país.

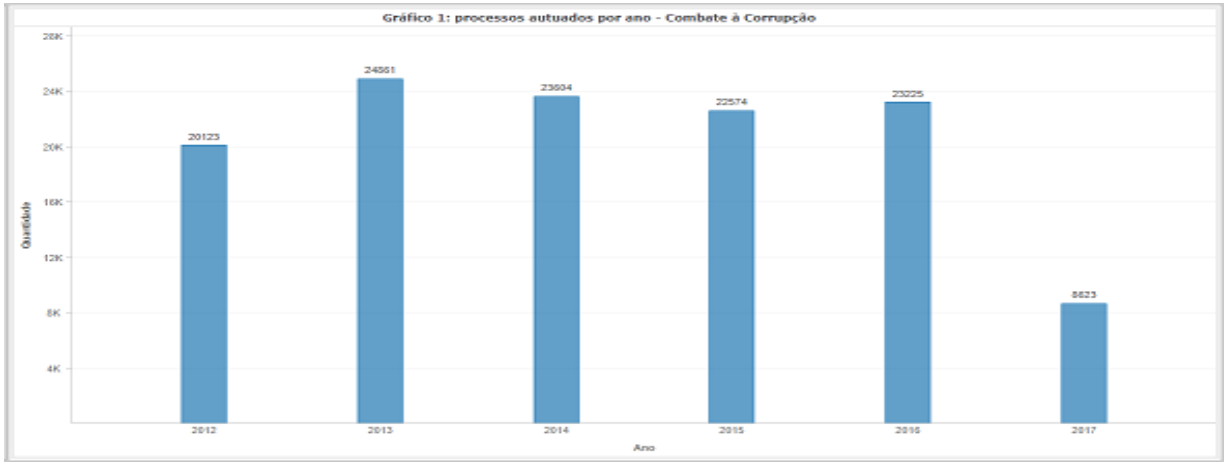
Menciona-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 trouxe em seu texto não só a proteção à liberdade, representada pela proteção aos direitos civis e políticos, mas também valores como trabalho, instrução, saúde, lazer e também a inserção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

O autor Leal (2014, p.13), alerta para a violação de direitos humanos quando o Estado não se compromete com as suas obrigações, como se depreende:

> Há clara violação de Direitos Humanos quando um ato ou omissão do Estado não se encontra conforme suas obrigações de respeito, proteção e efetivação daqueles Direitos sob sua jurisdição. Todavia, para que se tenha mais clareza em tais questões, é importante determinar que condutas são perquiridas por parte dos Estados relacionadas a cada Direito, e isto depende, no mínimo, dos precisos termos e condições das responsabilidades destes Estados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais– até em face do argumento normativo-positivista de obrigatoriedade legal das instituições estatais que impera no país, com reflexos na dificuldade dogmática do reconhecimento de vinculatividade daqueles Direitos vigentes nos Tratados e Pactos internacionais ainda não plenamente incorporados na legislação nacional.

A ideia de boa administração requer mais do que mera intenção, especialmente no tocante ao combate efetivo a atos de corrupção, que prejudicam seriamente a adoção de políticas públicas de concretização de direitos fundamentais, conforme já citado.

Forçoso mencionar a atuação do Ministério Público Federal[19] no combate à corrupção sendo realizados através da ferramenta de Business Intelligence, que permite a extração de gráficos e tabelas interativos para o acompanhamento dos casos de corrupção sob investigação pelo MPF. Dados como números de procedimentos instaurados por ano, por Estados, e tipos de ilícitos cometidos, colaciona-se:



Enaltece que a corrupção em nosso país está instaurado enfraquecendo direitos e garantias de todos os brasileiros que precisam e clamam por dias melhores. Assim, no ano de 2017 já são 8.623 processos autuados em face da corrupção, sendo que esses números crescem todos os dias prejudicando todos os brasileiros, os cofres públicos e os avanços que o nosso país tanto precisa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa trouxe à necessidade de combater a corrupção no Brasil para efetivação dos direitos humanos e progresso para nossa sociedade.

O trabalho, em primeiro momento trouxe a reflexão do fenômeno da corrupção e os diversos mecanismos de cooperação internacional bem como os desafios do Brasil. Logo, trouxe a Lei 12.846/2013 e o objetivo de punir/sanar a corrupção/corruptores para sanar e conscientizar a todos que a lei em questão

[19] Informação retira do endereço eletrônico <http://combateacorrupcao.mpf.mp.br/estatistica> acesso no dia 09 de maio de 2018.

possui um fator primordial para o avanço de nossa sociedade. Dito isso, trouxe uma análise sobre os direitos humanos e suas garantias bem como a análise que a corrupção enfraquece os direitos e garantias de nosso povo que sofre com os absurdos do fenômeno da corrupção.

Salienta-se, que a corrupção é sem dúvida um fator que atrapalha no desenvolvimento econômico do país, reduzindo investidores, diminuindo a competitividade e o crescimento da economia do país, por isso é importante que o país tenham uma boa percepção da corrupção, que é decisivo para as melhorias dentro do país. Nesse contexto, os países que possui pouca corrupção tem um maior IDH- Índice de Desenvolvimento Humano.

Assim, a corrupção está intimamente ligada à cultura e educação dos povos, tendo ênfase principalmente nos países subdesenvolvidos, propiciando o aumento das causas de desigualdade social. Com o advento da CRFB/88 o Ministério Público passou a ser órgão de função essencial à justiça, defendendo o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o disposto no artigo 127 da nossa Constituição Federal de 1988.

Percebe-se que os mecanismos internacionais de combate à corrupção que foram internalizados pelo Brasil possibilitaram um grande avanço não somente no combate, mas na prevenção e punição deste ilícito, possibilitando que pessoas jurídicas sejam responsabilizadas por atos de corrupção, bem como a criação da Lei Anticorrupção brasileira no ano de 2013 (Lei 12.846/13) sendo um importante avanço importante para a sociedade como um todo.

Dessa forma, a corrupção e sua repercussão como elemento violador dos direitos humanos, tivemos a oportunidade de verificar que essa conduta criminosa cresce alarmantemente em nossa nação, fruto do contexto histórico de exploração em que crescemos, bem como pela difundida crença na impunidade, na ilegalidade consentida, amparada por uma ordem jurídica ineficiente sendo uma prática cada vez mais corriqueira em nosso país trazendo inúmeros retrocessos bem como há necessidade de uma conscientização no combate a corrupção e enaltecer que os direitos humanos é uma importante conquista para o mundo, onde defender direitos é garantir a humanização da sociedade.

É na concretização de direitos e na luta constante para combater a corrupção que a sociedade brasileira pode ter avanços como um todos bem como sonhar com um país mais digno, igualitário e descente. Dessa forma, conclui-se que combater a corrupção é garantir a efetivação dos direitos humanos e se queremos pessoas justas devemos ensinar o que é Justiça.

REFERÊNCIA

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 15 de Setembro de 2017.

BENEVIDES, Maria Victoria. **Cidadania e direitos humanos**. IEA. 2009. Disponível em: www.iea.usp. br/artigos. Acesso em: 25 abr. 2010.

CAVALCANTE, Ruszel Lima Verde. **Corrupção, origens e uma visão de combate**. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira – Edições FAP, 2006.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível emhttp://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750> acesso em: 09 de mai.de 2017.

FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: **AVRITZER** L; et. al. (Org.) Corrupção: ensaios e críticas. Belo horizonte: UFMG, 2012.

LEAL, Rogério Gesta. SILVA, IanaiêSimonellida, organizadores. **As múltiplas faces da corrupção e seus efeitos na democracia contemporânea**. EDUNIS. Santa Cruz do Sul. 2014. Disponível em: HTTP://www.unisc.br/portal/upload/com_editora_livro/as_multiplas_faces_red.pdf. Endereço eletrônico acessado em 09 de mai. 2018.

MARTINS, Carlos Benedito. **O que é sociologia** (Coleção Primeiros Passos: 57). São Paulo: Brasiliense, 2000.

MBAYA, E. R. **Gênese, evolução e universalidade dos direitos humanos frente à diversidade de culturas.** São Paulo, Revista Estudos Avançados, 1997.

ROUSSEAU, Jean Jaques. **O Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. São Paulo: Nova Cultural, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. **In AVRITZER, Leonardo (org.). Corrupção**: ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

TOKARS, Fabio. Das Falhas de Mercado às Falhas de Estado, in **Revista Jurídica, Faculdades Curitiba**, n. 21, Temática n. 5, 2008.



JÜRGEN HABERMAS: UMA DISCUSSÃO SOBRE DIREITO, FATICIDADE E VALIDADE

Carolina Da Silva Pereira[20]
Cristiano Eduardo Wendt[21]

Resumo: O presente artigo surge das discussões realizadas na disciplina de Filosofia de Direito do Curso de Direto da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santiago; tendo como objetivo analisar o pensamento do filósofo e sociólogo Jürgen Habermas. De modo especial no que tange suas discussões acerca do Direito, facticidade e validade. Na busca de realizar esta tarefa será utilizado como base teórica de investigação o primeiro capítulo da obra *Direito e Democracia*; realizando sempre que necessário a relação com doutrinadores que se dediquem à esta temática. Visualizando uma possibliidade de entendimento o presente trablaho trará à baila as seguintes problematizações: a) substituição da razão prática pela razão comunicativa; b) tensão entre facticidade e validade no interior da linguagem; e por fim c)dimensões da validade do Direito.

Palavras-chave: Direito; Faticidade; Validade; Agir Comunicativo; Habermas.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho traz uma discussão acerca do filósofo e sociólogo Jürgen. Considerado um dos mais importantes pensadores da atualidade, em suas obras trata de discussões acerca do direito, das ciências sociais, da necessidade de fundamentação de estruturas éticas baseadas na criação de consensos linguísticos, de estruturas de políticas alicerçadas na participação popular, entre outras temáticas de mesma envergadura.

Será tomado como ponto central de discussão o primeiro capítulo da obra *Direito e Democracia*, intitulado *O Direito como Categoria da Mediação Social entre facticidade e validade*; para auxiliar no entendimento da tensão que existe entre a

[20] Graduanda do V semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Santiago- RS. E-mail: caroolpereira3667@gmail.com
[21] Mestre em Educação, pelo PPGE - Mestrado em Educação da Universidade de Passo Fundo - UPF/RS, na linha de Fundamentos da Educação; Pós-graduado em Epistemologia e Metafísica pela Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS/Erechim; Cursa Pós-Graduação em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) Possui graduação em Filosofia (Lp) pela Universidade de Passo Fundo (UPF/RS). Concentra sua área de atuação e pesquisa em filosofia da educação, fundamentos da educação, ensino de filosofia, racionalidade, pedagogia e iluminismo, formação de professores. Atualmente é professor da URI/Santiago. E-mail: cristiano.wend@urisantiago.br

facticidade do direito e a sua validade. Considerando que a teoria habermasiana decidiu trabalhar o direito através da sua teoria do agir comunicativo e substituído a teoria da razão prática.

Para melhor esclarecer o problema proposto, optou-se pela divisão deste escrito em três momentos, a saber, I) A substituição da Razão Prática pela Razão Comunicativa; II) Tensão entre Facticidade e Validade no Interior da Linguagem; e por fim III)Dimensões da Validade do Direito. Com isto pretende-se facilitar o caminho para uma possível resposta ao problema proposto. A metodologia utilizada versa sobre a pesquisa bibliográfica a partir do método dedutivo.

2 SUBSTITUIÇÃO DA RAZÃO PRÁTICA PELA RAZÃO COMUNICATIVA

Habermas ao substituir a razão prática pela razão comunicativa, opera a substituição de uma moral corretiva, que postula o que o sujeito deve fazer, por uma moral procedimental, que diz intersubjetivamente como devemos proceder para saber o que devemos fazer. Com isto Habermas explica que:

> [...] o que age comunicativamente não se defronta com o "ter que" prescritivo de uma regra de ação e, sim, com o "ter que" de uma coerção transcendental fraca- derivado da validade deontológica de um mandamento moral, da validade axiológica de uma constelação de valores preferidos ou da eficácia empírica de uma regra técnica. (HABERMAS, 1997, p.20)

O conceito de razão comunicativa versa sobre a perspectiva de que o sujeito segue um padrão comportamental intersubjetivo orientando-se para o entendimento linguístico. Conforme Rafael Lazzarotto Simioni (2014, p. 480): "O consenso intersubjetivo, conquistado livremente pela força do melhor argumento, é a medida de uma racionalidade comunicativa". Sendo que a razão comunicativa possibilita uma orientação na base de pretensões de validade. A busca pela criação de consensos baseados na linguagem e que não sejam contaminados pela influência do poder, da política e do dinheiro, são a forma por meio da qual Habermas aponta uma perspectiva de assunção e efetivação da ética, da justiça, na esfera do mundo da vida.

Aracionalidade comunicativa além de sua orientação intersubjetiva deve conter três pretensões de validade: a) verdade;b) correção normativa; e c) sinceridade. Sendo a primeira referida ao mundo objetivo, à segunda referida ao mundo social, e por fim a última referida ao mundo subjetivo.

Para Habermas o direito positivo, diferentemente da moral, não se constitui apenas de pretensões de validade normativas. O direito positivo, além de seu conteúdo referido ao mundo social, tem um conteúdo fático referido ao mundo objetivo. O Direito positivo também existe como faticidade e não apenas como normatividade, sendo que a validade (pretensão de legitimidade) do direito se encontra em constante tensão com a sua faticidade (vigência social). Portanto só no âmbito da racionalidade comunicativa é possível entender a tensão que existe entre faticidade do direito positivo e sua validade.

É nessa tensão, entre facticidade e validade que Habermas vai colocar o Direito em uma teoria reconstrutiva, na qual a moral deixa de ser instância corretiva e passa a ser uma condição de possibilidade. Sendo que a moral não pode mais ser fundamento ou uma instancia superior ao direito positivo, pois essa ideia de moral corretiva, fundamentada em uma razão prática não é mais suficiente para as sociedades constituídas em um Estado de Direito.

Nos Estados de Direito, que contém uma lei maior, onde a moral passa a substituir a ideia de um direito natural com conteúdo moral (razão prática) por princípios de imparcialidade moralmente neutros (razão comunicativa). Uma vez que a razão comunicativa é um tipo de racionalidade que se mede pela satisfação de pretensões universais de validade. Como expostoacima à racionalidade comunicativa deve conter três pretensões de validade: verdade, correção normativa e sinceridade. Essas pretensões só podem ser cumpridas argumentativamente, sendo então o resultado um consenso motivado pela força do melhor argumento. Reforçamos a proposta habermasiana de superação da esfera do mundo sistêmico no qual as relações se encontram contaminadas por estruturas presentes fora do discurso ou da busca pelo entendimento. Estas estruturas são os representantes e perpetuadores de modelos que neguem o exercício pleno da vida.

Portanto, a substituição de um modelo razão prática pela proposta habermasiana de uma razão comunicativa é terreno fértil para que verifiquemos a

possibilidade de compreender as pretensões de validade, as quais só podem ser sustentadas de modo livre e argumentativo, ou seja, uma ação pura do mundo da vida.

3 TENSÃO ENTRE FATICIDADE E VALIDADE NO INTERIOR DA LINGUAGEM

A teoria do agir comunicativo atribui formas para a linguagem, sendo esta importante para o entendimento da coordenação da ação. A linguagem passa ser considerada como um *medium* universal de incorporação da razão. Uma vez que, para Habermas as proposições são partes elementares de uma linguagem gramatical, passiveis de verdade. Assim, devemos explicar a diferença entre pensamentos e representações:

> Ambos os momentos, o do pensamento que vai além dos limites de uma consciência individual empírica e o da independência do conteúdo do pensamento em relação à corrente de vivências de um indivíduo, podem indicar que certas expressões linguísticas têm significados idênticos para usuários diferentes.(HABERMAS, 1997, p. 28)

Como vivemos em modelos de sociedades complexas orientadas pelo poder, política e dinheiro, qualquer um pode utilizando a linguagem, fazer proposições a respeito de várias coisas no mundo todo. O pensamento completo é determinado por um estado de coisas que podem ser expresso numa proposição assertórica. Insta ressaltar, que nesse ponto da linguagem a razão comunicativa distingue-se da razão prática, pois o que torna a primeira possível é o entendimento linguístico, para autor:

> O que torna a razão comunicativa possível é o *mediun*l inguístico, através do qual as intenções se interligam e as formas de vida se estruturam. Tal racionalidade está inscrita no telos linguístico do entendimento, formado um *ensemble* de condiçõespossibilitadoras e, ao mesmo tempo limitadoras. (HABERMAS, 1997, p. 20 – grifo do autor).

Levando em conta de que o único mecanismo, neste momento, que permite acessar as convicções, pensamentos, ideias, de cada sujeito individual é a linguagem partimos da ideia de quetoda proposição a respeito do mundo é uma

proposição ideal, que Habermas considera o que pode ser representado por proposições verdadeiras, por ser exatamente um ideal, levanta sempre pretensões de validade verdadeiras, perante aos participantes do mundo. Com analisa o autor "[...] o importante é saber que podemos ler a estrutura dos pensamentos observando a estrutura das proposições; e as proposições são as partes elementares de uma linguagem gramatical, passiveis de verdade." (HABERMAS, 1997, p.28)

A tensão entre a faticidade de um ato de fala e a sua garantia de resgate argumentativo das pretensões de validade que constituem a tensão ideal, se divide em dois níveis de tensão entre facticidade e validade. Sendo o primeiro nível, tratar do respeito pelo entendimento gramatical entre as proposições linguisticamente medidas de diversas coisas no mundo, o segundo nível diz respeito das pretensões de validade das proposições sobre algo no mundo.

A validade objetiva, ou seja, a verdade, só se constitui mediante o entendimento linguístico. Sendo este o significado das proposições que possibilitam e garantem um entendimento linguístico a respeito do mundo, mas que ainda está submetido a um posterior exame de validade veritativa dessa idealidade.

Habermas entende a realidade como a totalidade das representações linguísticas do mundo na forma de proposições verdadeiras. Esse conteúdo para ser verdadeiro a respeito do mundo só será suficiente na medida em que cumprir as pretensões de validade, tem que ser admitido como facticidade pelos indivíduos. A prática para argumentação, para satisfação de pretensões de validade, só é possível por meio de um discurso universal.

Segue postulando que tanto as argumentações científicas quanto as argumentações do cotidiano, fazem proposições sobre estados de coisas diferentes no mundo, mediante o cumprimento de pretensões de validade universal. Ademais o entendimento comunicativo é um mecanismo de coordenação da ação, as idealizações gramaticais e as idealizações a respeito de pretensões de validade tornam-se relevantes para a construção de ordens sociais.

A tensão entre a facticidade de um ato de fala e a sua garantia de resgate argumentativo das pretensões de validade que constituem a tensão ideal, que se divide em dois níveis, de tensão entre faticidade e validade. Sendo o primeiro nível, a respeito do entendimento gramatical entre as proposições linguisticamente

medidas e diversas coisas no mundo, o segundo nível a respeito das pretensões de validade das proposições sobre algo no mundo.

Através do levantamento de pretensões de validade, a aceitação ou negação dessas pretensões produzem consequências para a ação, sendo facticidade. Um discurso no qual alguém argumenta orientando á satisfação de pretensões de validade já é também uma facticidade. As pretensões de validade em discursos carregam os fatos sociais, criados por elas, com uma tensão ideal. Vale ressaltar que as pretensões de validade são universais, mas ao mesmo tempo locais.

4 DIMENSÕES DA VALIDADE DO DIREITO

Tendo em vista que Habermas propôs também o resgate da moral universal (procedimental) como fundamento de validade (legitimidade) do direito. Cabe ressaltar que existe uma tensão entre o direito e sua validade, e a solução dessa tensão seria a vinculação entre direito e moral, esta entendida como discursos, baseados em argumentos, por meio da linguagem e não mais transcendentais como pensava Immanuel Kant. Habermas aponta para a necessidade contemporânea de apresentar o sujeito concreto da ação em detrimento de um sujeito transcendental, formal, abstrato, como pensava o morador de Königsberg.

Em sociedades complexas o direito tem a difícil função social de mediar os conflitos, mediante o direito positivo, por meio legítimo do Estado. O direito não pode mais ser fundamentado em uma moral somente corretiva, e sim na autonomia pública dos cidadãos, onde o poder comunicativo é o que confere legitimidade à própria moral.

O direito positivo tomou lugar do direito natural, momento em que todos passaram a abandonar a força, e passaram a usar o direito por via judicial, por meio do Estado. Para Habermas (1997, p. 48) a validade do direito e a facticidade estão interligadas com a validade: “No modo de validade do direito, a facticidade da imposição do direito pelo Estado interliga-se com a força e um processo de normatização do direito, que tem a pretensão de ser racional, por garantir a liberdade e fundar a legitimidade [...].”

A validade do direito obrigatório traz consequências para a normatização jurídica, pois revela que o direito positivo tem que legitimar-se. As normas como partes integrantes de uma ordem jurídica legítima, surgem ao mesmo tempo como uma pretensão de validade normativa, baseada num reconhecimento racionalmente motivado, que requer do destinatário obediência ao direito, pois tem a autorização para o uso da coerção, para os sujeitos tendo de obedecer às regras emanadas, não somente por obediência a lei, mas por outras razões. Considerando que: “Embora pretensões de direito estejam ligadas a autorizações de coerção, elas também podem ser seguidas, a qualquer momento, por respeito à lei, isto é, levando em conta sua pretensão de validade normativa.” (HABERMAS, 1997, p. 49)

Tendo em vista que a coerção e a liberdade são dois componentes da validade do direito, aponta-se para que a validade do direito positivo se dá pela força das legislações. Está é uma validade socialem virtude de que é determinada pelo grau em que consegue se impor socialmente entre os indivíduos. Uma ordem jurídica não deve limitar-se ao garantir que as pessoas sejam reconhecidas em seus direitos por outras pessoas. Mas sim que o reconhecimento recíproco dos direitos de cada um por todos os outros deve apoiar-se em leis legitimas que garantam a cada sujeitoparticular liberdades iguais.

Para Habermas exige-se que um processo legislativo no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos de direito; um exemplo claro e real desta condição proposta pelo autor é o exercício chamado *Orçamento Participativo*que nada mais é de que uma ferramenta governamental que propõe um modelo de democracia participativa. Ou seja, possibilita a cada cidadão influenciar e auxiliar na tomada de decisões sobre o uso do orçamento público.

Na medida em que os direitos de comunicação e participação da política são constitutivos, para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação. O direito moderno nutre-se de uma solidariedade concentrada no papel do cidadão que surge do agir comunicativo. A liberdade comunicativa dos cidadãos assume uma forma mediada através de instituições e processos jurídicos.

Portanto a tensão entre faticidade e validade, que se reside na linguagem e no seu uso, se introduz na sociedade. Uma vez que a integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimentos, só passa a ser inteiramente

tarefa dos que agem comunicativamente na medida em que normas e valores forem diluídos comunicativamente.

A positividade do direito significa que ao criar conscientemente uma estrutura de normas, surge um fragmento da realidade social. A validade do direito positivo aparece como expressão pura de uma vontade, qual empresta duração a determinadas normas para que se oponham à possibilidade presente de virem a ser declaradas sem efeito. Esta tensão na dimensão de validade do direito implica a organização do poder político, empregado para impor legitimamente o direito, e o emprego autoritativo do direito, o poder político ao qual o direito deve a sua positividade.(HABERMAS, 1997, p. 61)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos nas laudas que integram este escrito expor alguns pontos da teoria habermasiana, no tocante ao direito no meio da tensão entre facticidade e validade. Habermas ao constituir a teoria do agir comunicativo não constituiu sua teoria em relações exteriores, objetivas ou interiores subjetivas. Sua teoria está baseada na argumentação medida pela linguagem. A linguagem passa ser considerada como um *medium* universal de incorporação da razão, as proposições são partes elementares de uma linguagem gramatical, passiveis de verdade.

Habermas retira o direito de uma fundamentação metafisica para colocá-lo sobre uma base auto constitutiva. A igualdade de fato é a realidade social, e a igualdade de direito é uma idealidade constitucional.Temos assim a diferença entre o ideal e o real, que passa a constituir a legitimidade conquistada no discurso, o fundamento da normatividade do direito.

O direito no plano da facticidade e validade passa a demandar constantemente legitimidade, que uma vez conquistada, passa constituir facticidade, percebemos que existe uma conexão interna entre a facticidade e a validade da imposição do direito e da sua legitimidade. Somente o direito criado legitimamente, sob as condições ideais, pode lançar o ideal Constitucional, no Estado de Direito, que visa a igualdade para todos os indivíduos. Uma vez que são os próprios indivíduos que passam a exigir a normatividade e a transformação da realidade

social. Para Habermas só há significado enquanto houver validade e só há validade enquanto houver significado.

Como em todas as teorias elaboradas por filósofos no mundo, sempre surgem algumas críticas, na teoria habermasiana não é difente. Uma crítica ao autor é que quando tomamos conhecimento dos paradoxos, sua teoria passa ter uma circularidade. Sendo que podemos observar que existe um caráter circular das condições ideais do discurso e entre o significado de validade na teoria do agir comunicativo. Uma circularidade desencadeada quase transcendental, do direito em sua teoria. Quando uma vez conquistado um requisito, por exemplo a facticidade, passa a ter validade, e assim sucessivamente passam constituir reclamos de validade.

Por fim a teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Habermas, vem para garantir a legitimidade do direito positivo e a participação por meio da democracia aos indivíduos, que compõe o Estado. A teoria tem o intuito de através da comunicação fazer com que as relações do Estado com os indivíduos sejam desenvolvidas para o benefício da sociedade. Como exposto no artigo, o chamado *Orçamento Participativo* no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos de direito,possibilita a cada indivíduo influenciar e auxiliar na tomada de decisões.

Habermas é conhecido mundialmente, como um dos maiores pensadores na comunidade científica. A sua teoria, através da universalidade permite que sejam realizadas diversas discussões em várias áreas do conhecimento, como no da filosofia, a qual surgiu este artigo.

REFERÊNCIAS

LIMA, Francisco Jozivam Guedes. **O conceito de Direito em Kant e Habermas**: da fundamentação moral à legitimidade discursiva. Peri, v.07, n.1, 2015,

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. V- 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler- Rio de Janeiro- Tempo Brasileiro. 1997.

HANSEN. Gilvan Luiz;HAMEL, Marcio Renan. **Filosofia do Direito e Teoria Jurídica em Habermas**: Implicações Reconstrutivas para uma teoria da sociedade. Veritas, v. 56, n.3- Porto Alegre. Set/ Dez. 2011.



SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Jaruá. 2014.



DIREITO HUMANO À SAÚDE: HISTORICIDADE E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Jarise Correa Mendes[22]
Vladson dos Santos Ajala[23]
Maria Cristina Schenider Lucion[24]

RESUMO: O direito à saúde é reconhecido como um direito humano, positivado no art. XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, e como um direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, listado também entre os direitos sociais em seu art. 6º. No entanto, para atingir a esta condição, o direito à saúde traçou um longo caminho. No Brasil, este trajeto começa no período colonial e se desenvolve aos poucos, passando por transformações importantes no século XIX, até alcançar a constitucionalização, de forma expressa, na Constituição Cidadã, a partir da qual se instituiu a criação do Sistema Único de Saúde – SUS. Neste sentido, o problema da pesquisa busca responder quais os caminhos percorridos pelo SUS até sua constitucionalização e de que maneira a construção do SUS, tanto na legislação infraconstitucional como na Constituição Federal de 1988.A partir dessa premissa, o objetivo geral é demonstrar de que maneira efetivou-se a constitucionalização do direito à saúde no Brasil, apresentando o seu percurso histórico, em um primeiro momento, e a sua constitucionalização, em um segundo tópico. A pesquisa tem como método o bibliográfico, com busca em livros e artigos, e documental, com base na legislação nacional e internacional. A partir do trabalho desenvolvido, é possível concluir que o direito à saúde, instrumentalizado pelo SUS, é uma conquista histórica e importante da sociedade brasileira, construída ao longo do tempo, e é um direito humano fundamental que necessita de constante valorização. O artigo apresentado, com a historicidade e a constitucionalização do direito à saúde até chegar ao SUS, é um ponto de partida para pesquisas mais específicas e profundas sobre o direito à saúde, que possui uma vasta gama de desobramentos a serem explorados.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; Direito à Saúde; Historicidade; Constitucionalização.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

[22]Acadêmica do Curso de Direito do 6º Sem. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga/RS.Integrante do grupo de pesquisa “Direitos Humanos” e do grupo pesquisa “Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”E-mail: jarisemendeshahn@gmail.com
[23]Acadêmico do Curso de Direito 3º Sem. Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga/RS. Integrante do grupo de pesquisa “Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas.Bacharel em Comunicação Social – Jornalismo pela Universidade Federal do Pampa (Unipampa). E-mail: vladson_vsa@hotmail.com
[24]Mestre em Direito Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUÍ. Especialista emDireito Empresarial e Advocacia Empresarial pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Professora do Curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga/RS. Coordenadora do grupo de pesquisa “Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas”. Email: mariacris.lucion@hotmail.com.

O direito à saúde é tido como um direito humano, positivado expressamente na Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDH de 1948, como sendo um princípio a ser alcançado por todas as nações, de maneira universal. Por essa disposição, os Estados devemgarantir o direito e o acesso à saúde, criar leis, decretos, normas que visam regulamentar de forma equanime com as necessidades da população.

No Brasil, são perscептíveisos avanços ocorridos no âmbito da saúde pública, o que pode ser observado ao longo da história brasileira. Isso porque, inicialmente não existiam políticas de acesso à saúde promovidas pelo Estado, tampouco se tinha autonomia ou base legal para sua criação. Contudo, o cenário da saúde pública foi mudando, e ganhando cada vez mais espaço, sendo DUHU, determinante nesse processo, pois foi com base nesta que a primeira Constituição Cidadã se esteou, trazendo pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro a saúde como um dever e garantia Estatal.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo geral a demonstração da forma como efetivou-se o direito à saúde no Brasil, apresentando o caminho histórico percorrido e, posteriormente, a sua constitucionalização. Estabelece-se, assim, uma linha do tempo com os principais marcos da construção da saúde pública como uma garantia da observância da consagração dos direitos humanos, até culminar na análise dos artigos da Carta Magna brasileira, a qual materializa o direitoà saúde como uma garantia Constitucional.

A metodologia utilizada para a realziação da pesquisa é bibliográfica, por meio delivros e artigos científicos da área, e na legislação aplicável ao tema. Visa-se, assim, uma reflexão hermenêutica, do direito à saúde no domínio dos Direitos Humanos e na garantia de um direito Constitucional.

O presente estudo é proveniente das atividades do grupo de pesquisa Constitucionalismo e Direitos Fundamentais nas Relações Privadas, vinculado a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI São Luiz Gonzaga, e não esgota a aqui discutida matéria, mas sim procura contribuir, ainda que suscintamente, para o fortalecimento dos estudos sobre o direito à saúde.

2 A CONSOLIDAÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO HUMANO À SAÚDE NO BRASIL

A saúde é um tema de interesse social, e diz respeito a vida partilhada e individual das pessoas.A sua conceituação denota indícios desde os tempos remotos da história da humanidade,porém, como definição contemporâneatemos, segundo a Organização Mundial da Saúde – OMS, a saúde como"um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades".

A Declaração Universal dos Direitos Humanos {DUDH} promove a saúde a um direito humano, em nítido reconhecimento da dignidade que é inerente a todas as pessoas.A DUDH é ummarco histórico na afirmação dos direitos humanos, e a saúde encontra lugar no artigo XXV, o qual preceitua que“toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e a sua família à saúde e o bem-estar”.

Na mesma linha da DUDH, o Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, queconsolida o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também reconhecea importância do direito à saúde ao preceituar “o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.Ambos os dispositivos internacionais que tratam de direitos humanos indicam, como outros documentos internacionais também o fazem, que o Estado deve adotar medidas para assegurar a efetivação do direito à saúde.

Compreender de que maneira o direito humano à saúde é regulado no Brasil requer, inicialmente, tomar conhecimento dos aspectos históricos de sua afirmação. Isso porque, embora a preocupação com a saúde seja um tema presente no debate social, o seu reconhecimento como direito humano e a sua positivação na legislação pátria são fenômenos recentes.

Nos primórdios da colonização do Brasil e durante a administração portuguesa, em meados do século XVIII, não houve manifestação direta ou de grande relevância de atuação do Poder Público no combate de doenças, no sentido de investigar a causa. Pelo contrário, tanto por parte do Estado, como das instituições médicas existentes, não se vislumbrou um liame significativo de atuação no sentido de assegurar a saúde e o bem-estar da comunidade, sendo que a principal atuação do Estado e dos médicos era evitar a morte, sem preocupar-se com a sua causa (MACHADO, 1978).

Esse cenário começou a mudar a partir do século XIX, momento em que tem-se no Brasil um princípio de transformações políticas e econômicas, abarcando a área da medicina com duas características presentes até a contemporaneidade: a inserção da medicina na sociedade e também como apoio científico indispensável ao exercício de poder do Estado (MACHADO, 1978).

Com a chegada da Corte Portuguesa, em 1808, ocorreram mudanças na administração pública colonial: a cidade do Rio de Janeiro tornou-se centro das ações sanitárias, sendo consequentemente implementados centros de formação em medicina, face a presença do rei. Desta forma foram criadas as duas primeiras escolas de medicina do país, e pela ordem real foram fundadas as Academias Médico-Cirúrgicas, no Rio de Janeiro e na Bahia (CONASS, 2007).

Em meados de 1829, foi criada a Junta de Higiene Pública, sendo seu regulamento editado em 1851, transformando a mesma em Junta Central de Higiene Pública. Logo, até 1850, as atividades de saúde pública eram restritas ao controle dos navios e saúde dos portos, além da delegação das atribuições sanitárias às juntas municipais (CONASS, 2007).

Em 1923, ocorre a criação das Caixas de Aposentadoria e Pensões (CAP), criadas pela Lei Eloy Chaves. A referida lei tinha como objeto conferir o estatuto legal das organizações dos trabalhadores nas fábricas, com intuito de garantir auxílio, ou seja, pensão nos casos de acidente ou afastamento por doença dos trabalhadores. Outros importantes fatores na evolução da saúde ocorreram em 1932, com a criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAPs), e em 1965, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), pois este deu ênfase no acesso à assistência médica. Mais adiante,

> em 1977 foi criado o Sistema Nacional de Assistência e Previdência Social (SINPAS), e, dentro dele, o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), que passa a ser o grande órgão governamental prestador da assistência médica – basicamente à custa de compra de serviços médico hospitalares e especializados do setor privado. É possível dizer que tal lógica do INAMPS, que sobreviveu como órgão até a criação do SUS, ainda se reproduz no interior do sistema único, mesmo passados 20 anos desde sua criação (REIS, 2012, p.32)

No ano de 1982, foi concretizada outra importante ferramenta para a saúde, o Programa de Ações Integradas de Saúde – PAIS, que consistia em um programa que proporcionava

> particular ênfase na atenção primária, sendo a rede ambulatorial pensada como a "porta de entrada" do sistema. Visava a integração das instituições públicas da saúde mantidas pelas diferentes esferas de governo, em rede regionalizada e hierarquizada. Propunha a criação de sistemas de referência e contra-referência e a atribuição de prioridade para a rede pública de serviços de saúde, com complementação pela rede privada, após sua plena utilização; previa a descentralização da administração dos recursos; simplificação dos mecanismos de pagamento dos serviços prestados por terceiros e seu efetivo controle; racionalização do uso de procedimentos de custo elevado; e estabelecimento de critérios racionais para todos os procedimentos. Viabilizou a realização de convênios trilaterais entre o Ministério da Saúde, Ministério da Previdência e Assistência Social e Secretarias de Estado de Saúde, com o objetivo de racionalizar recursos utilizando capacidade pública ociosa. Podemos reconhecer nas AIS os principais pontos programáticos que estarão presentes quando da criação do SUS (REIS, 2012, p.33).

As mudanças pouco a pouco implementadas foram resultado da evolução do reconhecimento do direito à saúde como um direito humano, e criaram pressupostos para a compreensão de que o Estado deve garantir o acesso a saúde – acesso este que até a década de 1980 era restrito aos trabalhadores formalmente registrados e seus dependentes. Apesar de tudo, o Brasil ainda tinha um modelo sanitário excludente, fato que passou a ser muito criticado por profissionais da área, dentre os quais médicos, estudiosos, universidades e enfermeiros, que reinvindicavam a formação de um sistema de saúde que fosse igualitário, universal e integral (GIOVANELLA; FLEURY, 1996).

Embora se reconheça o valor histórico e social do direito humano à saúde, somente em 1988, com a promulgação da chamada "Constituição Cidadã", foi de fato positivado.Foi a partir da Constituição Federal – CF que instituiu-sede fato a criação do Sistema Único de Saúde – SUS, atualmente regulamentado pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

Logo em seguida, foi também promulgada a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros. Institui os Conselhos de Saúde e confere legitimidade aos organismos de representação de governos

estaduais (CONASS - Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde) e municipais (CONASEMS - Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde). Finalmente estava criado o arcabouço jurídico do Sistema Único de Saúde, mas novas lutas e aprimoramentos ainda seriam necessários (BRASIL, 1990).

Em 1993, foi implementada a Norma Operacional Básica do SUS por meio da portaria n° 545, a qual dispõe que

> o pacto e a integração das programações constituem, fundamentalmente, a consequência prática da relação entre os gestores do SUS. Aquelas referentes a matérias de competência dos Conselhos de Saúde, definidas por força da Lei Orgânica, desta NOB ou de resolução específica dos respectivos Conselhos são submetidas previamente a estes para aprovação.Alguns anos depois a NOB-SUS/1996 estabelecia que: as instâncias básicas para a viabilização dos propósitos integradores e harmonizadores no SUS são os fóruns de negociação, integrados pelos gestores municipal, estadual e federal à CIT, e pelos gestores estadual e municipal à CIB (CONASS,2015, p.51).

No ano de 2002, entrou em vigoar a Norma Operacional de Assistência à Saúde/NOAS-SUS, sendo que esta teve como principal característica o processo de regionalização do SUS. Todavia, foi através do Decreto n° 7.508/2011que se efetuou no SUS o Contrato Organizativo de Ação Pública da Saúde – Coap, um acordo de colaboração entre entes federativos e um instrumento jurídico voltado aos compromissos pactuados em cada Região de Saúde. Destarte, o referido decreto define que as Comissões Intergestores pactuarão a organização e o funcionamento das ações e dos serviços de saúde integrados em Redes de Atenção à Saúde (BRASIL, 2002, 2011).

Na legislação brasileira é possível verificar diversos outros dispositivos infraconstitucionais que regulam o direito à saúde. Essa evolução é resultado de uma longa trajetória na busca da efetivação deste direito através da norma jurídica, com ênfase na garantia do amparo Estatal na efetivação dos direitos humanos.

3 A GARANTIA CONSTITUCIONAL AO DIREITO À SAÚDE

Toda a evolução na legislação infraconstitucional brasileira sobre o direito à saúde é de suma importância para a regulamentação e aplicação prática deste direito, porém, o instrumento de maior efeito e importância no direito sanitário é a

constitucionalização da saúde. Por essa razão, importa saber como se deu a constitucionalização da saúde no Brasil.

A CF de 1988 atendeu a tendência internacional de constitucionalização dos direitos humanos econsagrou a saúde como direito fundamental da pessoa humana. Foi a primeira das constituições brasileiras a reconhecê-la expressamente desta forma, outorgando-lhe uma proteção jurídica diferenciada no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional pátrio (FIGUEIREDO, 2007).

Importante referir que antes da CF de 1988 não havia obrigação do Estado em prestar assistência à toda a população de maneira universal, já que somente os trabalhadores com carteira assinada e seus dependentes tinham acesso ao sistema público (FIGUEIREDO, 2007).

O amplo reconhecimento do direito à saúde que a CF de 1988 proporcionou forçou uma quebra de paradigma, tirando a saúde de uma ótica individualista e restritiva, com a exclusão de boa parte da população do sistema vigente, para uma atuação decisiva na busca pelo atendimento participativo e integral, quebrando o paradigma dos excluídos e incluídos economicamente.Dessa forma, a Constituição tornou-se um instrumento de afirmação e defesado direito à saúde ao determinar a criação de um sistema de saúde pública participativo, universal e democrático, em uma forte contestação ao sistema de saúde até então vigente (ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, 2005).

O texto constitucional prevê o direito à saúde no art. 6º, ao lado dos demais direitos sociais, e nos arts. 196 a 200, nos quais traz uma série de normas a respeito do tema. Além disso, trata da competência solidária da União, dos Estados e dos Municípios em promover a saúde, de forma especial nos arts. 24, 30, 34 e 35 (SARLET, 2007, p. 02 e 04).

O avanço aqui descrito é inédito na história brasileira, vez que a CF de 1988 elenca de forma clara e objetiva como direitos sociais, dentre os quais também está a saúde, especificamente no art. 6º da Carta Magna. Segundo Martins (2008), a proteção aos direitos sociais está na denominada segunda geração de direitos fundamentais, que também protege os direitos econômicos e culturais.

Inspirada na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição de Weimar, de 1919, e na Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, de 1918, esta

segunda dimensão de direitos fundamentais, como também é chamada (SARLET, 2007), impõe uma intervenção do Estado, não uma abstenção como nos direitos de primeira geração. Além disso,

> esta necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida" (MARTINS, 2008, p. 64).

Ainda na linha de afirmação e efetivação do direito à saúde, importante referir que o art. 196 da Constituição Federal determina que "a saúde é um direito de todos e um dever do Estado".

Para Barreto Júnior (2013), a expressão do art. 196 tem em seu bojo uma pretensão universalizante da saúde e, portanto, entrega ao Estado a responsabilidade por esse direito. O autor cita palavras do ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), para dizer que a Suprema Corte admite que "[...] o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da república (art. 196)"(2013, p.82), pelo que é responsabilidade do Poder Público a formulação e a implementação de políticas públicas com o objetivo de garantir o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

Ainda pelas palavras do referido ministro, Barreto Júnior (2013) complementa que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida e que, portanto, o Estado não pode se mostrar indiferente aos problemas de saúde da população sob pena de estar indo contra a própria Constituição Federal.

No mesmo sentido, Sarlet (2007) afirma que o art. 196 da Carta Magna destaca a obrigação precípua do Poder Público para com a efetivação do direito à saúde. No entanto, o autor faz uma ressalva. Para ele, há de se reconhecer que a saúde gera um correspondente dever de respeito e, eventualmente, até mesmo proteção e promoção para os particulares em geral. Segundo Sarlet (2007), sem o reconhecimento de um correspondente dever jurídico por parte do Estado e dos particulares em geral, o direito à saúde restaria fragilizado, especialmente a sua efetivação. Portanto, ainda que seja um dever do Estado, os particulares não podem

ofender a saúde alheia, além de cada pessoa ter um dever para com sua própria saúde.

Ainda sobre o art. 196, que prescreve que a “saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, Novelino (2014) afirma que o dispositivo está “consubstanciado em uma norma de natureza principiológica que estabelece fins a serem buscados pelo Estado sem, no entanto, especificar os meios a serem utilizados para tanto” (p.954).

O referido autor destaca que pela vinculação direta à dignidade da pessoa humana, que também inclui o direito à saúde no seleto grupo de direitos que compõem o mínimo existencial, este é titularizado por todas as pessoas que estejam no território brasileiro, independentemente da nacionalidade e do país de domicílio. Segundo ele ainda, a Constituição impôs aos poderes públicos a adoção de políticas sociais e econômicas de caráter preventivo e reparativo. Já o princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, enquanto concretização do princípio da isonomia previsto no art. 5.° da CF, “impõe aos poderes públicos o dever de agir fornecendo a todos prestações materiais e jurídicas adequadas à promoção e proteção da saúde, bem como sua recuperação nos casos de doença, independentemente da situação econômica do indivíduo” (NOVELINO, 2014, p. 954).

No tocante ao art. 197 da CF, tal dispositivo prescreve que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros. Sobre o tema, Novelino (2014) explica que a regulamentação do poder público com o âmbito privado deve ser elaborada com a observância das diretrizes estabelecidas pela Constituição, em especial, aquelas mencionadas nos artigos 194, 196, 198, 199 e 200.

O art. 198 da CF de 1988 elencaas diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), refletindo o alto grau democrático desse direito constitucionalizado. A partir das diretrizes é que todo o sistema deve ser organizado, e são elas: a descentralização do sistema, o atendimento integral com foco para as atividades

preventivas e a participação da comunidade. Desse modo, o mencionado artigo “dá a luz ao SUS” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 57), tornando a rede pública de saúde uma única base regulada pela hierarquia e regionalização.

Para Novelino (2014), a estrutura do SUS, com a descentralização das ações e a cooperação técnica e financeira dos entes federativos, reflete o federalismo cooperativo adotado pela CF de 1988. Ainda segundo ele, nos termos da Carta Magna, os serviços de atendimento à saúde da população devem ser prestados pelo Município, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Assim, pontua-se que “apesar de constituírem um sistema único e integrarem uma rede regionalizada e hierarquizada, as prestações de saúde foram descentralizadas no tocante à sua execução” (NOVELINO, 2014, p. 957).

Ressalta-se ainda que o referido dispositivo também estabelece como diretriz o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas e que a participação da comunidade reflete o caráter democrático que deve informar toda a seguridade social.

> para conferir maior efetividade às ações e serviços públicos do SUS, sistema custeado pelos recursos do orçamento da seguridade social (art. 195, CF), a EC 29/2000 acrescentou os §§ 2.° e 3.° ao art. 198, estabelecendo a obrigatoriedade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarem, anualmente, os valores mínimos definidos por lei complementar, no caso a Lei Complementar 141/2012 (NOVELINO, 2014).

Sobre o art. 200 da Constituição, que fecha a Seção Da Saúde do Título Da Ordem Social, tal dispositivo consagrou um rol exemplificativo de competências do SUS, as quais foram ampliadas e regulamentadas pela Lei 8.080/90, que “dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Diz o texto constitucional:

> Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
> I – controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
> II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
> III – ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

> IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
> V – incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;
> VI – fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
> VII – participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
> VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (CF, art. 200).

Em observância aos dispositivos constitucionais ora abordados, Barreto Júnior (2013), os resume e estabele as seguintes referências fundamentais sobre saúde na CF de 1988, quais sejam:

> Determina a saúde como direito de todos e dever do Estado (Art. 196).
> Define o caráter de relevância pública de ações e serviços de saúde (Art. 197), com o que ficam justificadas sua regulamentação e fiscalização pelo poder público, especialmente pelo Ministério Público (MP).
> Declara a saúde livre à iniciativa privada (Art. 199).
> Define a forma de organização, os princípios, o financiamento e as competências do SUS e o caráter complementar da participação do setor privado (Arts. 198, 199 e 200) (p. 83).

Da forma como estabelecida, percebe-se quea CF foi organizada de maneira sistemática e lógica para racionalizar as possibilidades de aplicabilidade do direito à saúde, prevendo o dever do Estado em curare determinando que sejam realizadas ações preventivas e promocionais no setor sanitário. Assim, “o sistema atua como redutor de complexidade no próprio Direito” (SCHWARTZ; GLOECKNER, 2003, p. 55) a medida em que organiza as normas constitucionais e legais de maneira lógica e compreensível.

Diante da mudança da realidade sanitária e levando em conta que atualmente a saúde é um direito amplamente reconhecido, “pode-se compreender a grande evolução representada pela criação do SUS entre as políticas sociais instituídas pela CF de 1988” (FIGUEIREDO, 2007, p. 96). Ao Estado , por sua vez, cabe ser eficiente em matéria de saúde para evitar agravos e promover a saúde, uma vez que

> atualmente a humanidade não hesita em afirmar – ainda que o matizando – que a saúde é um direito humano e que, como os demais direitos humanos, exige o envolvimento do Estado, ora para preservar as liberdades fundamentais, principalmente por meio da eficiente atuação do Poder Judiciário, ora para eliminar progressivamente as desigualdades,

> especialmente planejando e implementando políticas públicas. Trata-se, então, da reivindicação do direito à saúde (DALLARI, 2010, p. 09).

Pelo exposto, frente ao reconhecimento constitucional do direito à saúde e as prioridades estabelecidas pela CF de 1988, notável que a efetivação deste direito humano aproxima as pessoas do Estado, em verdadeira declaração de que ao proteger a saúde, protege-se também os direitos humanos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A DUDH foi um marco para oreconhecimento da saúde como um direito humano, pois foi através dela que se induziu a pensar em saúde como uma necessidade Estatal, um direito detodos os indivíduos. Foi por influência da DUDH e pela contribuição de diversos dispositivos infraconstitucionais e ações estatais na seara sanitária, que a CF de 1988, afirmou a saúde como uma garantia de todos e dever do Estado, demonstrando, assim a sua grande importância na afirmação dos direitos humanos.

A saúde pública passou por grandes transformações, avanços e retrocessos ao longo da história brasileira, oportunizando uma evolução notória nos direitos e garantias da população na seara sanitária. Se um dia o acesso à saúde pública era restrito aos trabalhadores formalmente registrados, hoje ela é formalmente assegurada a todas as pessoas, de forma universal e descentralizada.

A CF de 1988, ao constitucionalizar de forma inédita a saúde, a elevou ao status de direito fundamental, social e humano. Além disso, tornou o direito à saúde um sinônimo de conquista social, e que deve ser fomentado pelo Estado.

O êxito do presente estudo reside em concluir que a história da consolidação da saúde e a sua constitucionalização são uma inédita conquista do povo brasileiro. Por essa razão, se denota a importância de seguir pesquisando sobre o tema, pois o que foi pesquisado até o momento é uma pontinha do vasto “iceberg” do que é o direito à saúde – um direito humano que proporciona estudo complexo e encantador.

Pelo exposto, conclui-se que o direito à saúde, por ser um direito humano, aproxima-se dos demais direitos humanos e fundamentais, motivo pelo qual deve ser valorizado e aperfeiçoado constantemente. E o Brasil é um Estado que possui

todos os insumos teóricos e normativos para essa valorização, razão pela qual necessita engrandecer sistema público de saúde continuamente, como sinônimo de reconhecimento dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BARRETO JÚNIOR, Irineu Francisco; PAVANI, Miriam. O direito à saúde na ordem constitucional brasileira. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 14, n. 2, p.71-100, dez. 2013.

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. A Gestão do SUS / **Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. – Brasília: CONASS, 2015.

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2011.

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Sistema Único de Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde. – Brasília: CONASS, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 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: 10 mai. 2018.

_____. Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde – SUS, o olanejamento da saúde, a assistência `a saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências.Disponível em : < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7508.htm> . Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.. Atos Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da Saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providência. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da Saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8142.htm>. Acesso em: 10 mai. 2018.

_____. Portaria nº373, de 27 de fevereiro de 2002. Norma Operacional daAssistência à Saúde / SUS - NOAS-SUS 01/02. Disponível em:< http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2002/prt0373_27_02_2002.html>. Acesso em: 10 mai. 2018.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DECLARAÇÃO Universal de Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2018.

ESCOREL, Sarah; NASCIMENTO, Dilene Raimundo do; EDLER, Flavio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nisia Trindade; GERCHMAN, Silvia; EDLER, Flavio Coelho. **Saúde e democracia**: história e perspectiva do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005. P. 59-81.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde**: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GIOVANELL, Ligia; FLEURY, Sonia. Universalidade da atenção à saúde: Acesso como categoria de análise. **Política de saúde**: o público e o privado. Org. Catarina Eibenschutz. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1996.

MACHADO, Roberto et al. Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. In: **Danação da norma: a medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil**. 1978.

MARTINS, Flavia Bahia. **O Direito Fundamental à Saúde no Brasil sob a Perspectiva do Pensamento Constitucional Contemporâneo**. 2008. Tese de Doutorado. PUC-Rio

NOVELINO, Marcelo. **Manual de Direito Constitucional**: Volume Único. 9. ed. São Paulo: Método, 2014.

REIS, Denizi Oliveira; ARAÚJO, Eliane Cardoso de; CECÍLIO, Luiz Carlos de Oliveira. **Políticas públicas de saúde**: Sistema Único de Saúde. São Paulo: UNIFESP, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição. **PANOPTICA** (em reformulação), v. 1, n. 4, p. 01-22, 2006.

SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A **tutela antecipada no direito à saúde**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.



MINISTÉRIO PÚBLICO: A INCLUSÃO DA INSTITUIÇÃO NO ROL DE LEGITIMADOS À PROPOSITURA DE AÇÕES DECLARATÓRIAS DE INDIGNIDADE NOS CASOS DO ARTIGO 1.814, I, DO CÓDIGO CIVIL

Vitor Mateus Martins Sarmento[25]
Ione Brum da Silva[26]

RESUMO: A presente pesquisa visa analisar a possibilidade da inclusão do Ministério Público dentre os legitimados à propositura de ações declaratórias de indignidade, contra aqueles que incorrerem nas condutas elencadas junto ao artigo 1.814, I, do Código Civil. Isso porque a legislação vigente foi omissa, não elencando legitimados para tanto, sendo a doutrina responsável por tal rol, englobando apenas aqueles diretamente interessados na sucessão como legitimados a postular exclusão de herdeiros por indignidade. Contudo, não se verifica justo que uma pessoa que atente contra a vida daquele de cuja sucessão se trata receba o quinhão que lhe cabe. Por isso, o trabalho analisará o direito sucessório e suas disposições, estudando, isoladamente, o instituto da indignidade e, ao final, a instituição do Ministério Público, com a finalidade de verificar a viabilidade de inclusão desta instituição dentre os legitimados ao ajuizamento de ações declaratórias de indignidade, frente às condutas do artigo 1.814, I, do Código Civil.

Palavras-Chave: Sucessões; Declaração; Indignidade; Ministério Público; Código Civil.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabe-se que o artigo 1.814, I, do Código Civil possibilita que sejam excluídos da sucessão os que atentem contra a vida daquele de cuja sucessão se tratar, assim como de seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente. Essa exclusão será feita através de ação própria para tanto, denominada ação declaratória de indignidade. Todavia, o Código Civil não apresenta um rol de legitimados para o ajuizamento de tal ação, entendendo a doutrina e a jurisprudência que apenas os interessados na sucessão podem ingressar em juízo visando à declaração de indignidade.

Atualmente, inexistindo interessados na sucessão para propor a aludida ação, tornar-se-ia impossível a declaração de indignidade do herdeiro ou legatário que

[25] Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2018). Pós-graduando (lato sensu) em Direito Penal e Criminologia pela Uninter. Advogado. E-mail: vitor_sarmento@outlook.com
[26] Professora do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Orientadora. E-mail: ione.brum@hotmail.com

atente contra a vida do dono do patrimônio ou dos demais citados no referido inciso do art. 1.814 do Código Civil. Assim, mesmo que indigno, continuaria o indivíduo a fazer jus ao seu quinhão hereditário.

Para isso, necessário se faz delegar a alguém o pedido de declaração de indignidade. Dessa forma, sabendo-se que a Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o dever de proteger a ordem jurídica e os interesses sociais e que, ainda, lhe foi conferida legitimidade para ingressar com ações de tal natureza, quando presente o interesse público, poder-se-ia cogitar de sua legitimidade para a propositura da ação declaratória de indignidade quando ausente tal requisito?

Dessa forma, frente às funções atinentes ao Ministério Público é que se verifica a importância da inclusão dessa instituição de legitimados para a propositura de ações declaratórias de indignidade, quando ausentes interessados para requererem-na, vez que não se vislumbra justo que aqueles que atentem contra a vida daqueles que virão a suceder recebam o quinhão hereditário que lhes cabe. Outro ponto de suma relevância acerca do assunto é que, no caso de recebimento do respectivo quinhão hereditário do *de cujus* pelo homicida, ocorreria a abertura de precedentes para casos semelhantes, o que iria afetar gravemente a sociedade, uma vez que o ordenamento jurídico vigente estaria sendo conivente com tal prática.

Pensando no quanto é justo permitir que herdeiros que atentem contra a vida daqueles que visam suceder se beneficiem é que o debate se faz importante, pois é necessário analisar e verificar se é possível incluir no rol de legitimados à propositura de ações declaratórias de indignidade, frente às condutas do artigo 1.814, do Código Civil.

2 DO DIREITO SUCESSÓRIO

Inicialmente, faz-se necessário tecer comentários acerca de aspectos gerais do Direito das Sucessões. Dessa forma, serão abordados no presente capítulo aspectos históricos de tal instituto, chegando à formação da legítima e à ordem de vocação hereditária. Ao final, adentra-se na exclusão de herdeiros da sucessão, em face da indignidade.

2.1 Considerações gerais

Uma das únicas certezas que o ser humano traz ao nascer é a de que, um dia, sua vida chegará ao fim. Assim, sendo a morte inevitável, faz-se necessário que ela seja trabalhada pelo sistema legislativo vigente, vez que, conforme bem exposto por Maria Berenice Dias (2013, p. 8), “traz um sem-número de consequências jurídicas que não dá pra ignorar”.

Nessa banda, visando regulamentar as consequências jurídicas trazidas pela morte, é que entra o Direito das Sucessões. Tal ramo do direito visa regulamentar a sucessão *causa mortis*, disciplinando a transmissão do patrimônio do *de cujus* a seus sucessores. Sendo assim, o objeto principal do Direito das Sucessões é a herança daquele que veio a falecer.

Vale frisar ainda que a herança, em seu todo, é protegida pela Constituição Federal, conforme teor do artigo 5º, inciso XXX, *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;

Sendo a Constituição garantidora do direito de herança, cabe ao Código Civil, de forma subsidiária, estabelecer os requisitos para a distribuição dela, quando necessário.

2.2 Da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária

A sucessão *causa mortis* pode se dar de forma legítima ou testamentária, conforme redação do artigo 1.786 do Código Civil. A sucessão legítima é aquela que decorre das disposições legais, enquanto a sucessão testamentária é aquela que advém de ato de última vontade, como testamento ou codicilo.

Dentro da sucessão legítima, algumas pessoas possuem prioridade em suceder o *de cujus*. São os chamados herdeiros necessários, cujo rol está elencado junto ao artigo 1.845 do Código Civil. No tocante à sucessão testamentária, qualquer

pessoa pode ser indicada pelo *de cujus* para sucedê-lo patrimonialmente, na figura de herdeiro testamentário ou legatário, uma vez que a legitimidade passiva para suceder é regra dentro do direito sucessório. A exceção é a ilegitimidade. Conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves, “no direito sucessório vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei” (GONÇALVES, 2016, p. 69).

No tocante a sucessão legítima, se vislumbra que a lei, mais precisamente no Código Civil, elenca no artigo 1.829, o seguinte rol de herdeiros legítimos, aos quais caberá metade do patrimônio deixado pelo *de cujus*:

> Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
> 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.

Ocorre que o Código Civil se preocupou em excluir da sucessão aqueles que, de alguma forma, demonstrem desrespeito para com a pessoa do *de cujus*, seus familiares, suas disposições e vontades. São os chamados casos de indignidade.

2.3 Da exclusão de herdeiros por indignidade

A indignidade, conforme definição de Clóvis Bevilaqua, citado por Silvio Rodrigues, “é a privação do direito, cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos à pessoa ou ao interesse do hereditando.” (BEVILAQUA, 1945 apud RODRIGUES, 2002, p. 65).

No Código Civil vigente, constituem casos de indignidade, nos termos do artigo 1.814:

> Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

> I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;
> II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;
> III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Ou seja, aqueles que realizarem as condutas dispostas no dispositivo legal acima transcrito, poderão ser excluídos da sucessão, se reconhecida a indignidade. Todavia, o objeto do presente estudo será apenas a conduta elencada junto ao inciso I.

Explica Maria Berenice Dias que a punição de exclusão da herança, tanto pela indignidade, quanto pela deserdação, trata-se de uma contemplação do princípio da dignidade da pessoa humana:

> Cada vez mais se prestigia a dignidade da pessoa humana, princípio maior da Constituição Federal. Assim, por elementar razão de ordem ética, quem desrespeita a dignidade do outro merece ser punido. Quando a afronta ocorre entre pessoas que tem vínculo familiar e afetivo tão estreito, a ponto de ser um herdeiro do outro, a forma encontrada pela lei para inibir tais ações é de natureza patrimonial. Simplesmente é subtraído o direito à herança. Duas modalidades podem levar herdeiros a serem excluídos da sucessão: a indignidade e a deserdação. Ambas precisam ser declaradas judicialmente. O prazo para a propositura das ações é igual: quatro anos. As consequências são idênticas. As causas são praticamente as mesmas, apesar de haver um leque bem maior de possibilidades para a deserdação. Porém, nada permite confundir os dois institutos. (2013, p. 304).

Embora haja semelhanças, os institutos da indignidade e da deserdação não se confundem. Lecionam Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel Melo que (2017), enquanto na indignidade, a exclusão acontece pós-morte do *de cujus*, na deserdação, por sua vez, a exclusão de herdeiro se dá por ato unilateral do *de cujus*, por meio de testamento válido.

Nesse sentido, pontua Silvio Rodrigues (2002) que os institutos sedistinguem, vez que a deserdação representa um instituto que atinge exclusivamente a sucessão testamentária, enquanto a indignidade atinge diretamente a sucessão legítima.

Ainda, Rodrigues (2002) leciona que, enquanto a deserdação figura como um instrumento no qual o testador recorre para afastar de sua sucessão os seus herdeiros necessários, a indignidade é resultado de disposições legais, as quais

privam da herança não somenteherdeiros necessários, mas também os legítimos e testamentários.

Flávio Tartuce pontua também outra diferença importante entre os dois institutos, completando o explicado por Silvio Rodrigues:

> Enquanto a indignidade decorre de determinação legal e da vontade dos interessados, que devem propor ação judicial para que seja reconhecida, a deserdação resulta da vontade do falecido, que assim a determina por meio de testamento. (2012, p. 60).

Superada essa diferenciação, faz-se necessário estudar acerca da evolução histórica do instituto ora em análise, bem como a aplicação do mesmo no Código Civil de 1916.

3 DA INDIGNIDADE NOS CASOS DO ARTIGO 1.814, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL

Neste segundo momento, faz-se o estudo acerca do instituto da indignidade, responsável pela exclusão de herdeiros no Direito das Sucessões.

Dessa forma, serão tecidos comentários acerca da evolução histórica do instituto e sua inclusão na legislação brasileira. Posteriormente, ver-se-á como este está sendo aplicado no Brasil e os efeitos decorrentes desta aplicação.

O instituto da indignidade, conforme contempla Rita de Cássia Andrade, em artigo publicado junto à página RDK Advocacia, tal instituto tem como fonte principal o Direito Romano.

Em tal período histórico, havendo a declaração do indigno, os bens sobre os quais teria direito em virtude de sucessão hereditária seriam dedicados ao Império. Ou seja, a herança era transmitida ao indigno, todavia, este era privado dela em virtude de lei, passando-se os bens dela decorrentes à Fazenda Pública.

No Brasil, segundo leciona Lucas Cerqueira Costa, em artigo publicado na Revista Âmbito Jurídico, o qual pode ser encontrado no portal eletrônico da revista, o instituto aparece pela primeira vez em projeto de legislação, elaborado ainda na época do Império, precisamente em 1858, na chamada Consolidação das Leis Civis.

O instituto reaparece como causa de exclusão de herdeiros no Código Civil de 1916, elaborado pelo jurista Clóvis Beviláqua, no artigo 1.595, o qual elenca casos

em que o herdeiro será excluído da sucessão, sendo que o inciso I dispõe que serão excluídos da herança aqueles que tiverem sido autores ou cúmplices de homicídio voluntário, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar.

Também, o referido dispositivo legal, contemplada a forma de reconhecimento da indignidade, prazo prescricional e efeitos, os quais foram recepcionados pela legislação em vigor e serão vistos no decorrer do estudo.

3.1 A declaração de indigno na jurisdição nacional

Superada a análise da evolução histórica do instituto em tela, passa-se a analisar como este é aplicado perante a justiça do Brasil.

Inicialmente, analisar-se-á os dispositivos que embasaram a decisão mais famosa do país, a qual declarou Suzane Von Richthofen indigna, excluindo a mesma da sucessão dos pais.

É sabido que, no ano de 2002, Suzane Von Richthofen, filha do casal Manfred Albert von Richthofen e Marísia von Richthofen, planejou o assassinato de seus genitores com o objetivo de ficar com a herança destes.

Suzane foi submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri, oportunidade em que restou condenada a trinta e nove anos de reclusão e seis meses de detenção.

À época dos fatos, Suzane deixou um irmão menor de idade, Andreas Von Richthofen, que foi a parte principal para que a homicida fosse excluída da herança dos pais, por cuja morte foi a responsável, pois ajuizou, em dezembro de 2002, Ação Declaratória de Indignidade contra a irmã, Suzane.

Na data de 08 de fevereiro de 2011, a ação foi julgada procedente.

Contudo, a sentença demorou a ser reconhecida como definitiva, pois, muito embora julgada em 2011, seu trânsito em julgado ocorreu somente em 2015, quando o TJSP manteve a sentença, excluindo Suzane da herança de seus genitores.

Vê-se que, no caso de Suzane, a mesma foi declarada indigna, ante o reconhecimento de sua responsabilidade pela morte dos genitores no âmbito criminal.

Porém, a jurisprudência reconhece a possibilidade de declaração da indignidade daqueles cuja responsabilidade não foi reconhecida na esfera criminal, tendo em vista a inimputabilidade.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado, oriundo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. Direito das Sucessões. Ação declaratória de indignidade. Demanda intentada com fundamento na hipótese do art. 1.814, I do CC. Réu, autor de crime de homicídio contra a esposa e as duas filhas, absolvido na esfera criminal, ante o reconhecimento de inimputabilidade por doença mental. Sentença de procedência, que declara a indignidade. Inconformismo. Não acolhimento. A possibilidade de inclusão do agente que cometeu o crime de homicídio na sucessão das vítimas avilta o fundamento ético da indignidade. Irrelevância do reconhecimento da inimputabilidade, no âmbito criminal. Exclusão bem determinada. Sentença mantida. Negado provimento ao recurso.[27]

Embora a responsabilização criminal seja totalmente prescindível para o reconhecimento da indignidade, faz-se necessário que a conduta do herdeiro esteja elencada dentre o rol de condutas que possibilitam o reconhecimento do instituto, conforme o artigo 1.814 do Código Civil.

Não estando tal conduta disposta no rol do mencionado artigo, não é possível o reconhecimento da indignidade e exclusão do herdeiro da sucessão do *de cujus*, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Ementa: APELAÇÃO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ADOÇÃO POR ESCRITURA PÚBLICA CUMULADA COM PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE DE HERDEIRO E EXCLUSÃO SUCESSÓRIA. I - A adoção deu-se em 05-04-88, portanto à época da vigência do Código Civil de 1916, quando essa forma de constituição de vínculo de parentesco era não só válida, como a única contemplada expressamente no estatuto de regência (art. 375 do CC/16). Foram preenchidos os pressupostos legais no ato, reputando-se válido e eficaz, não havendo que se perquirir de violação à lei civil. II - Assim, pretender desconstituir o vínculo de parentesco por motivação superveniente, atrelado a algum ressentimento familiar, provocado por decisão pessoal tomada pela adotada quando do alcance de sua maioridade, a qual muito possivelmente não concordou com algum aspecto familiar, é por demais descabido. III - Não há como delarar a indignidade, porquanto as hipóteses para incidência da indignidade são taxativas, não recaindo a conduta da adotada em

[27]BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **Apelação Cível n.º 40091405720138260576 SP 4009140-57.2013.8.26.0576.** Relatora: Viviane Nicolau. São Paulo. nov. 2015. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233500320/apelacao-apl-40091405720138260576-sp-4009140-5720138260576>.

> nehhuma delas. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70056889702, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 13/11/2013).[28]

Segundo o voto do relator responsável pelo julgamento da apelação, “hipóteses legais de indignidade são taxativas, não comportando interpretação ampliativa”.

3.2 Da declaração de indignidade e os efeitos decorrentes

Passa-se agora para a análise dos efeitos decorrentes do reconhecimento da indignidade no caso concreto.

Veja-se que, se verificada e declarada a indignidade, diversos serão os efeitos que dela poderão decorrer. Inicialmente, conforme contempla o artigo 1.816, a exclusão do herdeiro acarreta em efeitos pessoais, de modo que será sucedido pelos seus descendentes, como se morto fosse.

Os efeitos, contudo, só incidirão ao herdeiro considerado indigno se reconhecida e declarada a indignidade, em qualquer dos casos do artigo 1.814, por sentença, em ação autônoma para tal fim, proposta em até quatro anos após a abertura da sucessão.

Por fim, é importante saber que por força do artigo 1.818 se admite a reabilitação do indigno, instituto que permite que aquele declarado indigno seja readmitido a suceder.

O mencionado artigo dispõe que “aquele que incorreu em atos que determinem a exclusão da herança será admitido a suceder, se o ofendido o tiver expressamente reabilitado em testamento, ou em outro ato autêntico”.

É o que a doutrina chama de reabilitação, perdão ou remissão do indigno.

Conforme Gonçalves (2016, p. 128), trata-se de um “ato solene, pois a lei só lhe da eficácia se efetuado mediante ato autêntico, ou em testamento”.

---

[28]BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70056889702**.Apelante: Odete Bonafim. Apelada: Rosmari Terezinha Bonafim. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Rio Grande do Sul. nov. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056889702&num_processo=70056889702&codEmenta=5547427&temIntTeor=true>

Ato autêntico, conforme ensinamento de Zeno Veloso, citado por Tartuce (2012, p. 82), “suscita ambiguidade e imprecisão”, sendo o ato contemplado pela lei a escritura pública.

Maria Berenice Dias, por sua vez é divergente, nos seguintes termos:

> Ato autêntico não é somente a escritura pública. Também o escrito particular firmado pelo *de cujus*, subscrito por testemunhas serve para traduzir o desejo de que o herdeiro ingrato continue herdeiro. O codicilo pode ser considerado como ato autêntico para perdoar o indigno. (2013, p. 315).

Carlos Roberto Gonçalves (2016) explica que tal ato não precisa ser exclusivamente e necessariamente com o objetivo de reabilitar o herdeiro indigno, contemplando, ainda, no rol de ato autêntico o pacto antenupcial.

O autor mencionado entende que é possível o perdão tácito, em razão do parágrafo único do artigo 1.818, o qual contempla que não havendo reabilitação expressa, o indigno, contemplado em testamento do ofendido, quando o testador, ao testar, já conhecia a causa da indignidade, poderá suceder no limite da disposição testamentária.

Tartuce (2012) dispõe que a reabilitação tácita, feita nos termos do artigo acima transcrito, só faz efeito no tocante ao legado recebido em testamento, não reabilitando o mesmo ao restante da herança.

Não é a linha seguida por Dias, a qual menciona acerca da inexistência da reabilitação tácita, nos seguintes termos:

> Não existe reabilitação tácita (CC, 1.818, parágrafo único). Se o autor da herança, em vez de afirmar que perdoa o herdeiro, simplesmente o contempla em testamento, não configura tal perdão. E como não houve reabilitação – que a lei requer que seja expressa –, pode ser proposta a ação declaratória de indignidade. (2013, p. 315).

Por fim, contempla-se que tal ato é personalíssimo e irretratável. Conforme pontuado por Dias (2013), somente o autor da herança poderá reabilitar o indigno, mesmo que o ato não tenha sido cometido contra sua pessoa.

Já a irretratabilidade, conforme leciona Tartuce (2012), se dá pois, se tal instituto fosse retratável, acarretaria uma insegurança jurídica. Ademais, conforme

complementa Gonçalves (2016), a tolerância de arrependimento do perdão não seria moral.

4 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Chega-se à parte final da pesquisa, na qualfaz-se necessário estudar a instituição ministerial, com a finalidade de compreender sua forma de atuação e visualizar a possibilidade de inclusão do Ministério Público junto ao rol de legitimados à propositura de ações declaratórias de indignidade, quando, não havendo interessados diretos na sucessão e, ainda, o agente incorrer nas condutas elencadas no artigo 1.814 do Código Civil.

Sendo assim, será trabalhada a figura do Ministério Público como função essencial à justiça, bem como a forma de atuação do membro da carreira para que tais funções sejam efetivadas. Ao final, o trabalho irá analisar a inclusão da instituição como legitimada a propor as ações acima mencionadas.

4.1 Das funções essenciais à justiça

Conforme se verifica do artigo 127 da Carta Magna, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em uma análise do artigo supramencionado, vê se que o Ministério Público foi consagrado como uma instituição permanente e completamente desvinculada de qualquer dos poderes do Estado.

O Ministério Público possui funções institucionais previstas pela Carta Magna, nos termos do artigo 129. Tal rol de funções da instituição é exemplificativo, uma vez que o inciso IX, dispõe entre as funções do Ministério Público o exercício de outras funções que sejam compatíveis com sua finalidade.

4.2 Da atuação do *Parquet*

Para que as funções da instituição sejam efetivadas, é necessária a atuação de um membro da carreira do Ministério Público.

A legislação atualmente em vigor se preocupa em elencar uma forma complementar de atuação do membro do Ministério Público. Isso porque, traz algumas funções além daquelas elencadas junto às Constituições Federais e Estaduais e nas demais leis que regem a atuação do membro do Ministério Público.

Na esfera do processo civil brasileiro, o Ministério Público, na figura do Promotor de Justiça, atuará, nos termos em que dispõe o artigo 176 do Código de Processo Civil vigente, na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses e direitos sociais individuais indisponíveis.

Vê-se que o referido diploma legal recepciona o que disposto junto à Constituição Federal.

O Código de Processo Civil vigente também dispõe, em seu artigo 178, casos em que se faz necessária a intervenção ministerial, *in verbis*:

> Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam
> I - interesse público ou social;
> II - interesse de incapaz;
> III - litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.
> Parágrafo único. A participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público.

Finalizando a atuação do *Parquet* no âmbito cível, é importante consignar que o Ministério Público possui capacidade postulatória idêntica àquela conferida aos advogados. Tal entendimento já restou firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1260864/2011.

4.3 A legitimação da instituição para propor ações declaratórias de indignidade nos casos elencados no artigo 1.814, I, do Código Civil

Da análise do artigo 1.814, inciso I, se vislumbra que, embora o Código vigente tenha se preocupado em estabelecer o prazo decadencial do direito de postular em juízo a exclusão de herdeiro em virtude de indignidade, foi omisso no tocante àqueles que possuem legitimidade para exercerem esse direito.

O Código Civil de 1916 disciplinava, conforme a redação do artigo 1.596, que a exclusão do herdeiro, ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, seria declarada por sentença, em ação ordinária, movida por quem tivesse interesse na sucessão.

Assim, entende a doutrina, nos termos de tal dispositivo, que o direito de ingressar em juízo, visando à declaração de indignidade de herdeiro, comtemplado pela legislação atual, é reconhecido a qualquer que tenha interesse na sucessão.

Contudo, surge aí uma grande questão: Por que não incluir no rol de legitimados à propositura de ações declaratórias de indignidade, nos casos em que o indigno incorrer nas condutas elencadas no inciso I do artigo 1.814 do Código Civil, o Ministério Público?

Tal questão é controvertida perante a doutrina, existindo pontos de vistas favoráveis e desfavoráveis à inclusão.

Segundo a Constituição da República, em seu artigo 127, o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Tal descrição da instituição serviu como suporte para o Enunciado 116 do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil. O referido enunciado dispõe que “o Ministério Público por força do art. 1.815 do CC, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover a ação visando à declaração da indignidade de herdeiro ou legatário”.

Compartilham desse entendimento os autores Flávio Tartuce, Sílvio Venosa e Maria Helena Diniz.

Entendimento diverso, todavia, é o defendido pelos autores Silvio Rodrigues e Carlos Roberto Gonçalves, para os quais, tal legitimidade não se justificaria, pois, em caso de herdeiro incapaz, este será representado para ingresso em juízo, bem como no caso de inexistência de herdeiros conhecidos, a herança se transfere para os entes da federação, sendo destes a legitimidade, por força do disposto no art. 1.844 do Código Civil.

Diverso, também, é o posicionamento de Maria Berenice Dias. Para a jurista, é possível conceder legitimidade extraordinária ao agente ministerial quando o ato

de indignidade constituir crime de ação penal pública incondicionada, o que remete-nos à conduta elencada no art. 1.814, I, do Código Civil, a qual se refere claramente ao crime disposto no art. 121 do Código Penal, processado mediante ação penal pública incondicionada.

Foi com base nesse entendimento que o deputado Antônio Bulhões entrou com o Projeto de Lei n.º 1.159/2007, visando conferir legitimidade ao Ministério Público para propor ações declaratórias de indignidade, nos casos do art. 1.814, I, do Código Civil. Segundo tal projeto de lei, o art. 1.815 da referida codificação, passaria a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 1.815. A exclusão do herdeiro ou legatário, em qualquer desses casos de indignidade, será declarada por sentença.
> § 1º O direito de demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se em quatro anos, contados da abertura da sucessão.
> § 2º Na hipótese do inciso I do art. 1.814, o Ministério Público tem legitimidade para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário (NR).

O referido projeto de lei é justificado sob o seguinte argumento:

> A atuação do Parquet, na hipótese aventada, estará em consonância com a Constituição Federal, a qual prevê que a sua legitimidade estende-se aos interesses indisponíveis da sociedade e com o Código de Processo Civil, art. 81, pelo qual "o Ministério Público exercerá o direito de ação nos casos previstos em lei, cabendo-lhe, no processo, os mesmos poderes e ônus que as partes".
> A par disso, cumpre observar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ, por ocasião de jornada dedicada a estudos de Direito Civil, emitiu o seguinte enunciado: "O Ministério Público, por força do disposto no art. 1.815 do Código Civil, desde que presente o interesse público, tem legitimidade para promover ação visando à declaração de indignidade de herdeiro ou legatário."
> Dada a gravidade da hipótese versada no inciso I do art. 1.814 do Código Civil, estamos certos de contar com o endosso de nossos ilustres Pares para a conversão deste projeto de lei em norma jurídica.

A Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania, por seu relator, o deputado mineiro Lincoln Portela, votou favoravelmente ao projeto, considerando-o constitucional, uma vez que a Carta Magna brasileira confere ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica do regime democrático e dos interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis. Portela refere, também, que o Código de Processo Civil dispõe que Ministério Público exercerá direito de ação em conformidade com suas atribuições constitucionais.

Dessa forma, resta evidenciado, pelos elementos acima analisados, que tal inclusão encontra total respaldo junto à Constituição Federal e, ainda, na legislação ministerial em vigor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a legislação vigente possibilitou a exclusão de herdeiros que atentem contra a vida de seu antecessor e figuras equiparadas, nos termos do artigo 1.814, inciso I, do Código Civil.

Ocorre que a legislação em vigor não se preocupou em elencar um rol de legitimados, restando a dúvida sobre quem poderá pleitear a exclusão de herdeiros em juízo. Nesse ponto, a doutrina foi responsável por determinar que a legitimidade para postular a exclusão em juízo é daqueles interessados diretos na sucessão.

Perfeito o posicionamento doutrinário, se não fosse por um questionamento.

Não havendo interessados diretos na herança, o herdeiro homicida receberá o quinhão hereditário que lhe cabe, visto que ninguém irá postular sua exclusão em juízo?

Dessa forma, torna-se importante o debate acerca do quão justo será se um herdeiro, que atente contra a vida daquele que visa suceder, receba a parte da herança que lhe cabe. Outro ponto de suma relevância acerca do assunto é que, no caso de recebimento do respectivo quinhão hereditário do *de cujus* pelo homicida, ocorreria a abertura de precedentes para casos semelhantes, o que iria afetar gravemente a sociedade, uma vez que o ordenamento jurídico vigente estaria sendo conivente com tal prática.

É nesse viés que se faz importante que a lei fixe a possibilidade da ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação declaratória de indignidade, visto que não se trata apenas de interesse meramente patrimonial.

Isso porque, sabe-se que, atualmente, certos valores morais da sociedade contemporânea ficam represados por interesses patrimoniais. Assim, motivados pelo interesse, diversos são os casos de herdeiros que atentam contra aqueles que, considerando a relação de parentesco, deverão suceder em caso de morte, tentando ou, até mesmo, provocando o seu óbito.

Por isso, se vê com clareza que a não declaração de indignidade daqueles que atentem contra a vida do autor da herança acarretará efeitos sobre toda a sociedade e seus interesses.

Dessa forma, não se pode fechar os olhos para a questão da indignidade.

Entra aí a figura do *Parquet*, o qual atua em nome do Ministério Público, instituição que possui capacidade postulatória para ingressar em juízo, com o fito de defender a sociedade.

Com base nessa capacidade postulatória, corroborando as funções ministeriais, é que foi elaborado o Enunciado 116 do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, bem como o Projeto de Lei n.º 1.159/2007, visando conferir legitimidade ao Ministério Público.

Existem, como analisado, posicionamentos favoráveis e desfavoráveis a tal inclusão, motivando ainda mais o debate sobre tal questão.

Porém, vê-se que a inclusão do Ministério Público no rol de legitimados para propor ações declaratórias de indignidade encontra total respaldo frente à Constituição Federal e leis específicas que organizam a instituição.

E, sabendo que tal inclusão trará inúmeros benefícios para a sociedade, uma vez que poderá inferir na redução do número de homicídios visando o recebimento de herança é o que debate sobre tal assertiva se mostra importante frente à academia.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Rita de Cássia, **Exclusão da Sucessão dos Herdeiros e Legatários em Casos de Indignidade**. Paraíba, Maio. 2006. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20080731144709.pdf> Acesso em: 23. ago. 2016

ALVEZ, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em Ação** – Atuação pratica e jurisdicional e extrajurisdicional. 2. ed. rev., ampl e atual.. Salvador; Jus Podivm. 2011

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIRERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel. **Manual de Direito Civil– Volume Único**. 6. Ed. rev., atual e ampl. Salvador: Jus Podivm. 2017

AVENA, Norberto. **Processo Penal – Versão Universitária**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Método, 2013.

BARRETO, Leonardo Moreira Alves; CHAVES, Cristiano; ROSENWALD, Nelson. **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Jus Podivm. 2013.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 1.159, de 2007**. Altera a redação do art. 1.815 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que insitui o Código Civil. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=469279&filename=Avulso+-PL+1159/2007>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. **Lei n.º 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em 04 fev. 2017.

_____. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. **Parecer do Relator**, Dep. Lincoln Portela (PRB-MG), pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1467713&filename=Parecer-CCJC-14-06-2016>. Acesso em: 15 ago. 2016.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2016.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 08 ago. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo 0001155-33.2003.8.26.0002 (002.03.001155-0)**. Autor: Andreas Albert Von Richthofen. Ré: Suzane Von Ritchthofen. São Paulo. fev, 2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/24630080/pg-1647-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-08-02-2011>.Acesso em: 03 mar. 2017

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **Apelação Cível n.º 40091405720138260576 SP 4009140-57.2013.8.26.0576**. Relatora: Viviane Nicolau. São Paulo. nov. 2015. Disponível em: <https://tj-

sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/233500320/apelacao-apl-40091405720138260576-sp-4009140-5720138260576>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n.º 70056889702**.Apelante: Odete Bonafim. Apelada: Rosmari Terezinha Bonafim. Relatora: Liselena Schifino Robles Ribeiro. Rio Grande do Sul. nov. 2013. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70056889702&num_processo=70056889702&codEmenta=5547427&temIntTeor=true>. Acesso em: 20 mar. 2017.

COSTA, Lucas Cerqueira. **A indignidade no direito das sucessões**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIX, n. 151, ago 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17748>. Acesso em: 20 ago. 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. Volume 06. 24ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, Lorena Alves Costa. **Exclusão do herdeiro por indignidade: necessidade de uma sentença penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVIII, n. 141, out 2015. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16467&revista_caderno=14 >. Acesso em 31 ago 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**, v. 7 – Direito das Sucessões. 4. ed. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217266/first>. Acesso em 06. fev. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro –** Direito das Sucessões. v.7**.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. **Caso Bernardo: MP requer que o pai seja excluído da linha sucessória do filho**. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/criminal/35347/servicos/>. Acesso em: 25 jan. 2017

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil.** Direito das Sucessões**.** 35. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20. ed. rev., atual e ampl. São Paulo. Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Direito de Herança – A nova ordem de sucessão. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Mariana. G1: **STJ nega pensão alimentícia a Suzane von Richthofen**. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/02/stj-nega-pensao-alimenticia-suzane-von-richthofen.html>. Acesso em: 04 abr. 2017

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Direito das Sucessões. v.7. 25. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil – Lei n. 10.406, de10-1-2002, com a colaboração de Zeno Veloso – São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Railma Marrone Pereira. **A legitimação do ministério público para a propositura da ação civil de indignidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 118, nov 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13894>. Acesso em 06.fev. 2017.

SOUZA, Robson Soares. **Um enfoque sócio-jurídico sobre o princípio da indignidade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13316> Acesso em: 20 ago. 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil VI – Direito das Sucessões**. 5. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2012.

_____. **Manual de Direito Civil – Volume Único**. 6. ed. rev., atual. São Paulo: Método, 2012

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Manual das Sucessões**. 9.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

WALD, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. rev., atual.de acordo com a legislação vigente e a jurisprudência dos tribunais, com a colaboração do professor Roberto Rosas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.



A INCAPACIDADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA MENTAL: direitos sob a luz do Código Civil de 2002

Milene Machado Vieira [29]
Laís Dal Asen Nunes [30]
Aliandra Viero Pozzatto[31]

RESUMO: As pessoas que padeçam de doença mental, cogênita ou adquirida em vida de caráter duradouro e que carecem de um assistente para administrar seus bens, são consideradas incapazes relativamente. Neste artigo, tentamos responder a seguinte questão: de que maneira o ordenamento jurídico pode auxiliar na inclusão dos deficientes mentais frente a sociedade? Com isso, apresentamos o histórico da deficiência mental, os direitos do curatelado, os deveres e obrigações do curador, os benefícios da relação familiar, e a incapacidade dos assistidos perante a lei. É grande o tabú em relação ao assunto abordado, cientes disso, buscamos por autores e artigos que falassem a respeito do tema em questão. Baseadas neles, constatamos que ainda há a necessidade de se desenvolver maiores movimentos que integrem esses indivíduos.

Palavras-Chave: Direito Cível; Deficiência Mental; Relações Familiares; Incapacidade; Curatela.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Existem diversos conceitos que tratam as doenças mentais de diferentes formas. Dentre essas formas, há autores que acreditam na deficiência como algo inerente ao indivíduo e outros que a tratam como algo que não afeta totalmente o desenvolvimento intelectual. Entre os mais diferentes tipos de deficiências, o que abrange o maior número de pessoas é a deficiência mental. Tendo em vista esses dados e sua relevância, percebemos que os casos de pessoas que possuem esse tipo de doença, abrangem uma grande parcela da população e não estão ganhando devida atenção.

Com este artigo buscamos mostrar os direitos de pessoas especiais, os deveres e obrigações de seus curadores, a relação dessas pessoas com seus familiares e a incapacidade das mesmas perante a lei.

[29]Acadêmica do 1º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: milenemachadovieira8@gmail.com
[30]Acadêmica do 1º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: lais.dalasen@hotmail.com
[31]Acadêmica do 1º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.E-mail: alypozzatto@gmail.com

Diante deste cenário, este trabalho tem como questionamento: de que maneira o ordenamento jurídico pode auxiliar na inclusão dos deficientes mentais frente a sociedade?

Para responder a essa questão de pesquisa, a metodologia e estratégia de ação obedece ao trinômio: Teoria de Base; Procedimento e Técnica. O tipo de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica. Seu método de abordagem parte da teoria de base sistêmico-complexa (matriz teórica) na busca de percepções dialógico-dialéticas produzidas na interface entre direito, política e cultura. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizada a análise bibliográfica e documental, bem como de legislação acerca da temática. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos.

2 DEFICIÊNCIA MENTAL: Da eliminação à assistência

Na pré-história, estudos antropológicos indicam a existência de pessoas com algum tipo de má formação congênita ou adquirida retratada em pinturas e cerâmicas. De acordo com Silva (1986) havia dois tipos de possibilidades adotadas com relação a pessoas idosas, doentesou com alguma deficiência: ou elas eram toleradas nacomunidade, recebiam apoio e eram “assimiladas” pelogrupo ou eram desprezadas e eliminadas de diferentesmaneiras.

A eliminação também era prática correnteentre os gregos. A valorização do corpo levava aosacrifício pessoas com alguma deficiência física que,por serem destituídas do estatuto de pessoas (PALOMBINI, 2003), eram lançadas de penhascos.Na Idade Média,as pessoas portadoras de deficiência mental eram chamadas de “loucas” e aos olhos da Igreja, tinham o mesmo comportamento de um pecador, pois os conhecimentos científicos em relação as doenças eram extremamente inferiores aos dos dias atuais.

Com o passar do tempo, os casos foram aumentando, e com isso se fez necessário que novos estudos fossem realizados, em busca de explicações. A evolução da ciência contribuiu notoriamente para o entendimento dessas doenças, fazendo com que encontrassem formas mais humanas de tratamento.

No livro a *História da Loucura na Idade Clássica* (FOUCAULT, 1978) o autor revela que antes do século XVII, a loucura possuía outra percepção social.

> Através das artes, dos costumes, da literatura, Foucault vai mostrando uma compreensão própria à época clássica que não pode ser caracterizada como erro ou inferior a um saber psiquiátrico posterior, pois se constituiu como uma outra forma de relação com a loucura. Com o fim do 'Grande Enclausuramento' e o nascimento do alienismo pineliano, ocorre a inauguração de uma nova forma de relação com a loucura, agora intermediada pela emergência de um saber denominado *alienismo* ou medicina mental, candidato a um estatuto de cientificidade, que seria sempre questionado, mesmo quando mais reconhecido sob a forma posterior da psiquiatria e da clínica psiquiátrica. Foucault reflete sobre a existência de uma produção de formas de relação com a loucura, mais especificamente a produção da loucura como “alienação mental” e posteriormente como “doença mental”, que transformam a experiência que se tinha da loucura na época clássica (TORRE; AMARANTE, 2012, p.44).

Hoje, apesar de ainda sofrerem preconceitos, os doentes mentais são fortemente protegidos pela aceitação dos pais e por organizações, que visam a inclusão desses indivíduos na sociedade, apesar de suas diferenças.

OArtigo 2º do Estatuto da Pessoa com Deficiência, nos apresenta o conceito dos direitos da pessoa com deficiência, no qual consta a seguinte redação:

> Art. 2º – Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentode longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participaçãoplena e efetiva na sociedade em igualdade de condições comas demais pessoas.
> § 1 – A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial,realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:
> I – os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;
> II – os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;
> III – a limitação no desempenho de atividades; e
> IV – a restrição de participação.
> –Lei nº 13.146 de 06 de Julho de 2015

Sendo assim, são consideradas pessoas com deficiência mental, aquelas que possuem um conjunto de problemas que afetam o intelecto de um indivíduo. Mesmo com todos os avanços, grande parte da população ainda tem que enxergar os deficientes mentais como seres humanos que também possuem personalidade.

2.1 Os Direitos do Deficiente Mental

Toda a pessoa curatelada, por motivo de transtornos mentais, não pode ser privada de possuir um convívio social, tendo ela, direitos de ser inclusa em instituições adaptadas de ensino, que possuam uma equipe especializada, visando o desenvolvimento pessoal das mesmas.

Os deficientes mentais se possível deverão viver em seio familiar, caso isso não possa vir a acontecer (na ausência dos pais), eles possuem o direito de viver em uma instituição que dê os devidos cuidados, ou viver sobre a tutela de alguém que venha a se tornar seu responsável legal, administrando seus bens e prestando-lhe os serviços necessários para garantir o seu bem-estarfísico, psíquico, social e emocional.

Quando por consequência de sua incapacidade de reflexão, o mesmo acabar cometendo um ato ilegal, dependendo do grau de sua doença, ele não deverá ser responsabilizado pelo delito. O seu curador ficará encarregado de pagar a indenização, retirando de seus bens e futuramente sendo ressarcido, através de ato jurídico, pelos bens do curatelado. Apesar de suas diferenças, os interditos devem, dentro do possível, possuir os mesmos direitos que os outros seres humanos.

2.2 Deveres e Obrigações dos Curadores

É dever do curador administrar os bens do curatelado em proveito deste, conservando-os e melhorando-os, cumprindo suas obrigações, sem violar a boa-fé. Representá-lo nos atos da vida civil, receber as rendas, pecúlio previdenciário e as quantias a ele devidas, e arcar com as eventuais dívidas do interdito.

O curador poderá fazer uso do dinheiro pertencente ao deficiente, somente mediante ordem judicial, e desde que seja para as despesas com sustento e medicação. Tendo em vista que o exercício de tutela é o mesmo da curatela, também, deverá haver prestação de contas, em período determinado pelo juiz.

Conforme consta no Artigo 1.757 do Código Civil:

> Art. 1.757 –Os tutores prestarão contas de dois em dois anos, e também quando, por qualquer motivo, deixarem o exercício da tutela ou toda vez que o juiz achar conveniente. Parágrafo único. As contas serão prestadas em juízo, e julgadas depois da audiência dos interessados, recolhendo o

> tutor imediatamente a estabelecimento bancário oficial os saldos, ou adquirindo bens imóveis, ou títulos, obrigações ou letras, na forma do § 1o do art. 1.753. – CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002.

A prestação de contas se faz necessária para que se comprove ao Ministério Público e ao juiz de direito a boa conduta do responsável. Esse ato consiste na apresentação em ordem cronológica, de documentos como: notas fiscais, recibos, comprovantes de gastos com medicamentos, saldos e extratos.

Caso o curador não atenda com os seus deveres e obrigações, desviando recursos financeiros do curatelado para outros fins, que não o bem-estar e cuidados do mesmo,responderá a processo judicial nas Varas Cíveis e, em caso de negligência oumaus tratos, a processo criminal. A denúncia poderá ser realizada por qualquer pessoa, frente ao Ministério Público.

2.3 A Relação dos Deficientes com a Família

Durante muito tempo as famílias, ao descobrirem a doença mental em algum membro, entregavam o mesmo aos cuidados de clínicas psiquiátricas especializadas, com intuito de fugir das obrigações e da discriminação que viriam a sofrer perante a sociedade. Nessas clínicas, os doentes ficavam internados sem receber o tratamento necessário, afeto ou visitas frequentes dos familiares, sendo privados do convívio social.

Com o avanço dos estudos sobre a doença, mostrou-se que o apoio da família é essencial ao tratamento, pois quando os familiares se aliam a terapia do paciente, ele passa a confiar mais nas pessoas, a se aproximar delas, criando laços de amizade e companheirismo, tendo mais disposição para ser ajudado. O auxílio familiar é importante para melhor controle do uso dos medicamentos, na presença constante das consultas médicas, na percepção de alterações comportamentais, resultando em uma melhora mais eficaz.

> O adoecimento mental de um filho abala, frequentemente de forma intensa, a autoestima dos pais. O filho doente parece representar, para muitos genitores, uma denúncia das falhas do sistema familiar, que não conduziu com sucesso sua missão de formar os filhos. (MELMAN, 2008, p. 32).

É notório que a descoberta de uma doença mental em um ente querido, abala as estruturas familiares, e o “choque” acaba levando alguns pais a tomarem atitudes precipitadas, até mesmo pelo tabú que se tem a respeito do assunto. Dentre as diversas atitudes irrefletidas podemos citar: a internação imediata, o abandono, e a negação em relação a pessoa doente. No caso da ausência dos pais de pessoas que não podem exprimir sua vontade (relativamente incapazes), os membros mais próximos na hierarquia familiar, denominados curadores, ficam com a responsabilidade de assistenciá-las.

Indivíduos com deficiência mental possuem um comportamento que muitas vezes afetam as relações familiares e a saúde mental de seus curadores. Uma alternativa para amenizar as dificuldades enfrentadas pelos parentes é a procura por grupos de suporte socioemocional e psicoeducativo, entidades que visam a troca de experiências e apoio psicológico.

2.4 Incapacidade da Pessoa com Deficiência Perante a Lei

Todo ser humano possui capacidade de direito que é adquirida com o nascimento com vida, perdendo-se somente com a morte, mas nem todos possuem a capacidade de fato ou de exercício, que se relaciona com a capacidade de exercer alguns atos da vida civil. Anteriormente a Lei 13.146/2015, aqueles que não possuiam capacidade de fato, eram considerados como incapazes absolutamente na órbita civil.

Posterior a entrada em vigor dessa nova Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, sancionada no dia 06 de Julho de 2015 e publicada no dia seguinte, entrando em vigor somente após 180 dias de sua publicação (vacatio legis), ao final do mês de dezembro de 2015, conhecida popularmente como o Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Logo, diversos direitos foram trazidos, bem como ressaltou a ideia de igualdade para a pessoa com deficiência, tornando assim somente os menores de dezesseis anos absolutamente incapazes, como consta no Artigo 3º do Código Civil e os demais grupos relativamente incapazes. Conforme o Artigo 4º do Código Civil, redação dada após a Lei 13.146 de 6 de Julho de 2015:

> Art. 4º – São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
> IV - os pródigos.
> Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.
> Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.
> – Redação dada pela Lei nº 13.146/2015.

Dando destaque ao inciso III, que inclui as pessoas com deficiência mental, as quais, antigamente não possuiam direitos a exercer a manifestação da vontade na vida civil, e que agora passam a ter alguns desses atos legalizados, podendo virem a ser inclusos socialmente em prol de sua dignidade humana.

Apesar de suasdependências em possuir um assistente e da necessidade de um monitoramento constante, esses pacientes dispõe à relativa capacidade cívil, conforme consta no Art. 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência: eles podemcasar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória,exercer o direito à família, à convivência familiar e comunitária, exercer o direito à curatela, entre outros.

Conforme leciona Flávio Tartuce em seu Artigo *Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Primeira Parte:*

> Verificadas as alterações, parece-nos que o sistema de incapacidades deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em prol da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social [...] A norma então em vigor, antes das recentes alterações ora comentadas, tratava das pessoas que, por causa transitória ou definitiva, não pudessem exprimir sua vontade, agora tidas como relativamente incapazes, reafirme-se.(TARTUCE, Flavio, Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015. Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Primeira Parte)

Partindo desse princípio, ficou afirmado que os deficientes mentais não devem ser tratados desigualmente, possuindo seus direitos e a sua dignidade preservados perante a sociedade. A partir da entrada em vigor do Código Civil de

2002, a expressão “loucos de todos os gêneros” não pode mais ser aplicada, por ser ofensiva, discriminatória, ferindo a dignidade, um dos princípios fundamentais da pessoa humana.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme verificou-se perante o decorrer do presente artigo, as pessoas com deficiência mental são relativamente incapazes perante a lei. Apesar de suas diferenças, elas possuem direito a viver em seio familiar, ou em instituições que o substitua, poderão também optar por construir sua própria família, possuir um curador para somente administrar seus negócios e patrimônios, pois o mesmo não pode interferir nas suas escolhas afetivas.

A Lei deve ser efetiva, e abranger todos os casos de forma individual, pois existem diversos graus de deficiência mental, e vale ressaltar que cada pessoa encara uma realidade diferente. Mesmo assim, eles possuem os mesmos direitos essenciais e indispensáveis à vida digna, como qualquer outro ser humano.

Com base nisso, constatamos que houve muitos avanços em relação aos direitos de pessoas especiais, entretanto, ainda há a necessidade de se desenvolver maiores movimentos que integrem esses indivíduos, resultando em um melhor conhecimento da população sobre o determinado assunto, diminuindo assim os estereótipos e pré-conceitos que o cercam.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, Nylson Paim de. (Org.). **Vade Mecum**. 14.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018. 2028 p. ISBN 978-85-7699-554-8

ARENGHERI, Stella. Família também é “remédio” para doença mental: Engajamento da família é fundamental para um futuro de qualidade do jovem vítima de episódio psicótico. **Jornal da USP**, São Paulo, 07 mar. 2017. Ciências da Saúde. Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-da-saude/familia-tambem-e-remedio-para-doenca-mental/>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BATISTA, Sérgio Murilo; FRANÇA,Rodrigo Marcellino de. Família de pessoas com deficiência: Desafios e superação. **Revista de Divulgação Técnico Cientifica do ICPG**, Blumenau, v. 3, n. 10, p. 117-121, jan-jun. 2007. Disponível em:

<http://eduardobarbosa.com/sitedata/filesdt/textos_tecnicos/11/artigosobrefamilia.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018

BRASIL. **Código Cilvil**. Lei n°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Brasília, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 12 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.***Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 mai. 2014.

BRASIL. **Lei n°. 13.146, de 06 de Julho de 2015**. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Estatuto da Pessoa com Deficiência: *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, 06 jul 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 05 mai. 2018.

CANABARRO, John Eder. **LEI 13.146/15: A Incapacidade Civil e Seus Reflexos no Ordenamento Jurídico**. Jusbrasil. Disponível em: <https://johnedercanabarro.jusbrasil.com.br/artigos/419264513/lei-13146-15-a-incapacidade-civil-e-seus-reflexos-no-ordenamento-juridico>. Acesso em: 12 mai. 2018.

FOUCAULT, Michel. **A História da Loucura na Idade Clássica.** São Paulo: Perspectiva, 1986.

MELMAN, J. Família e doença mental: repensando a relação entre profissionais de saúde e familiares. São Paulo: Escrituras; 2001.

MESTRINER, Angelo. **O exercício da curatela**: deveres do curador em favor do interditado. Disponível em: <https://angelomestriner.jusbrasil.com.br/artigos/475657514/o-exercicio-da-curatela-deveres-do-curador-em-favor-do-interditado>. Acesso em: 05 mai. 2018.

Palombini, A. L. **Das mãos de Deus aos avatares da ciência:** o estigma da diferença. In Psicologia e educação: multiversos sentidos, olhares e experiências (pp.120-125). Porto Alegre: Editora UFRGS, 2003.

SANTIN, Gisele; KLAFKE, Teresinha Eduardes. A família e o cuidado em saúde mental. **RevistaBarbaroi**, Santa Cruz do Sul, n. 34, p. 146-160, jun. 2011. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/barbaroi/n34/n34a09.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2018.

SETUBAL, JoyceMarquezin; FAYAN, RegianeAlves Costa (Org.). **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência**: Comentada. Campinas: Fundação FEAC,

2016. Disponível em: <http://www.agapasm.com.br/Lei-brasileira-de-inclusao-comentada.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

Silva, O. M. **A epopéia ignorada:** a pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: Cedas, 1986.

TARTUCE, Flávio. **Alterações do Código Civil pela Lei 13.146/2015**: Repercussões para o Direito de Família e Confrontações com o Novo CPC. Primeira Parte. 2015. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/213830256/alteracoes-do-codigo-civil-pela-lei-13146-2015>. Acesso em: 12 mai. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil:** volume único. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015. 75 p. Disponível em: <https://2014direitounic.files.wordpress.com/2016/03/manual-de-direito-civil-flacc81vio-tartuce-2015-11.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2018.

TORRE,E. H. G.; AMARANTE, P. Micghel Foucault e a “história da loucura”: 50 anos transformando a psiquiatria. In: **Cadernos Brasileiros de Saúde Mental,** v. 3, 2012.



O PRECONCEITO COM A DEFICIÊNCIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E PENAL

Gabriel Poetini Fontoura[32]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar questões históricas e culturais de nível mundial e nacional que trazem o desconhecimento das capacidades de pessoas com os diversos tipos de deficiência que possam ter, disseminando preconceito e exclusão para com tais sereshumanos, cidadãos ou não, dependendo do contexto histórico e trazer conhecimento crítico jurídico e civil e também uma reflexão sobre essa temática que toma grandes proporções no século XXI Brasil a fora, sendo assunto alvo dos mais diversos tipos de meios de comunicação e projetos no meio político para ter sua devida inserção. Como metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica para tratar dos problemas aqui mencionados.

Palavras-chave: Violação da moral; Deficiência adquirida; Deficiência congênita; Deficiência hereditária; Inclusão social; Preconceito.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É sabido que, tratando-se de pessoas com qualquer tipo de deficiência, e em qualquer época da história que se tenha conhecimento, são relatadas como incapazes, tanto fisicamente quanto mentalmente, tendo uma participação histórica rala e fraca comparada aos demais feitos concebidos por pessoas classificadas como normais.

Em Esparta, a Pólis grega responsável pelo exercício militar, fazendo o papel de proteção, servindo como exército para eventuais guerras, já existia a questão da exclusão social em relação já com os próprios recém-nascidos, onde os que não fossem considerados bons, normais e fortes, eram largados de penhascos ou jogados ao mar. Conforme os hábitos foram sendo mais conhecidos e considerados normais com deficientes, Aristóteles fala que é considerada injustiça todo ato de tratar o desigual de maneira igual, fazendo alusão aos deficientes que em Atenas este influenciou o amparo e proteção social para com os necessitados. (GARCIA, 2011)

Porém, é relevante destacar que, durante a história do mundo desde que se tem conhecimento, a inserção do deficiente em sociedade e aceitação de tal não foi

[32] Acadêmico do I semestre de Direito pela Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus Santiago. E-mail: gabriel.p_f@hotmail.com

algo considerado gradativo e em base de lutas por seus direitos. Houveram apenas momentos que, em total relação ao modo de governo prestado em determinado estado foi o causador de certa inclusão do deficiente no âmbito social, por vezes servindo também para trabalhar, como se tem relatos do Egito antigo, onde os cegos poderiam ter essa possibilidade.

Já na era cristã, após o fim do império romano, foi o momento em que aconteceu a mudança do modo que a sociedade via e tratava as pessoas com deficiência, mas, por óbvio, este também não é um processo linear, e este costume deu-se pela própria doutrina cristã que tinha olhos mais humanos para com estes.

Deste modo, venho por este trabalho tentar buscar a seguinte reflexão: Como proceder em caso de violação da moral, mais especificamente, na cultura de exclusão social e de preconceito com pessoas com deficiência?

Em resposta a esta questão, fazendo por tal a análise bibliográfica, dedutiva e jurisprudencial acerca da temática, aborda-se a problemática da violação da moral, a exclusão social, o descompromisso do Estado para com essa situação tendo falhas jurisprudências que tendo mudanças, estas seriam cabíveis para começar a mudar o cenário atual.

2 O PRECONCEITO COM DEFICIENTES NO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL BRASILEIRO

Uma das leis que mais impacto produziu recentemente no âmbito do direito civil foi o estatuto da pessoa com deficiência, como foi nomeada a Lei nº 13.146/2015 que entrou em vigor em 2016, após um VacatioLegis de 180 dias, alterando as hipóteses da capacidade de fato anteriores do direito civil brasileiro.

De acordo com a redação original:

> Art. 3° São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:
> I - os menores de dezesseis anos;
> II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
> III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Com a nova redação que foi dada ao artigo 3° do código civil, são considerados plenamente incapazes apenas os menores de 16 anos e deslocou a hipótese de impossibilidade de manifestação da vontade do artigo 3° para o 4° e revogou as hipóteses anteriores de uma incapacidade baseada em deficiência; também em seu artigo 6°, o estatuto determina que a deficiência não interfere na plena capacidade civil do sujeito.

Com essa modificação legislativa, agora o sujeito com deficiência tem o direito de participar dos atos da vida civil, porém, em relação aos quesitos de políticas públicas para a conscientização das massas em virtude da inclusão social destes deixou muito a desejar, pois,mesmo com políticas públicas, preconceito contra pessoas com deficiência ainda é realidade.

E, em relação ao próprio estado, sobre essas modificações, no tocante a inclusão social, falta preparo para tal, tendo como exemplo diversos casos de pessoas com surdez, mudos ou ainda surdos-mudos que tem extrema dificuldade se inserir no meio acadêmico, faltando professores especializados, faltando a união da turma em geral com o deficiente, e, em raras oportunidades conseguir adentrar em algum, ainda faltar preparo das empresas para contratar, sendo estágio ou emprego fixo. O governo criou medidas para a inserção destes no mercado de trabalho, como a Lei de Cotas, criada em 1991, ela define que todas as empresas privadas com mais de 100 funcionários devem ter de 2% a 5% de suas vagas ocupadas por pessoas que possuam algum tipo de deficiência.

> **2. A LEI 8213/91 – LEI DAS COTAS PARA DEFICIENTES E A GARANTIA DE EMPREGO**
> Conforme já dito, a Lei 8213/91 determina que a empresa com 100 ou mais empregados deverá preencher de 2% a 5% de seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas na seguinte proporção:
> I. Até 200 empregados - 2%;
> II. De 201 a 500 empregados - 3%;
> III. De 501 a 1.000 empregados - 4%;
> IV. De 1.00 em diante - 5%;
> A lei determina a obrigatoriedade da observância da contratação mínima sob pena de autuação através de multa administrativa. (MARCONI, 2013, [s.p])

O problema é que, o empregador não se preocupa com a capacidade ou provávelpotencial que o deficiente possa vir a ter, mas sim por se ver obrigado a ter

de contratar, e mesmo após tantos anos dessa lei estar em vigência, empresas ainda sofrem autuação do Ministério Público do Trabalho por não preencher esse requisito.

> Observa-se que passados mais de 20 anos de vigência da lei 8.213/91, muitos empregadores ainda sofrem autuação pelo Ministério Público do Trabalho por não preencherem o mínimo necessário de contratação de pessoal com deficiência. (MARCONI, 2013, [s.p])

Outra medida tomada pelo Governo foi de proibir o empregador de pagar salário menor aos demais devido à sua deficiência. (MARCONI, 2013)

3 O MOTIVO DO PRECONCEITO COM DEFICIENTES E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL E PENAL

É inegável que, na história do Brasil, existem diversas menções às pessoas com qualquer grau de deficiência, seja ela congênita, que é a que surge durante a fase intrauterina, antes do indivíduo nascer e a adquirida, que é a que ocorre devido algum fato durante a vida do indivíduo que o faz ficar incapacitado de certas funções, físicas e/ou mentais, e, ambas estas deficiências citas, eram relacionadas a pessoas de base social pobre e miserável, fazendo um costume de relação entre isso criando uma cultura já voltada ao preconceito com deficientes.

> O percurso histórico das pessoas com deficiência no Brasil, assim como ocorreu em outras culturas e países, foi marcado por uma fase inicial de eliminação e exclusão, passando-se por um período de integração parcial através do atendimento especializado. Estas fases deixaram marcas e rótulos associados às pessoas com deficiência, muitas vezes tidas como incapazes e/ou doentes crônicas. Romper com esta visão, que implica numa política meramente assistencialista para as pessoas com deficiência, não é uma tarefa fácil. Mas, com menor ou maior êxito, isso foi feito com o avanço da legislação nacional sobre este tema, contando agora com a contribuição direta das próprias pessoas com deficiência.(GARCIA, 2011, [s.p])

Seguindo esta mesma linha de pensamento, é de suma importância relatar a história de Antônio Francisco Lisboa, um dos maiores representantes das artes plásticas brasileira, comumente conhecido como Aleijadinho, seu nome artístico. Este, que nasceu em pleno período em que o estilo do Barroco era o atual, e o Brasil

possuía o sistema de governo era monárquico, filho de escravo que também era escultor, começou sua carreira na infância, e ao longo da vida desenvolveu uma doença em que perdeu certos movimentos das mãos, mas, mesmo assim, fez as esculturas de “Os Passos da Paixão e Os Doze Profetas”, um conjunto de obras constituídas de 66 imagens religiosas, que são residentes da Igreja de Bom Jesus de Matosinhos, na cidade de Congonhas do Campo.

Levo em consideração este ícone pois, mesmo sendo considerado o maior artista plástico do período do barroco, morreu abandonado, pobre e doente, ou seja, devido às suas características que na época não eram aceitas, foi de pouca importância todo o trabalho que somente mais tarde teve o seu devido reconhecimento.

Na obra de Emilio Figueira, “CAMINHANDO EM SILÊNCIO”, que relata a história das pessoas com deficiência referidas no Brasil, fazendo uma linha do tempo desde o descobrimento e colonização do Brasil até a república.

> “(...) as questões que envolvem as pessoas com deficiência no Brasil – por exemplo, mecanismos de exclusão, políticas de assistencialismo, caridade, inferioridade, oportunismo, dentre outras – foram construídas culturalmente” (grifo nosso). (FIGUEIRA, 2008, p.17).

E deixa claro que as medidas de reversão de uma série de acontecimentos que é de origem cultural leva tempo, sendo este um processo lento que tem sido mais intensificado nas últimas décadas pelo estado, que toma contramedidas ao caso de preconceitos e cria novos direitos para tais.

No que se refere aos direitos em geral do deficiente, em 1989 foi criada a Lei nº 7.853, que tem como, no início, primeiro a classificação dos tipos e características dos deficientes:

> Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
> I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam

> dificuldades para o desempenho de funções; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
> II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
> III - deficiência visual - cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60º; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
> IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
> a) comunicação;
> b) cuidado pessoal;
> c) habilidades sociais;
> d) utilização da comunidade;
> d) utilização dos recursos da comunidade; (Redação dada pelo Decreto nº 5.296, de 2004)
> e) saúde e segurança;
> f) habilidades acadêmicas;
> g) lazer; e
> h) trabalho;
> V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

E, logo em seguida, trouxe os crimes que são previstos na Lei nº 7.853, tendo em sequência outros crimes previstos no Código Penal Brasileiro.No artigo 8°:

> Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa:
> I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta;
> II - obstar, sem justa causa, o acesso de alguém a qualquer cargo público, por motivos derivados de sua deficiência;
> III - negar, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, emprego ou trabalho;
> IV - recusar, retardar ou dificultar internação ou deixar de prestar assistência médico-hospitalar e ambulatorial, quando possível, à pessoa portadora de deficiência;
> V - deixar de cumprir, retardar ou frustrar, sem justo motivo, a execução de ordem judicial expedida na ação civil a que alude esta Lei;
> VI - recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil objeto desta Lei, quando requisitados pelo Ministério Público.

Em relação ao código penal, também existem normas de condutas referentes ao assunto, além das previstas na Lei n° 7.853, das lesões corporais:

Lesão corporal
Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:
Pena - detenção, de três meses a um ano.
(...)
§ 9o Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei nº 11.340, de 2006)
(...)
§ 11. Na hipótese do § 9o deste artigo, a pena será aumentada de um terço se **o crime for cometido contra pessoa portadora de deficiência**. (Incluído pela Lei nº 11.340, de 2006) (sem grifos no original)

Nos crimes contra a honra:

Calúnia
Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como6 crime:
Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.
Difamação
Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.
Injúria
Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:
Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.
(...)
§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou **portadora de deficiência**: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)
Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)
Disposições comuns
Art. 141 - As penas cominadas neste Capítulo aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:
(...)
IV - contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos ou **portadora de deficiência**, exceto no caso de injúria. (Incluído pela Lei nº 10.741, de 2003) (sem grifos no original)

Nos crimes contra a organização do trabalho:

Frustração de direito assegurado por lei trabalhista
Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:
Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)
(...)
§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou **portadora de deficiência física ou mental**. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)

Aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional
Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:
Pena - detenção de um a três anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998)
(...)
§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou **portadora de deficiência física ou mental**. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 29.12.1998) (sem grifos no original)

Por fim, o Código Penal tipifica os crimes contra a dignidade sexual:

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
§ 1o Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou **deficiência mental**, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou **deficiência mental**, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
(...)
§ 2o A pena é aumentada da metade se: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
(...)
II - a vítima, por enfermidade ou **deficiência mental**, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
Tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Art. 231-A. Promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)
(...)

> § 2o A pena é aumentada da metade se: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
> (...)
> II - a vítima, por enfermidade ou **deficiência mental**, não tem o necessário discernimento para a prática do ato; (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009) (sem grifos no original)

Sendo assim, em suma, estas são as normas que dizem respeito às sanções que devem ser tomadas nos casos de crimes relacionados a deficientes e sua integridade.

4 CONCLUSÃO

A ideia de que pessoas com deficiência não são plenamente capazes de possuir uma vida normal e serem autossuficientes vem do preconceito para com estes a longo prazo na própria história da humanidade, que, infelizmente, perdurou por muito tempo, podendo dizer que foram eras de discriminação que os deficientes sofreram e aguentaram calados, à margem da própria sorte. É fato que o pensamento ocidental moderno traz visão de igualdade perante os seres humanos e prezam pela proteção desses direitos, mas que ainda se torna um tabu a ser quebrado a questão de como a sociedade ainda os trata.

Sendo assim, por meio dos ideais aqui tratados, fica evidente a questão da importância de políticas públicas para tratar dessa problemática, tendo em vista que a inserção e a sociabilidade seja natural, e, para que isso aconteça, cabe aos políticos ativistas no assunto, que criem projetos para tratar desses assuntos, e, que atinjam, do nível escolar básico até o mercado de trabalho, para que adequem a nova realidade posta, pois a educação é o fator primordial para que as mudanças aconteçam.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n° 7.853, de 24 de outubro de 1989.** Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela

jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.*Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 de out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7853.htm> Acesso em: 09 mai. 2018

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.**Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).*Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm> Acesso em: 06 mai. 2018

GARCIA, Vinícius Gaspar. **As pessoas com deficiência na história do Brasil.** Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/pcd-brasil> Acesso em: 06 mai. 2018.

GARCIA, Vinícius Gaspar. **As pessoas com deficiência na história do mundo.** Disponível em: <http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial> Acesso em: 06 mai 2018.

GOULART, Henrique Gouveia de Melo. **Os crimes previstos contra os portadores de deficiências.**Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,os-crimes-previstos-contra-os-portadores-de-deficiencias,40930.html#_ftn2> Acesso em: 09 mai. 2018.

MARCONI, Rodrigo Nicolau. **Da contratação de pessoas com deficiência.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8274/Da-contratacao-de-pessoas-com-deficiencia> Acesso em: 07 mai. 2018



O ABORTO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: DIREITO À VIDA *VERSUS* SUA CRIMINALIZAÇÃO

Ernesto Lul Possebon[1]
Mario Ruan Camargo[2]
Taléia Cogo Dorneles[3]

RESUMO: O presente artigo traz uma reflexão sobre a temática do aborto no sistema jurídico brasileiro, um direito à vida versus sua criminalziação, descrevendo a relação entre o ato e a jurisdição, entendendo a criminalidade do mesmo, perante a Constituição Federal, visto que a vida é um bem jurídico e deve ser preservada. A metodologia para a pesquisa realizou-se a partir de material bibliográfico, com embasamento em autores como: Tartuce (2013), Afradique (2018), Matielo (1996), entre outros. Dessa forma, entende-se que a vida pode ser considerada o bem jurídico de maior relevância e é dever do Estado proteger o nascituro dando total suporte ao seu direito de nascer, à sua integridade física e psíquica, tendo como base a legislação do país, pois o fato de ser considerada pessoa já lhe garante os atos constitucionalizados. Ainda, é preciso entender o direito da personalidade ao concebido, de forma a valorizar o ente humano.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto; Direito à vida; Nascituro; Criminalização.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo com o tema O aborto no sistema jurídico brasileiro, visa refletir sobre o direito à vida tornando esse ato passível de condenação, previsto na Constituição.

O caso que está sendo debatido faz jus à defesa do direito à vida, criminalizando atos abortivos considerados inconstitucionais e desumanos, visto que esse ato de privação da vida oferece além de danos à gestante, consequentemente impede a existência de um novo ser, a partir dessa reflexão justifica-se o presente.

O problema acerca do tema está relacionado às questões econômicas e sociais, tendo em vista a falta de responsabilidade dos indivíduos em se tratando de relação sexual, aliado a isso a precocidade para o ato. O objetivo da pesquisa é enfatizar o aborto considerando-o um crime contra a vida, apresentando penalidades decorrentes do mesmo e como são realizados.

Diante deste cenário, este trabalho tem como questionamento:de que maneira o ordenamento jurídico defende o direito à vida do nascituro e sua personalidade juridica?

Para responder a essa questão de pesquisa, a metodologia e estratégia de ação obedece ao trinômio: Teoria de Base; Procedimento e Técnica. O tipo de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica. Seu método de abordagem parte da teoria de base sistêmico-complexa (matriz teórica) na busca de percepções dialógico-dialéticas produzidas na interface entre direito, política e cultura. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizada a análise bibliográfica e documental, bem como de legislação acerca da temática. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos.

O tema apresentará uma breve reconstrução histórica do aborto e como ele foi discutido e visto em determinados períodos; Os aspectos jurídicos e sociais do aborto trazem penalidades, consequências e teorias acerca do tema.

2 BREVE CONSIDERAÇÕES SOBRE O ABORTO: sua recontrução histórica

O tema aborto sempre esteve em discussão, independente do contexto histórico. Sobre esse ato, pode-se afirmar o seguinte, segundo pensamento de Fragoso: “[...] a etimologia da palavra *aborto* (se *ab-ortus*) transmite-nos a ideia de privação do nascimento, *interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção*. [...] O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto” (grifos do autor) (AFRADIQUE, 2018).

Desde as mais antigas civilizações, ocorreram discussões sobre a prática do aborto, “[...]Israelitas (no século XVI antes de Cristo), Mesopotâmicos, Gregos e Romanos, mas limitavam-se a compor considerações e críticas de cunho inteiramente moral” (MATIELO apud PACHECO, 2007 [s.p]).

De acordo com Pacheco (2007 [s.p]), práticas abortivas sempre foram praticadas em todo o mundo, mesmo que reprovadas por algumas civilizações. Elas serviam, conforme afirmavam seus praticantes, para o controle populacional. Ao longo dos tempos, códigos foram criados, reflete Matielo (1996) e em alguns casos,

a pena de morte era aplicada em caso de aborto, por se tratar de um ato ilícito. Na Índia, por exemplo:

> Se dele resultasse a morte de gestante pertencente à casta dos padres, o responsável sofreria castigos como se houvesse ceifado a vida de um *Brahmane*, sendo este submetido a penas corporais que, em grau máximo, levariam à morte (grifos do autor) (MATIELO, 1996, p. 13).

O código de conduta na Pérsia, no que se refere ao abortamento, era encarado de forma radical. De acordo com Matielo (1996), se a jovem praticasse o aborto, pai e mãe também eram considerados responsáveis, dessa forma, eram considerados culpados e co-partipantes do delito, cabendo, portanto, a condenação por pena de morte. Fica claro que a culpa sobre o ato, recaía na mulher ou quem auxiliava. Nessa mesma época, o Poder Legislativo interveio e:

> [...] atuou no âmbito de criar leis que salvaguardassem os interesses do pai (que na maioria das vezes desconhecia o fato a gravidez) e da sociedade como um todo. No entanto, ressalta-se que quando a gestação acorresse fora do matrimônio ambos os povos mencionados continuaram a aconselhar a gestante a realizar o aborto (MATIELO, 1996, pg. 14).

Na República Romana, de acordo com Pacheco (2007 [s.p]), o aborto foi considerado ilegal, no entanto era praticado, principalmente, por aquelas que visavam aparência física, aspecto importante no meio social. Como essa prática cresceu muito, os legisladores passaram a considera-la ato criminoso. A Lei de Cornélia, segundo Matielo (1996), tinha como sanção pena de morte à mulher que praticasse o aborto, o mesmo para quem auxiliasse no ato, fato que poderia ser abrandado caso a gestante não falecesse por ocasião da intervenção.

O Cristianismo, de acordo com Pacheco (2007 [s.p]), modificou as ideias e concepções em torno das práticas abortivas, tornando imoral essa prática, pois a alegação era de que o homem possuía alma e esta era imortal, “[...] além do mais, sendo o homem criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria então, ter o poder de vida e morte sobre os demais, atributo este exclusivamente do Criador” (MATIELO, 1996, p. 15). As discussões seguiram, resultando na conclusão de que o feto merecia proteção e era obrigação de quem gerou resguardar sua vida, pelo entendimento de que a alma existia desde o instante da concepção.

> A bíblia, em seu livro de Êxodo (1000 anos antes de Cristo), assinalava que: “Se numa rixa entre dois homens, um bater numa mulher grávida de sorte que a faça abortar, mas fique viva, o culpado compensará o dano de acordo com aquilo que o marido lhe impuser e os juízes julgarem”. A maior preocupação era com o prejuízo econômico causado ao marido da gestante, reflexo do pensamento da época sobre os direitos (em verdade, a falta deles) das mulheres (grifos do autor) (SÁ, 2016).

Entretanto, no final do século XIX e início do século XX, segundo Pacheco (2007 [s.p]), os movimentos feministas da Inglaterra e França defenderam a ideia da anticoncepção e de que a mulher teria direito ao aborto. A Revolução de 1917, na Rússia, mudou conceitos e concepções sobre o tema, e o aborto deixou de ser considerado crime, legislação que influenciou países socialistas nas décadas que viriam.

De acordo com Pacheco (2007), ao final da década de 60 e começo da década de 70, na Europa, o aborto se torna uma questão política e manifestações fazem com que partidos conservadores mudem a legislação como, por exemplo na Itália. Essa luta, segundo Barchifontaine (1999), “[...] é consequência da evolução dos costumes sexuais e do novo papel que as mulheres vieram adquirindo a partir dos anos 60 na sociedade, na qual passaram a ter participação mais ampla e a brigar por seus direitos” (apud PACHECO, 2007 [s.p]), o movimento feminista, então, afirma ser um direito necessário o controle sobre o próprio corpo pela mulher.

No período de 1967 a 1979, metade dos estados americanos legalizou o aborto. Segundo Sá (2016), ele seria legalmente concedido até o terceiro mês da gravidez e se preenchidas diversas restrições legais, variáveis de estado para estado. O abordo, nos EUA “[...] se tornou um direito constitucional da mulher, posição que perdura até os dias atuais, apesar de estar em pauta projeto de lei que proíbe tal prática em períodos avançados de gravidez” (SÁ, 2016).

O delito de abortamento no Brasil, considerado criminoso, de acordo com Fernandes (1996, p. 76), teve efeito, perante a lei, a partir do Código Criminal de 1830, em seu art. 199, que detalhava dois tipos de crimes: o aborto consentido e o aborto sofrido; ficava fora desse entendimento o aborto procurado, uma punição imposta a terceiros que seriam responsáveis diretos pela prática, excluindo a gestante de sanção penal.

> No Código de 1890, o assunto era tratado com maior largueza. O abortamento, com ou sem expulsão do produto da concepção, constituía ilícito penal. Quando, em consequência de manobras abortivas, havia a expulsão do produto, a pena era mais rigorosa (FERNANDES, 1996, p. 76).

Ainda, sobre o Código de 1890, segundo Fernandes (1996, p. 76) poderia ocorrer atenuação especial da pena no aborto consentido ou procurado, quando esse ato estivesse ligado para ocultar desonra. Por outro lado, quando provocasse a morte da gestante era ato ilícito e especialmente qualificado, ainda, "[...] Se o crime era praticado por quem possuísse título científico, havia também exasperação da pena" (FERNANDES, 2016, p. 76).

Pelo Código Criminal de 1890, aborto seria permitido somente no caso de salvar a vida da gestante ou da parturiente, ou seja, havendo risco e morte. A punição, nesse caso, recaía sobre o médico ou parteira se ocorresse a morte da mulher.

No Brasil, pelo Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, o aborto é considerado crime contra a vida humana, passível de processo, salvo algumas restrições, mencionadas adiante. Pelo Código Penal de 1940, três modalidades de aborto seriam puníveis, são elas: aborto procurado, sofrido e/ou consentido. Para Fernandes (1996, p. 76), no aborto procurado, a mulher é responsável pelo ato, ou seja, ela força a interrupção da gravidez; no aborto sofrido, há uma recusa desta em participar da intervenção, não consente nem colabora com o ato e, por fim, no abortamento consentido, a mulher dá assentimento ao ato praticado por terceiro.

Na atualidade, está no Congresso a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 181, que poderá proibir as formas de aborto no Brasil, incluindo gravidez no caso de estupro e de risco de morte para a gestante.

3 ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS DO ABORTO

Interromper uma gravidez é algo a ser discutido, conforme a Legislação do país em questão. No Brasil a Constituição tem como crime a prática do aborto, o mesmo é dividido em espécies:

> 1) autoaborto: a gestante provoca o aborto em si mesma (art. 124, primeira parte); 2) consentimento no aborto: a gestante consente que outra pessoa lhe provoque o aborto (art. 124, segunda parte); 3) aborto provocado sem consentimento: terceira pessoa provoca o aborto sem o consentimento da gestante (art. 125). O consentimento de gestante menor de quatorze anos ou inimputável não será válido; em tais hipóteses, ainda que haja o consentimento, o agente responderá pela pena do aborto sem consentimento (art. 126, parágrafo único); 4) aborto provocado com consentimento: terceiro provoca o aborto com o consentimento da gestante (art. 126) (NABUCO FILHO, 2016).

Verificadas as espécies de abordo, vale refletir, ainda, sobre as consequências desse ato para a mulher e a sociedade. De acordo com a médica ginecologista Sedicias (2018) o aborto implica em complicações físicas e psicológicas na mulher, tais como: perfuração do útero; retenção de restos da placenta que podem provocar infecções; os objetos cortantes e contaminados podem levar ao tétano; se provocar danos ao aparelho produtor, gera esterilidade; inflamações no útero e trompas que podem se transformar em infecção generalizada; remorsos ao lembrar-se do ato, depressão, dentre outros.

Além do mais, o aborto é uma temática que engloba vários aspectos, incluindo teorias relacionadas à situação do nascituro. Tartuce (2013, p. 117-119) reflete sobre três teorias, são elas: Teoria Natalista, aquela em que o nascituro só adquire personalidade após nascimento com vida. O mesmo tem apenas expectativa de direito, negando ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a personalidade, e do direito à vida. Dessa forma esta teoria considera: “[...] que o nascituro não teria direito à vida, mas mera expectativa de direito” (TARTUCE, 2013, p. 117).

Outra teoria, a Teoria da Personalidade Condicional, defende que a personalidade civil começa com o nascimento e os direitos do nascituro seriam direitos eventuais, ou seja, condição suspensiva, um direito para um ato jurídico incerto, tendo assim expectativa de direitos.

Sobre personalidade, é relevante a seguinte observação:

> Como se sabe a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou do ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. [...]

> Como fundamento da tese e da existência de direito sobre condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil (2013, p. 118).

A Teoria Concepcionista, na visão de Tartuce (2016, p. 119) reflete que o nascituro tem seus direitos assegurados desde a concepção, pois a partir dela o mesmo já teria vida, logo, as normas o protegem, isso remete que o mesmo tem personalidade jurídica. A mesma teoria defende que o nascituro adquire personalidade desde a concepção, em suma reconhece a integridade física do embrião, como direito de personalidade. Ainda, sobre essa teoria:

> Os fundamentos desta teoria são os mais diversos possíveis, sendo o de cunho religioso o mais expressivo deles. Dessa forma, a Igreja Católica defende que o seu início é marcado pela alma, isto é, quando o feto recebia a alma passava a existir vida, proibindo o aborto em qualquer fase, já que a alma passa a pertencer ao novo ser no preciso momento do encontro do óvulo com o espermatozóide. Para estes ocorria a chamada “animação imediata”, ou seja, o identificavam com o momento da concepção, São Gregório Niseno é um dos defensores dessa teoria (grifos do autor) (CASTRO, 2014).

A partir de reflexões e embasamentos, no caso de teorias, surge a necessidade de sanções coercitivas em relação ao tema aborto. Dessa forma, a Legislação passa a questionar o ato em questão, resultando em atos jurídicos.

Segundo Nabuco Filho (2016 [s.p]) pelo art. 124 será crime se a gestante permitir que uma terceira pessoa provoque o aborto, esse consentimento está previsto no art. 126 do Código Penal. Ainda, segundo o autor ficam reconhecidos os sujeitos desse tipo de crime como: sujeito ativo e sujeito passivo. O primeiro, sujeito ativo, pelo art. 124, é a gestante, quando esta realiza o autoaborto e somente ela consente que lhe provoquem, caso outra pessoa auxilie como na compra da medicação, por exemplo, será partícipe do crime.

No que se refere ao sujeito passivo, “[...] Em todos os tipos é o ser humano em formação (ovo, embrião ou feto). No aborto não consentido (art. 125) e no agravado pelo resultado, a gestante também figura como sujeito passivo” (NABUCO FILHO, 2016).

As penalidades impostas pelo Código Penal conforme o ato, ou seja, para aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: “[...] Art. 124. Provocar

aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena- detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos" (BRASIL, 2018, p. 588).

No caso de aborto provocado por terceiro, a Legislação afirma o seguinte:

> [...] Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena- reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena- reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (VADE MACUM, p. 588, 2018).

No entanto, o Código Penal é refletido, quanto à culpabilidade e a variabilidade da pena:

> Curiosamente, enquanto que a mulher, ao consentir, é punida com as penas previstas no art. 124 (provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque), o co-autor responde pelo delito do art 126 (provocar aborto com o consentimento da gestante). As penas para um e outro tipo variam em gravidade. A mulher, ao consentir, arrisca-se à condenação mensurável um e três anos de detenção. O co-autor, ao provocar o abortamento, sujeita-se à pena de reclusão, variável entre um e quatro anos. Na diversidade de penas viola-se claramente a regra do art. 125 do Código Penal (quem de qualquer modo concorre a crime, incide a penas este cominadas) (FERNANDES, 1996, p. 76).

De acordo com o Vade Macum (2018, p. 588), o aborto em sua forma qualificada prevê no Art. 127, que o abortamento quando realizado por terceiros e provocar lesões ou a morte da gestante, terá um aumento na pena. Por outro lado, há casos em que não se pune o aborto, ou seja, no Art. 128 o médico fica impune por duas razões, a primeira tendo como intuito salvar a vida da gestante e se a razão para o ato é resultante de estupro e for concedido pela mesma ou quando esta for incapaz, se estiver representada. Segundo Hungria:

> Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Trata-se do aborto também denominado aborto sentimental. Sua permissão originou-se nas guerras de conquistas, quando mulheres eram violentadas por invasores execrados, detestados, e deveriam, caso não interrompida a gravidez decorrente da cópula forçada, arcar com a existência de um filho que lhes recordaria sempre a horrível experiência passada (apud FERNANDES, 1996, p. 81).

Com ressalva contributiva, as palavras do Magistrado Alexandre de Morais sobre o direito à vida:“o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos (MORAIS, 2003, p.63)”.

CONSIDERAÇÕES

Conclui-se que, a temática sobre o aborto afeta diretamente a sociedade, não há um bom motivo para desconsiderar a vida de um feto e, logo, não há motivos para apoiar um ato tão terrível praticado contra uma vida inocente e vulnerável.

Para resolver tal problema em relação à sociedade é vital haver a educação de jovens sobre métodos de planejamento familiar, saúde sexual entre outros aspectos, tendo em mente que devem ser investidos recursos na prevenção da gravidez com políticas públicas eficazes. Essa questão é difícil, pois grande parte da população sexualmente ativa, não pensa nas consequências de seus atos, dessa forma além de doenças contagiosas ocorre, em muitos casos, uma gravidez indesejada.

Há necessidade de uma mudança significativa no que se refere ao modo como atingir, pelo conhecimento, os jovens no que se refere à natalidade e suas consequências. Dados mostram inúmeras jovens que se tornam mães, outras praticam o aborto, mesmo sabendo das consequências legais, estas últimas correm risco e muitas morrem. Os fatores econômicos são desculpas para tal ato, inviáveis, pois se há preocupação com o futuro não há porque correr o risco de uma gravidez não desejada, tendo em vista que os contraceptivos podem ser encontrados gratuitamente.

A partir dessa reflexão, ressalta-se que o aborto poderá ser praticado para salvar a vida da mãe, na ocasião de o feto ter sido gerado por estupro ou ser inviável a gestação por causa de um grave defeito na formação do nascituro. Pela Constituição, o ato de abortamento é uma ação penal no âmbito de crimes contra a vida da pessoa, tendo em vista que o mesmo viola um direito essencial do ser humano. Na realização do autoaborto ou quando a mulher grávida permite que o

mesmo seja realizado há sanção de detenção e também nos casos de o aborto ser realizado por terceiros.

Tendo em vista os crimes contra a vida, salvo em exceções legais, que são amparadas pelo âmbito jurídico, os mesmos devem ser punidos, pois nenhuma pessoa tem o direito de privar a vida de outrem por simples vontade própria, ou seja, nesse caso, vontade da gestante.

REFERÊNCIAS

AFRADIQUE, Eliane. **Direito à vida:** aborto- estupro- feto anencefálico. Penal. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=448>. Acesso em abril de 2018.

CASTRO, Taynara Cristina Braga. ADI n.º 3.510: bioética e suas repercussões no ordenamento jurídico. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4153, 14 nov. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33465>. Acesso em: 30 abr. 2018.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. **Aborto e infanticídio;** doutrina, legislação, jurisprudência e prática. Belo Horizonte: Nova Alvorada Edições Ltda, 1996.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal.** 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional.** 13ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A.

NABUCO FILHO, José. **Aborto (arts. 124 a 128).** Direito Penal. Disponível em: <http://josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/aborto-arts-124-128>. Acesso em abril de 2018.

PACHECO, Eliana Descovi.**O aborto e sua evolução histórica. Direito civil. Aspectos mais relevantes do aborto ao longo de sua evolução histórica, trazendo noções básicas de períodos distintos, desde o início das civilizações até a atualidade**.11/out/2007. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3764/O-aborto-e-sua-evolucao-historica>. Acesso em abril de 2018.

SÁ, André Beltrão de. **Evolução histórica do aborto.** Terça, 30 de Agosto de 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-historica-do-aborto,56669.html>. Acesso em abril de 2018.

SEDICIAS, Sheila . **Saiba o que pode acontecer após o aborto.** Tua saúde < gravidez. Disponível em <https://www.tuasaude.com/aborto-provocado/>. Acesso em maio de 2018.

SILVA, Marcos Antonio Duarte . **O aborto e as implicações sociais e legais: argumentos favoráveis e argumentos contrários.** 2014. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=14017>. Acesso em abril de 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** 1: Lei de introdução e parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TARTUCE, Flavio. **No que consistem a personalidade jurídica formal e a personalidade jurídica material?.** Direito Civil. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121820176/no-que-consistem-a-personalidade-juridica-formal-e-a-personalidade-juridica-material>. Acesso em abril de 2018.

VADE MECUM. Org. Nilson Paim de Abreu Filho. 14 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.



O DIREITO E A PRODIGALIDADE: DEFINIÇÃO, INTERDIÇÃO E INCAPACIDADE RELATIVA À LUZ DOCÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Taylla da Silva Marcheti[33]
João Gabriel Pinto da Costa[2]

RESUMO: Com base no Código Civil, o artigo tratará sobre os pródigos, sua interdição e curatela frente sua incapacidade relativa. O Pródigo pode reduzir-se a miséria ao gastar imoderadamente seus bens por um desvio de personalidade, que muitas vezes se resume ao alcoolismo, vício em jogos de azar entre outras fontes de dependência. A condição de pródigo, prodigalidade, só é tida após sentença confirmada da ação que o pôs em evidência. A necessidade de auxílio aos relativamente incapazes, através de sua tutela, tem intuito de dar maior liberdade e dignidade ao tutelado. Este auxílio por meio de integração e ordenamento jurídico é peça chave de relações sociais e jurídicas da sociedade. Objetivando proteger sua dignidade e patrimônio,deve ser assistido em certos atos, analisando também os limites impostos por lei da sua curatela. Diante do exposto, o trabalho tem como questionamento:a incapacidade relativa do pródigo fere sua liberdade e autonomia? Seria ele necessitado desse acompanhamento (tutela) em certos atos? A metodologia utilizada neste trabalho foi: método de abordagem dedutivo, método de procedimento monográfico e técnica de pesquisa bibliográfica indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil; Pródigos; Interdição; Incapacidade relativa; Desvio de Personalidade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAS

Tendo como amparo jurídico o Código Civil de 2002 e doutrinadores da área do direito civil, a incapacidade relativa se define em linhas gerais pela possibilidade de o incapaz praticar determinado ato apesar da sua incapacidade – exemplificando: o ato de poder votar a partir de 16 (dezesseis) anos, ou ainda a impossibilidade de realizar determinados atos – como: o pródigo realizar atos que possam reduzir seu patrimônio. No segundo caso, do pródigo ocorre uma interdição de determinada ação, necessitando tutela a fim de proteger seu patrimônio.

Pródigo tem como característica o desvio de personalidade, que geralmente está ligado ao alcoolismo, dependência química ou até mesmo o vício em jogos de azar. Esse desvio trás um risco súbito para o patrimônio do mesmo.

[33]Autora. Discente do 3º semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago. E-mail: tayllamarcheti@gmail.com
[2]Autor. Discente do 3º semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago E-mail: joaoggabrielpinto@gmail.com

Sua tutela, resultado da interdição tem como intuito proteger os bens do tutelado. O supracitado não fica impedido de administrar seu negócio ou de exercer suas funções, desde que não possam prejudicar seu patrimônio e contrariem as normas que serão abordadas posteriormente.

O tema é delicado, no que se dirige a incapacidade relativa do pródigo, acaba por privá-lo de liberdade em determinados atos que antes da prodigalidade sentenciada não eram necessitados. Essa curatela é limitada sendo apenas a fim de proteção do tutelado.

A pessoa só é definida como pródigo após sua sentença de interdição, ou seja, depois de provada sua prodigalidade. Proporcionando assim ao investigado garantias constitucionais, como o devido processo legal e ampla defesa.

Diante do exposto, este trabalho tem como questionamentos: a incapacidade relativa do pródigo fere sua liberdade e autonomia? Seria ele necessitado desse acompanhamento (tutela) em certos atos? A lei define a incapacidade relativa dos pródigos. Quando apreciadas pelo Judiciário as causas decorrentes da prodigalidade acabam por terem certa complexidade e uma linha tênue, que se ultrapassada configura um abuso e um desserviço à justiça e autonomia da pessoa e seus direitos.

Adentrando também no campo dos direitos fundamentais vemos a necessidade de auxílio aos relativamente incapazes, através da sua tutela, a fim de proporcionar maior liberdade de ação e consequentemente dignidade ao tutelado. Este auxílio a outro que necessita, realizado por meio de serviço de integração, aceitação ou ainda uso do ordenamento jurídico é peça chave de relações sociais e jurídicas que buscam a paz, harmonização, justiça e equidade da sociedade.

Nisso se resume a importância da discussão, sendo o pródigo detentor do direito de assistência por sua condição. A forma de agir, na representação deve seguir leis codificadas, assim como também se deve seguir a lei material tendo o pródigo somente assim definido depois de atestado sua prodigalidade.

Com objetivo principal de realizar pesquisa satisfatória sobre o tema e compreender suas normas legislativas e doutrinárias em relação aos pródigos. A partir desse pressuposto: analisar casos em que a tutela do pródigo se torne uma afronta a sua liberdade e quando essa tutela de fato ela é necessária. A lei define

limites para a tutela do pródigo e essas têm de serem acatadas para não gerar contraposição com outros direitos primários como a liberdade.

Esse será realizado com base nos seguintes métodos e parâmetros: o método de abordagem será o dedutivo visto que o tema analisado, os pródigos – assim como os maiores de 16 (dezesseis) anos e menores de 18 (dezoito) anos, ébrios habituais, aqueles que não conseguem expressar sua vontade por causa permanente ou transitória são limitações, subdivisões dos definidos como relativamente incapazes. Método de procedimento: Monográfico, terá como baselivros de direito civil, sobre sua Parte Geral, com obras de doutrinadores brasileiros atuais do meio jurídico.

A ténica de pesquisa por meio de documentação indireta, sendo a maior parte da pesquisa feita com base em livros, artigos,legislação atual válida no Brasil e jurisprudências.

2 PRÓDIGOS E A SUA DEFINIÇÃO: Breve análise a luz do Código Civil brasileiro

2.1 Definição de pródigo

Na definição de Flávio Tartuce: “São aquelas pessoas que dissipam de forma desordenada e desregrada os seus bens ou seu patrimônio, realizando gastos desnecessários e excessivos, sendo seu exemplo típico a pessoa viciada em jogatinas.” (TARTUCE, 2013.). Usando termos técnicos, o exemplo de pessoa viciada em jogos, é definido por desvio de personalidade, elemento caraterístico presente na personalidade do pródigo.

2.2 Incapacidade relativa do pródigo

Aquelas pessoas portadoras de direitos, de deveres e que adquirem direitos detêm sua capacidade, entretanto, aqueles que são submetidos a certos limites e necessitam de representação ou serem assistidos em determinados atos, possuem incapacidade relativa. Segundo doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, a

capacidade é a regra, sendo exceções as restrições impostas pela lei que necessitam da proteção legal. (GONÇALVES, 2017.).

A capacidade relativa se define pela impossibilidade da pessoa de praticar certos atos, está presente no Código Civil brasileiro de 2002. O pródigo é um dos que detêm capacidade relativa, porém só pode ser definido como tal depois de sentença de interdição.

No Brasil não existe incapacidade de direito, portando única tipificada no ordenamento jurídico brasileiro é incapacidade de exercício. Como define o Código Civil de 2002, no Título das Pessoas Naturais:

> CAPÍTULO I DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE: Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (CÓDIGO CIVIL, 2002.)

Podendo ser de caráter absoluto como são os menores de 16(dezesseis) anos, segundo o artigo 3º do Código Civil ou ainda de caráter relativo como é o caso dos pródigos, no artigo 4º do mesmo Código. Focando no modelo relativo de incapacidade:

> O artigo 4º do atual Código Civil declarava incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de os exercer: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os pródigos.(GONÇALVES, 2017.).

A incapacidade do pródigo é dada pela descontrole que o mesmo tem sobre guarda de seu patrimônio e o destruindo pelo seu impulso criado pelo desvio de personalidade do mesmo.

2.3 Interdição pródigo

O pródigo só é tido como relativamente incapaz depois que tem sua interdição sentenciada. Flávio Tartuce, em seu livro de Direito Civil I:

> Os pródigos devem ser interditados, com a nomeação de um curador, ficando privados dos atos que possam comprometer o seu patrimônio, tais

> como emprestar dinheiro, transigir, dar quitação, alienar bens, hipotecar, ou agir em juízo (art. 1782 do CC). (TARTUCE, 2013.).

A interdição do pródigo é pontual, abrangendo apenas algumas ações relacionadas a seu patrimônio, ou seja, possui caráter oneroso. Nestes irá necessitar da assistência do curador.

André Luis Paiva, em seu artigo denominado “Necessária diferenciação entre pródigos e superendividados em face dos tratamentos jurídicos correspondentes” define e complementa:

> Deve-se esclarecer, por oportuno, que o Código Civil o prevê como relativamente incapaz, porém priva-o exclusivamente daqueles atos que possam comprometer a sua fortuna (emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, agir em juízo como autor ou réu), reservando-lhe, porém, a realização do que importa em simples administração. (PAIVA, 2010.)

Não sendo limitado em suas demais atividades e vínculos, o pródigo pode exercer seus direitos demais livremente, como: votar, autorizar o casamento dos filhos, ser testemunha ou jurado em processo, entre outros. “Não há limitações concernentes à pessoa do pródigo, que poderá viver como lhe aprouver, [...]”. (GONÇALVES, 2017).

> O pródigo, enquanto não declarado como tal por meio do procedimento descrito acima, é plenamente capaz, após passa a ser relativamente incapaz, ou seja, embora o indivíduo possua direitos, lhe faltará a capacidade para agir sozinho nos atos da vida civil, lhe faltará requisitos materiais para dirigir-se com autonomia no mundo civil, sendo necessária a assistência de uma terceira pessoa. (PAIVA, 2010).

As jurisprudências ajudam no momento da sentença ou processo, mesmo não sendo de caráter formal elas muitas vezes são determinantes em casos abertos. Sobre o caso de curatelas de relativamente incapazes temos:

> Ementa**:** APELAÇÃO CÍVEL. CURATELA. INTERDIÇÃO. LAUDO PERICIAL PSIQUIÁTRICO QUE APONTA A AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE PRODIGALIDADE. CURATELA COMO MEDIDA PROTETIVA EXTRAORDINÁRIA, QUE NÃO SE JUSTIFICA NA ESPÉCIE EM RELAÇÃO AOS ATOS RELACIONADOS AOS DIREITOS DE NATUREZA PATRIMONIAL E NEGOCIAL. De acordo com o art. 84, § 1º, da Lei n.º 13.146/2015 - Estatuto da Pessoa com Deficiência -, somente quando necessário a pessoa com deficiência será submetida à curatela, a qual, nos precisos termos do § 3º do art. 84, constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso . Não sendo

> verificada pelo perito que elaborou o laudo psiquiátrico a existência de indícios de prodigalidade, não resta demonstrada a necessidade do estabelecimento da curatela para os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, razão pela qual merece reparo a sentença atacada, limitando a restrição de capacidade do apelante à impossibilidade de dirigir veículo automotor. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70075963785, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/04/2018).

Portanto a relativa incapacidade do supracitado, não afeta sua liberdade nos demais vínculos e relações da pessoa, porém fica sujeito a acompanhamento quando diz respeito à redução de seu patrimônio. Esse acompanhando protege também sua dignidade, pois acompanhado de curador, acaba por extrair-se de cometer loucuras que possam levar até mesmo a sua miséria, devido seu desvio de personalidade.

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. PEDIDO POR ESPOSA E FILHO. PRODIGALIDADE DO ALIMENTANTE. FAMÍLIA QUE SE MANTÉM ÍNTEGRA RESIDINDO SOB O MESMO TETO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. Deve ser extinta, sem julgamento de mérito, ação de alimentos ajuizada por esposa e filhos, que não estão separados do pai demandado, ao fundamento que é pródigo, `gastando¿ indevidamente os recursos da família. Em se tratando, em tese, de hipótese para interdição, carece de ação a demanda de alimentos, devendo ser extinta sem julgamento de mérito, nos termos do inc. VI do art. 267 c/c inc X do art. 301 do CPC. DE OFÍCIO, EXTINGUIRAM A AÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. PREJUDICADA A APELAÇÃO. (Apelação Cível Nº 70038452926, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz
> PlanellaVillarinho,Julgado em 24/11/2010).

Em recurso em 2ª Instância, tendo como apelante a esposa e o filho do apelado foram decididos que nesse caso, em razão da prodigalidade do apelado, não se pode a esposa pedir pensão alimentícia, visto que essa não possui amparo jurídico. Porém por sua condição de pródigo a interdição é prevista em lei, sendo esse restringido de praticar atos que degradem o patrimônio próprio e familiar.

2.4 Curatela do pródigo

O Código Civil dispõe de regras gerais de representação, servindo de diretrizes de como agir na representação legal em casos de incapacidade. A

incapacidade é uma exceção à regra da capacidade da pessoa, e por isso necessita estar expressa em lei.

> Esses arts. 115 a 120 do CC disciplinam, na realidade, o poder de representação, que pode ser conceituado como sendo o poder de agir em nome de outrem. Esse atributo só existe quando o ordenamento jurídico expressamente o assegura, razão pela qual é oportuno e conveniente o estabelecimento de regras gerais sobre a matéria. (TARTUCE, 2013).

Nesses casos surge a necessidade legal da representação, com intuito de proteger tutelado e auxiliar em seus interesses e preservação dos seus direitos. Pedro Lenza, saudoso doutrinador do ramo do direito Constitucional, destaca, no livro Primeira fase da Oab: Volume Único, em que foi organizador:

> Para que um incapaz possa praticar atos da vida civil será importante presença de um representante para o absolutamente ou de um assistente para o relativamente incapaz. O representante manifestará vontade própria na persecução do interesse do absolutamente incapaz. Já o assistente manifestara a sua, coadjuvando com a vontade do relativamente incapaz (vontade do assistente + vontade do relativamente incapaz) na persecução de um único interesse. (LENZA (Org.), 2017.)

Art. 1767 do CC: “estão sujeitos a curatela: V – os pródigos. (CÓDIGO CIVIL, 2002). Acrescentado pela lei nº 13.105, agora próprio pródigo pode promover processo que determina termos de sua curatela, além dos pais, cônjuge ou parentes e Ministério Público.

> A curatela do pródigo (CC, art. 1767, V) pode ser promovida pelo cônjuge ou companheiro (CF, art. 226, § 3º; JTJ, Lex, 235/108), por qualquer parente ou tutores, pelo representante da entidade em que se encontra abrigado o interditando e pelo Ministério Público (CPC, art. 747). Ao contrário do Código Civil de 1916, o novo não permite a interdição do pródigo para favorecer a seu cônjuge, ascendentes ou descendentes, mas, sim, para protegê-lo,[...]. (GONÇALVES, 2016).

A assistência é a ideia que se tira da representação legal. No caso dos pródigos ela se dá a fim de proteger seu patrimônio e dignidade, dando assim ao curatelado amparo jurídico.

> Ementa: APELAÇAO CÍVEL. INTERDIÇÃO. INCAPACIDADE PARCIAL DO INTERDITANDO CONSTATADA NA PERÍCIA PSIQUIÁTRICA. CARACTERIZADA HIPÓTESE LEGAL PARA INTERDIÇÃO PARCIAL. PRODIGALIDADE E DEPENDÊNCIA QUÍMICA. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Cabível a decretação de interdição parcial da pessoa portadora

> de transtorno de ordem psíquica e dependência química, com características de prodigalidade, que a incapacitem parcialmente para os atos da vida civil, conforme constatado em perícia psiquiátrica realizada nos autos. Hipótese legal contemplada no art. 1.767, incisos III e V, do Código Civil APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70041257833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz PlanellaVillarinho, Julgado em 24/08/2011).

O procedimento de interdição segue um rito, norma, forma de ser executado registrado nos artigos 747 até 758 do Novo Código de Civil. Carlos Roberto Gonçalves define que existem regras e obrigações nesses ritos, citando:

> É obrigatório o exame pessoal do interditando, em audiência, ocasião em que será minuciosamente interrogado pelo juiz “acerca de sua vida, negócios, bens, vontades, preferências, laços familiares e afetivos e sobre o quê mais lhe parecer necessário para o convencimento quanto a sua capacidade para praticar atos da vida civil, devendo ser reduzidas a termo as perguntas e respostas” (CPC, art. 751). É também obrigatória à nomeação de perito médico para proceder ao exame do interditando. É nulo o processo em que não se realizou o referido interrogatório ou não foi feito o exame pericial. “A perícia pode ser realizada por equipe composta por expertos com formação multidisciplinar” (CPC, art. 752). (GOLÇALVES, 2017.).

Com essas regras não se fere a liberdade daquele que está sendo investigado, visto que precisa ser provado a sua incapacidade para passar a condição de interditado. Caso não se prove a prodigalidade não se tem a pessoa à definição de pródigo, sendo ainda uma pessoa capaz nos termos da lei.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A incapacidade relativa é evidenciada quando a pessoa necessita de representação ou assistência para poder exercer ou praticar devido ato da vida civil, não sendo então portador de capacidade total de exercício. No direito brasileiro se estuda a capacidade e incapacidade de fato sendo esta a tipificada, já que nascemos dotados de personalidade e direitos e os adquirimos como o passar da idade e desenvolvimento, podendo a também ser limitada pelas condições do artigo 4º do Código Civil.

O artigo mostraa necessidade de um curador para auxiliar em certos aspectos da vida civil do indivíduo assistido, este sendo dotado de incapacidade seja absoluta

ou relativa. A incapacidade relativa, que foi abordada como pano de fundo do tema pródigo é uma forma dessa representação legal prevista em lei via Código Civil brasileiro de 2002.

A interdição dos pródigos tem objetivo de ajudá-lo a controlar seu patrimônio e bens, a fim de protegê-lo e de evitar que o mesmo, por seu desvio de personalidade venha a degradá-lo e o exterminar. Mas sempre com limites, respeitando a dignidade da pessoa humana, que é assegurada na Constituição Federal brasileira.

A interdição do indivíduo deve ser feita de forma segura, por ser uma medida drástica que priva a pessoa de praticar atos da vida civil de forma independente. Responsabilidade do representante é enorme, portanto deve ser acompanhada e regrada pela lei e pelo poder judiciário para alcançar-se um resultado positivo.

Essa interdição só ocorre depois de sentença, tornando assim um ato justo, que respeita a integridade da pessoa, sua dignidade e do processo legal. Sendo assim a curatela torna-se necessária para auxiliar o pródigo, e não limitar sua liberdade, mas sim proteger seu patrimônio.

Tendo em vista que se deve sempre buscar o bem do tutelado, o curador deve ser uma pessoa que administre a vida, patrimônios e recursos financeiros de forma responsável, visando o melhor, garantindo os interesses e tendo a curadoria como forma de proteger o indivíduo e seus bens.

É um tema bastante extenso e discutido, existindo diversas jurisprudências tratando do assunto. Deve-se também ressaltar as decisões dos juízes em casos de interdição, pois é de extrema importância que sejam feitas de forma clara, garantido a real necessidade de um curador, provando acapacidade relativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponívelemhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 09 de Maio. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.Conforme determina a redação dada pela lei nº 13.146,2015. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF,10 de jan.2015. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>.Acesso em:08 de maio. 2018.

BRASIL. Tribunal Justiça - Rio Grande do Sul, 4ª Região. Acórdão da Apelação Civil n. 70038452926/RS. Relator: VILARINHO, André Luiz Planella. Publicado no DJ de 31/08/11. Disponível em:http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70038452926%26num_processo%3D70038452926%26codEmenta%3D3888165+pr%C3%B3digo,+interdi%C3%A7%C3%A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70038452926&comarca=Comarca%20de%20Rio%20Grande&dtJulg=24/11/2010&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris. Acesso em: 13 de maio. 2018.

BRASIL. Tribunal Justiça - Rio Grande do Sul, 4ª Região. Acórdão da Apelação Civil n. 70041257833/RS. Relator: VILARINHO, André Luiz Planella. Publicado no DJ de 31/08/11. Disponível em:http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70041257833%26num_processo%3D70041257833%26codEmenta%3D4314295+pr%C3%B3digo,+interdi%C3%A7%C3%A3o++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70041257833&comarca=Porto%20Alegre&dtJulg=24/08/2011&relator=Andr%C3%A9%20Luiz%20Planella%20Villarinho&aba=juris. Acesso em : 13 de maio. 2018.

BRASIL. Tribunal Justiça - Rio Grande do Sul, 4ª Região. Acórdão da Apelação Civil n. 70075963785/RS. Relator: SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Publicado no DJ de 12/04/18. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70075963785&as_q=+#main_res_juris. Acesso em: 09 de maio. 2018.

LENZA, Pedro (Org.). **Direito Civil 1 Esquematizado**: Parte Geral, Obrigações e Contratos (Parte Geral). 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

LENZA, Pedro (Org.). **OAB Primeira Fase**: volume único. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

PAIVA, André Luis Parizio Maia. Necessária diferenciação entre pródigos e superendividados em face dos tratamentos jurídicos correspondentes. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2515, 21 maio 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14906>. Acesso em: 8 maio 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil 1**: Lei de Introdução e Parte Geral. 9 ed. São Paulo: Editora Método, 2013.



PERSONALIDADE NO DIREITO DIGITAL: UM PANORAMA ACERCA DO DIREITO À PRIVACIDADE

Maxiomara Antocheviez de Oliveira [34]
Ana Paula da Costa Alves [35]
Heloíse Pretto Reis[36]

RESUMO: As mudanças tecnológicas imprimiram novas concepções ao Direito, que atualmente, busca refletir sobre questões como a personalidade (demais direitos imbricados neste instituto) e outras problemáticas inerentes ao contexto complexo das relações jurídico-sociais mantidas através do ambiente digital. Nesse sentido, o presente estudo analisou como o Direito Digital assegura o direito à personalidade mediante uma sociedade que intensifica suas relações no meio virtual.No tocante ao percurso metodológico optamos, inicialmente, pela revisão de fontes (doutrinas, leis, artigos e diversas publicações) acerca da personalidade digital, ainda quanto à análise apresentamos alguns casos, com o objetivo de compreender os princípios basilares das decisões que julgam litígios oriundos do meio virtual.Para tanto, foram fundamentais as obras e discussões estabelecidas por Cardon (2012), Gonçalves (2016), Cesar (2018), entre outros autores, diante do intento de evidenciaro quadro crítico das relações mantidas no ambiente virtual. Desse modo, verificamos a necessidade da regulação dos conflitos de cunho virtual, que acompanhem o propósito do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/ 2014) que se definiu como proteção à personalidade e ao princípio da dignidade humana. O desenvolvimento tecnológico, a democratização da informação mudou definitivamente a forma como os dados públicos e privados são coletados e acessados. Por fim, constatamos que o modelo de operador do direito necessita ser melhor delineado, frenteàs demandas advindas do amplo acesso à internet,principalmente, em virtude da escassa legislação acerca da transgressão dos direitos da personalidade, o que legitimaos estudos na área do Direito Digital que possuem considerável valor por discutirem as garantias dos usuários do ciberespaço.

Palavras-chave: Direito Digital; Personalidade; Direito à privacidade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A revolução tecnológica ocorrida nas últimas décadas, potencializou o uso da informática, além de popularizar o acesso a internet, tendo dentresuas consequênciasamplo reflexo no plano jurídico como, por exemplo, a facilidadeda pesquisa jurídica alcançando inúmeras jurisprudências (acesso a banco de dados),além do desenvolvimento do comércio eletrônico, aspectos que suscitam a necessidade de entender como os direitos dos indivíduos coexistem nesse novo

[34] Acadêmica do I semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI, *campus* Santiago), E-mail: maxiomara1@yahoo.com.br
[35] Acadêmica do I semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI, *campus* Santiago), E-mail: anapaulaalves@live.com
[36]Acadêmica do I semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI, *campus* Santiago), E-mail: heloise.prettoreis@bol.com.br

ambiente, no qual irão se formatar diante de aspectos como direito à privacidade, segurança etc.

Assim, o direito fundamental à privacidade adquire novas perspectivas ou desmembramentos, e alguns autores acreditam até mesmo em direitos inéditos, como o direito fundamental à privacidade na internet, o direito ao esquecimento, entre outros. O implemento da sociedade da informação, produziu demandas que necessitam de novos instrumentos para disciplinar as relações entre o homem e a tecnologia, assim, surge o Direito Digital como uma nova interpretação do Direito tradicionalmente concebido, sob o ponto de vista dos impactos tecnológicos (TAVARES, 2009).

Logo, dentre todos os direitos que estão constantemente relacionados pela nova rotina humana no âmbito da sua comunicação (mídias sociais, trabalho, estudos, serviços bancários, entretenimento, atividades em geral etc), ressalta-se a necessidade de discussão em torno dos direitos da personalidade que estão em contínuo conflitodiante do que prevê a lei, por exemplo, a Constituição Federal (CF/88): liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF/88) e imprensa (art. 220, CF/88) e o direito à privacidade e intimidade que estão descritos como direitos fundamentais (art. 5º, V e X, CF/88), e as violações à personalidade.

Nesse sentido, o presente estudo busca refletir como a personalidade digital tornou-se elemento fundamental no processo de concretização do direito à privacidade no meio virtual? Uma vez que tem instigado os operadores do direito a refletirem sobre como garantir a proteção à liberdade de expressão, se esta deve ser restrita à privacidade para as atividade do cotidiano (inerência ao indivíduo) ou ampla, alcançando a privacidade para atividades públicas ou privadas.

Desse modo, se objetiva, precipuamente, analisar como o Direito Digital assegura o direito à personalidade mediante uma sociedade que intensifica suas relações no meio virtual. Com esse intuito, se faz imperativo: compreender a personalidade a partir dos fundamentos do Direito Digital; comparar a concepções da personalidade concebidas no direito comum e as realçadas pela personalidade digital, ainda, estabelecer os principais aspectos do direito à privacidade no contexto de desenvolvimento da personalidade digital e legislações afins.

Conquanto, a atividade de pesquisa se caracterizou por ser de cunho bibliográfico direcionada a promover indagações que auxiliem às reflexões em torno da problemática levantada, desse modo,fazendo uso do método dialético, segundo o qual não é possível a interpretação sem a compreensão, uma vezque, para interpretar, é vital antes compreender, logo indagar a respeito (GADAMER, 2003).No caso da pesquisa jurídica, é relevante o estudo de documentos como leis, jurisprudências, anais legislativos, pareceres, doutrina e demais artigos relacionados à temática em exame, assim, constituindo-se uma vertente específica da pesquisa bibliográfica.

Destarte, o quadro apresentado,a atividade investigativase respaldou pela situação atual do Direito que encontra limitesna solução de situações que ainda não são disciplinadas por leis específicas (apesar de leis como o Marco Civil da Internet, posteriormente, comentado) devida a peculiaridade de determinadass situações litigiosas (litígios decorrentes entre o novo perfil de consumidor e o prestador de serviço, ambos de natureza virtual, por exemplo), não tendo o desenlace legal esperado pelas partes, o que termina por se estabelecer por meio da aplicação dos princípios gerais do Direito e o entendimento jurisprudencial aos poucos constituído.

Para fins de organização, estruturamos o trabalho abordando a concepção de personalidade no Código Civil de 2002 (item seguinte), apresentando por consequência uma reflexão acerca do que é o Direito Digital e a configuração recebida pela personalidade nesse contexto, discutindo a concepção de personalidade digital mediante as leis que em nosso país buscam regulamentar as relações do ambiente virtual, assegurando, por fim, o exercício pleno do direito à privacidade. Na sequência, discutimos o conceito de personalidade na perspectiva do atual Código Civil.

2 PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil é a referência global no direitopara a regulação das relações jurídicas privadas que são geradas no meio social e se estabelecem entre as pessoas, logo são as afinidades coletivas, de uma pessoa para outra, que produzem um determinado efeito no contexto do direito. Nesse sentido, emerge a concepção

de personalidade jurídica, insituto que garante a todos que nascem com vida os direitos da personalidade, considerada um atributo inerente ao ser humano. Sendo, esta, a condição preliminar de todos os direitos e deveres.

Conforme Gonçalves (2016), os direitos da personalidade são divididos em duas classes: os inatos, como o direito à integridade física, moral e à vida. E os adquiridos que resultam da posição individual e situam-se na extensão da disciplina que lhes foi conferida pelo direito positivado.

Anterior ao novo Código Civil de 2002, o direito à personalidade era concebido numa visão patrimonialista, após foramcriadas leis que amparassem àqueles que tivessem o direito à personalidade violado, pois tratam de direitos da natureza da pessoa e não apenas patrimoniais.

A atual concepção da personalidade não está restrita unicamente à ideia da capacidade, mas como um valor, pois existe como uma constatação que tem como consequência o fundamentode outros direitos. A sua principal finalidade é proteger os direitos que são indispensáveis para a integridade e dignidade do indivíduo. A personalidade idealiza a proteção da dignidade humana, consequentemente, é dotada de elementos especiais como, por exemplo, a generalidade que se aplica a todas as pessoas, é absoluta porqueimpõe a todos o respeito ao direito do outro, tornando-se indispensável, por ser inata aos seus titulares.

Portanto, a personalidade de cada ser humano é composta pela identidade de cada um, consequentemente, com sua liberdade. Os direitos evidenciados pela personalidade garantem igualdade perante todos, a segurança, o respeito à privacidade e à intimidade que devem ser protegidas (GONÇALVES, 2016). Abaixo, serão evidenciados os elementos constitutivos do direito na esfera digital, bem como seus desdobramentos.

3 DIREITO DIGITAL

O Direito Digital é um conceito necessário, posto que o universoda Internet já alcança 47% da população mundial, conforme os dados apresentados pela União Internacional de Telecomunicações (UIT), o que representa, aproximadamente, 4 bilhões de pessoas conectadas à rede. Consiste no desenvolvimento dos novos

institutos e elementos para o pensamento jurídico na esfera virtual, considerando o dinamismo das relações, a auto-regulamentação, as poucas leis e a base legal que na prática ainda está restrita às decisões acordadas pelo costume.

Porquanto, é imprescindível entender as ferramentas suscitadas pelas novas tecnologias, além de estudar as inter-relações comerciais e pessoais que ocorrem no meio virtual e o impacto do uso extensivo das novas mídias sociais, segundo o Direito Digital, com suas novas dialéticas, relações e futuros códigos, responsável por promoveraregulamentação de leis justas e efetivas. Na seção seguinte, prosseguimos com o estudo da personalidade de acordo com às concepções jurídico-digitais.

3.1 PERSONALIDADE DIGITAL

A discussão a respeito da personalidade digital tem como nortefletir sobre como se inicia a vida digital, a fim de que se verifique e garanta o direito de sua personalidade neste âmbito.Em conformidade com o artigo 2º do Código Civil de 2002, a personalidade começa a partir do nascimento e uma série de artigos dão garantias a esse indivíduo em seus artigos 11 a 21. Inicialmente, em seu artigo 11, ressalta suas características de intransmissibilidade, irrenunciabilidade e inviabilidade de limitação voluntária, com exceção dos casos previstos em lei.

Nesse caso, trata-seda pessoa natural. E apesar da divergência quanto ao seu início, a questão se torna complexa quando se trata da personalidade digital. Partindo da premissa de que a pessoa tem comportamento social dentro do ambiente eletrônico, é igualmente aceitável que existam características que sejam intransmissíveis, irrenunciáveis e inviáveis de limitação voluntária.

Com a lei 12.965/2014,lançou-se novo olhar sobre alguns direitos: no que tange à privacidade, à proteção de dados pessoais, segurança dos dados que trafegam pela internet, além da liberdade de expressão. Entretanto, há um vazio no que diz respeito ao trato da justiça em relação à pessoa física e à pessoa digital, tornando fundamentalque a interpretação/decisão de litígios decorrentes do ambiente virtual recorra aos costumes, a analogia e a jurisprudência.

Segundo Belfort (2018), ocorre que num país onde o direito positivado ainda impera diante das decisões, surge uma questão emblemática, pois em virtude do fato social, evidencia-se a necessidade por normas (legislação que contemple os litígios do ciberespaço, na problemáticalevantada), inclusive,resultando em uma controvérsia, uma vez que no Brasil existe extensa gama de leis decorrentes da tradição de atribuir aos fatos, em sua maioria, respectiva norma regulamentadora.

Assim, é ponto pacífico de que se confundam a pessoa física com a personalidade digital. Entretanto, a possibilidade de acesso a vários sites, criando perfis com dados diferentes (e a facilidade de dissimular dados pessoais), conduz ao ponto de como o Direito pode interferir para que tecnicamente fique estabelecida a identificação da pessoa física relacionando-a como usuário digital. A questão complica-se, quando também se considera que menores de idade são usuários da internet e são parcial ou totalmente incapazes perante a lei.

Diante do exposto, uma proposta que pode ser apreciada é de que como reza o artigo 1.039 do Código Civil, assim como a pessoa jurídica é diferente da pessoa física, a pessoa digital pode até ser diferente da pessoa natural, mas esta irá responder por atos atribuídos a ele na esfera digital, comprovada sua autorização do uso de seus dados pessoais (desafio das tecnologias ao proporem ferramentas de controle dos usos da rede). No item seguinte, formulamos considerações acerca da personalidade na rede virtual.

4 DISCUSSÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM ÂMBITO DIGITAL

Os direitos da personalidade fundamentam-se na dignidade humana, pois trata daqueles preceitos inerentes ao ser humano em razão de sua própria constituição física, moral e psíquica. Para o sociólogo Bauman (*apud* DIAS NETO; FURTADO, 2015), a sociedade contemporânea emerge através da fluidez das relações. Logo, desenvolve o conceito de “modernidade líquida” para definir o tempo presente, partindoda metáfora do “líquido” como o principal aspecto do estado de mudanças.

Ocrescimento da tecnologia, a globalização e a democratização estabeleceram uma definitiva relação entre pessoas e os meios virtuais. Diante

disso, as inovações no ambiente virtual refletem a necessidade de proteçãoaos direitos da personalidade e às relações digitais evitando a violação destes. Em continuidade à análise, apresentamos, abaixo, a síntese da legislação atual e casos que representam as demandas relacionadas às garantias da personalidade digital.

4.1 MARCO CIVIL DA INTERNET

O Marco Civil da Internet (referencial que orienta o uso da Internet no Brasil) originou-se de inúmeros debates desde 2009, quando a demanda social por essa norma se mostrou, expressivamente necessária, uma vez que se demonstrou indispensável a proteção aos direitos da pessoa no meio virtual.

A lei 12.695/2014 foi aprovada com o intuito degarantir os direitos, deveres no uso da internet no Brasil. O dispositivo publicado no Diário Oficial trata, essencialmente, sobre a neutralidade da lei nesse novo espaço social e de como são tratadas as informações pessoais de seus usuários.

Nos termos da Constituição Federal/1988, assegura a liberdade de expressão, intercomunicação e os discursos, independente, de sua convicções. Contudo, ressalta a importância da proteção à privacidade, de dados pessoais e a neutralidade da rede, entre outros.

Esse preceito ressalta-se por imputar a responsabilidade civil aos usuários da internet. Sendo que a neutralidade da rede se configurapela indistinção dos usuários, todos serão iguais em direitos e deveres. Ainda, estabelece a proibição a intervenções no sigilo, promovendo, o direito à privacidade, exceto para casos de investigação criminal segundo ordem judicial.

A normaenfatizaque manterá o direito à liberdade de expressão nas redes sociais, por exemplo. Nesse caso, os provedores/mídias sociais não serão responsabilizados pelos atos de seus clientes, de forma que as publicações dessas pessoas só serão retiradas do âmbito social virtual, em decorrência de pedido judicial (ponto de discussão, em se tratando de discursos que denigrem ou expõe a figura alheia).

Oobjetivo principal da criação dessa legislação foi estabelecer os direitos e os deveres da convivência virtual, asseverar que os direitos constitucionais sejam

respeitados, assim, incentiva a formação de novos meios que contribuem para a utilização salutar dos meios digitais.

O Marco Civil da Internet enfatizou a neutralidade da rede, o direito à privacidade, àproteção dos dados pessoais e definiu a função social da rede, no que tange ao cuidado com a liberdade de expressão e a transmissão de conhecimento, além de promover a responsabilidade civil das pessoas que se estabelecem no meio virtual, ao manter uma parcela da vida nesse meio. No item seguinte, buscamos trazer as reflexões acerca desse novo contexto, em que se configura a personalidade.

4.2 FUNDAMENTOS DA PERSONALIDADE DIGITAL

A criação de um perfil novo na internet já é suficiente para que se considere que existe uma pessoa digital? Estamos diante de um novo tipo de personalidade no âmbito jurídico ou é uma nova modalidade de pessoa jurídica?

Segundo CESAR (2017), ainda não existe disposição legal que seja aplicada diretamente ao perfil criado, pois o Marco Civil da Internet disciplina acerca da proteção da imagem digital da pessoa física, dos direitos autorais e a proteção dos dados, ou seja, procura proteger a pessoa física e seus bens virtuais (site, dados, criações etc).

Conforme a autora supracitada, ao considerar a pessoa digital, a sua natureza teria personalidade diversa da pessoa física. Mas, ao confrontarmos com a realidade, a responsabilidade civil do perfil virtual é da pessoa física, já que ela seria responsável por todos os danos causados em virtude do que foi postado na rede social.

Diante disso, depreende-se que a pessoa digital é similar a pessoa jurídica: é criada, desenvolvida, cresce e um dia é dissolvida. Contudo, não há distinção entre a pessoa física e a digital, pois a pessoa física é representada pelo perfil virtual, alimentado pelo conteúdo propagado naquele espaço. Na sequência, evidenciamos um dos direitos inerentes à personalidade.

4.3 DO DIREITO À PRIVACIDADE

A respeito da privacidade é indispensável ponderar sobre o que está abordado por esse termo, pois através deste são desenvolvidos conceitos como vida privada, intimidade, sigilo, entre outros. Desse modo, a palavra privacidade se originou do verbo latino "*privare*", referindo-se ao que seria íntimo e pessoal.

Dentre os diplomas que regulam as relações em torno desse instituto, se destaca "a CF/1988ao diferenciar o direito à intimidade de outras manifestações típicas da privacidade separando-odos demais direitos da personalidade e definindo como direito subjetivo autônomo" (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 205). O termo é específico por alcançar "imagem", "honra" ou "identidade", e suficientemente,claro por detalhar seu conteúdo, além de unificar os valores expressos pelos termos "intimidade" e "vida privada".

Logo, é relevante ressaltar a visão de Silva (2001, p. 209) que, ao comentar o inciso X do art. 5º da CF/1988, utiliza a terminologia "direito à privacidade", reconhecendo "que seria mais genérico e amplo, de modo a abarcar todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade que o texto constitucional consagrou". Esse direito é essencial para a preservação da liberdade de expressão e opinião e, por consequência, para a sobrevivência dos regimes democráticos. Talposicionamento adota que ao tempo que se promova a liberdade na internet, deve-se salientar o respeito aos direitos humanos nas comunicações em espaço virtual.

Nesse intuito, a proibição de arbitrariedades na vida dos cidadãos é consagrada em acordos globais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas (ONU), de 1966. Por sua vez, este edita o princípio de que os direitos do cidadão no mundo real (offline) devem ser respeitados com igual rigor no mundo virtual (on-line). O êxito dessa iniciativa evidencia que a comunidade internacional busca assegurar o direito multilateral em virtude das demandas da sociedade, a citar a consolidação dos direitos da personalidade em meio digital.

O reconhecimento do direito à privacidade na Internet não se define como uma única situação, mas um conjunto decircunstâncias que estão a somar-se na perspectiva da garantia da privacidade na rede, por exemplo. Desse modo, resta consagrado o posicionamento de que a esfera virtual admite a personalidade, como

insituto responsável pela preservação de direitos como a privacidade, que encontram seus pressupostos no Código Civil (2002), de onde derivam sua concepção fundamental: “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 consequência, há um representativo número de processos e julgados que tratam da relação litigiosa entre usuários – prestadores de serviços no âmbito virtual; usuários *versus* usuários que discordam e conflitam acerca do uso da imagem do outro, do discurso inadequado/ofensivo (como os discursos de ódio), dentre outros inúmeros cenários, que carecem de legislação adequada ou que subsidie melhor as interpretações do judiciário, a saber os julgadosque já representam uma indicação na regulação do direito à privacidade:

> **Caso 1:** TJ-DF - 20160020120237 Segredo de Justiça 0013356-37.2016.8.07.0000(TJ-DF) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. INTERNET. "INSTAGRAM". MATERIAL OFENSIVO AO DIREITO DE PRIVACIDADE. DIVULGAÇÃO. EXCLUSÃO DE MULTA DIÁRIA. NÃO CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA. 1. Em observância à Lei n. 12.965 /2014, para o cumprimento de determinação judicial de exclusão de material publicado na rede social, considerado ofensivo ao direito de privacidade, o ofendido deve indicar a "URL" ("Uniform Resourse Locator" (Localizador Universal/Padrão de Recursos)) de sua circulação, a possibilitar ao provedor sua localização. 2. Não merece reparos a decisão monocrática imposta ao réu, ora agravante, para o fornecimento de dados referentes a conteúdo supostamente falsos publicados na Internet, quando devidamente observadas as disposições legais quanto à matéria, tendo, inclusive, a ré, ora agravante já cumprido o que lhe foi determinado judicialmente. 3.Agravo de Instrumento conhecido e não provido.
>
> **Caso 2:** TJ-DF - 20150110553357 DF 0016012-95.2015.8.07.0001 (TJ-DF) Ementa: DIREITO CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIVULGAÇÃO DE FOTOS NA INTERNET. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXTRAPOLAÇÃO IMAGEM. DIGNIDADE.INTIMIDADE. PRIVACIDADE. DIREITOS VIOLADOS. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO. SENTENÇA MANTIDA 1 - A divulgação na internet, para conhecidos e desconhecidos, de imagens e comentários, maculando a honrapessoal e a imagem profissional da vítima em ofensiva publicação, a extrapolar o direito de liberdade de expressão, enseja a reparação por dano moral, já que configura violação aos direitos da personalidade (imagem, dignidade e intimidade). 2 - Reconhecido o dever de indenizar, o Juiz deve fixar o montante da reparação atendo-se à reprovabilidade da conduta, à intensidade e à duração do sofrimento da vítima e à capacidade econômica das partes. Assim, deve ser mantido o valor indenizatório fixado na sentença, uma vez

que razoável e adequado às circunstâncias do caso concreto. Apelação Cível desprovida.

Caso 3:TJ-RS - Agravo de Instrumento AI 70058794330 RS (TJ-RS) Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. VÍDEO E FOTOS ÍNTIMAS DE JOGADOR DE FUTEBOL DIFUNDIDOS NA INTERNET. CONTEÚDO SEXUAL. DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DIREITO À PRIVACIDADE. TUTELA INIBITÓRIA. IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO NA ÍNTEGRA. Os provedores de pesquisa não estão obrigados a eliminar resultados de busca relacionados a determinada foto ou vídeo, sob pena de exercerem censura prévia sobre conteúdo criado por terceiros que eventualmente não sejam ilícitos. Provimento temerário e ineficaz, considerando que a cada momento novos conteúdos são inseridos na rede mundial de computadores e a eliminação do resultado de busca não significa exclusão da página-fonte. Precedentes jurisprudenciais do STJ e deste Tribunal de Justiça. Manutenção da antecipação de tutela apenas na parte em que determinada exclusão de informação difamatória dos próprios sites das demandadas. Astreinte arbitrada em valor razoável para compelir a parte ao cumprimento da ordem judicial, em conformidade aos parâmetros desta Corte. AGRAVO DE INSTRUMENTO PARCIALMENTE PROVIDO. (Agravo de Instrumento Nº 70058794330, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/05/2014).

A exemplo dos estudos na área em análise, este trabalho não pretende esgotar ou demonstrar através de uma amostra exaustiva a necessidade de mecanismos que controlem e articulem adequadamente os indivíduos a seus direitos, mas refletir acerca dos apontamentos necessários para que se defina uma legislação eficaz, em que não apenas aqueles que operem o direito verifiquem o enquadramento dos fatos à lei, mas que o cidadão ao entender que possui uma demanda, possa constatar que o direito foi infringido ou mesmo negligenciado, ainda que sob uma visão geral.

Ocorre que como referido na primeira situação (exposta, sinteticamente, acima), observa-se o pleito em torno de ação indenizatória por exposição de fotos de outrem sem conhecimento deste, infringindo o princípio da dignidade humana, acordado pela Carta Magna. Porquanto, a internet extinguiu a dicotomia "visível/invisível", dessa forma, "transformou o espaço público-privado em um "jogo de luz e sombras", um degradê no qual os extremos são a alta e a baixa visibilidade, mas que apresenta um meio termo de zonas de interação" (CARDON, 2012, p.49).

No segundo caso, observamos o conflito acerca da liberdade de expressão, uma vez que a liberdade de publicar alcança seu limite na tutela do direito à própria

imagem (CF/ 88). Sustenta Gonçalves (2016, p. 204) que: “a referida Constituição declara 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. 5º, X)”.

Por fim, no terceiro julgado comprova-se o atentado aos direitos reunidos pelo instituto da privacidade, pois ressalta Gonçalves (2016), que a CF/1988 garantiu o direito à própria imagem sendo condição de cada indivíduo, integrando o núcleo dos direitos à privacidade, concomitante ao direito à intimidade, à vida privada e à honra. Dessa forma, a proteção aos direitos da personalidade (com fulcro na privacidade) é fundamental para que se preserve as pessoas das intromissões indevidas, da exposição vexatória de imagens intímas, além de promover a segurança de dados de contas em mídias sociais ou mesmo serviços bancários (*internetbanking*), ou ainda o direito de se reservar do mundo exterior para exercer as suas peculiaridades. Na sequência, pontuamos nossas considerações acerca do estudo realizado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual sociedade da informação realmente gerou expressivas transformações em relação aos princípios e direitos que regem à personalidade, em específico, no que foi discutido, o direito à privacidade e seus possíveis desdobramentoscomo intimidade e vida privada.Assim, o direito à privacidade tem por consequência nos atos da “vida virtual”:navegar com segurança; a possibilidade de apagar dados eproteger a identidade on-line, uma vez que o indivíduo possui a opção de ter retiradas da rede informações quenão o agrade mais ou que o exponham de modo inadequado, afetando sua imagem e personalidade, e por consequência, a dignidade humana.

Logo, o surgimento e o avanço contínuo das tecnologias propiciaram diferentes tipos de problemas pessoais e a necessidade de outros meios de regulação dos conflitos que se apresentam, a começar pela lei, que tem seu impulso inicial no Brasil através do “O Marco Civil da Internet” (Lei 12.965/2014). Contudo, decorre da multiplicidade de situações que contrariam o direito alheio em ambiente

virtual, que por vezes, na ausência de legislação específica, recorre à cláusula geral da proteção da personalidade e ao princípio da dignidade humana para tentar assegurar a proteção integral da pessoa humana.

Ainda, com o intuito de atingir a complexidade do uso da tecnologia no setor jurídico, buscamos refletir acerca do emergente modelo de operador do direito, este deve procurar conhecer as demandas advindas com o amplo acesso à internet, além de reconhecer nas fontes atuais, um modo de compatibilização entre os Códigos, legislações e julgados que existirem, também orientando a disseminação do conhecimento jurídico na área do Direito Digital, para que o próprio cidadão saiba como e quando recorrer à justiça diante do desrespeito às suas garantias fundamentais.

Por fim, apesar da escassa legislação acercada transgressão dos direitos da personalidade na internet e dos projetos de leis que esperam aprovação no Congressso Nacional, os estudos na área do Direito Digital possuemconsiderável valor por discutirem os direitos e garantias fundamentais nesse novo espaço, no qual as relações humanas se configuram de modo inédito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. **Direito Digital**. Goiânia, 2009.

BELFORT, Fábio Monteiro Braga. **Breves considerações acerca da personalidade digital.** Publicado em 2018. Disponível em: <http://www.profareisguida.com.br/2016/12/breves-consideracoes-acerca-da_17.html>. Acesso em 25 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 28 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Instituiu o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 24 abr. 2018.

CARDON, Dominique. **A democracia internet: promessas e limites**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CESAR, Laryssa. **Personalidade Digital:** Quem é a pessoa digital? Publicado em 2017. Disponível em: <http://grupocienciascriminais.blogspot.com.br/2017/09/personalidade-digital-quem-e-pessoa.html>. Acesso em 26 abr. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Salvador: JUSPODIVM, 2008.

DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos.; FURTADO, Emmanuel Teófilo. Os direitos da personalidade e a liberdade de expressão na modernidade líquida: o direito ao esquecimento no meio ambiente digital no brasil. In: COSTA, Ilton Garcia.; DIAS, Clara Angélica Gonçalves; FIUZA, César Augusto de Castro (Orgs). **Direito civil constitucional**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

GADAMER, Hans-Gerg. **Verdade e Método**. 5. ed. São Paulo: Vozes, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

TJ-DF. Processo nº 20150110553357 DF 0016012-95.2015.8.070001. Relator: Angelo Passareli. 31 de janeiro de 2018. **JusBrasil**. Disponível em:https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/548945188/20150110553357-df-0016012-9520158070001. Acesso em: 24 abr. 2018.

TJ-DF. 20160020120237 -Segredo de Justiça 0013356-37.2016.8.07.0000. Relator(a): Nídia Corrêa Lima.06 de dezembro de 2016. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/425733671/20160020120237-segredo-de-justica-0013356-3720168070000. Acesso em: 24 abr. 2018.

TJ-RS. Agravo de Instrumento: AI 70058767492 RS. Relator: Túlio de Oliveira Martins. 29 de Maio de 2014. **JusBrasil**. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123888636/agravo-de-instrumento-ai-70058767492-rs. Acesso em: 24 abr. 2018.



OS DESAFIOS DO DIREITO DA PERSONALIDADE DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS: A Responsabilização Civil por Violação de Direitos de Imagem

Valter Eduardo da Silva Colbek Oliveira[37]
Francielle Benini Agne Tybusch[38]

RESUMO: O presente trabalho aborda um tema que tem sido discutido cada vez mais nos dias atuais, os direitos na internet. Com o mundo virtual está se expandindo rapidamente, surgem alguns problemas, tais como a violação do direito de imagem em meio cibernético. Será apresentado as possibilidades de aplicação da lei e também de ter seu direito resguardado. O caso Carolina Dieckmann é um exemplo desse caso, quando ela teve algumas imagens intímas pessoas vazadas na internet devido a um ataque hacker. Decorrido um tempo, foi sancionada uma lei com o mesmo nome da atriz para regular esse tipo de "ameaça". Este artigo tem como objetivo mostrar aos cidadãos que no mundo da internet se aplicam as mesmas regras em que qualquer outro meio, assim podendo recorrer ao poder judiciário quando algo que lhe pertence é publicado indevidamente nos meios de difusão virtual, e também algumas punições aplicadas à este tipo de crime. O problema discutido no presente trabalho é a falta de conhecimento das pessoas sobre a reparação dos danos causados por meio das novas tecnologias, por se tratar de algo muito recente, muitos indivíduos ainda não sabem que mesmo no meio virtual seus direitos possuem o mesmo resguardo que há em meio real. A metodologia aplicada para o desenvolvimento deste é estabelecida no trinômio, com uma pesquisa bibligráfica. Pode-se observar através dessa pesquisa que todos que tiverem a sua imagem usada de forma inadequada por outrem, tem o direito de procurar a justiça para entrar com uma ação com pedido de remoção da imagem publicada, fazendo com que a outra parte tenha o dever de se responsabilizar civilmente pelos atos ilícitos e as lesões causadas.

Palavras-Chave: Direito Civil; Personalidade; Tecnologia; Responsabilização Civil.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho aborda um tema que tem sido discutido cada vez mais nos dias atuais, os direitos na internet. Com o mundo virtual está se expandindo

[37] Discente do 3º semestre do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago.E-mail: eduardo.s.c.o@gmail.com
[38]Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre pela Universidade Federal de Santa Maria, no Programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Possui graduação em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago. Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecocomplexidade da UNISINOS. E-mail: francielleagne@gmail.com

rapidamente, surgem alguns problemas, tais como a violação do direito de imagem em meio cibernético.

Com esse trabalho, pretende-se analisar os direitos que os indivíduos possuem de não ter a sua imagem usada de forma inapropriada nos meios online e de recorrer ao poder judiciário para reverter tal situação. Dessa maneira, será apresentado um caso que tenha ligação com o assunto tratado, também será identificado se realmente há essa possibilidade de entrar com uma ação no meio judiciário para ter seu direito resguardado novamente, e por último expor os tipos de indenizações que poderão ser aplicados quando essa forma de crime ocorrer.

O aumento da utilização da internet, tanto nas relações sociais, econômicas e políticas tem gerado muitas dúvidas na sociedade. Pois os direitos devem ser preservados tanto no mundo real quanto no virtual, fazendo com que o indivíduo recorra a um profissional da área do direito para saber se há a possibilidade de recorrer a justiça caso algo seu foi reproduzido sem a devida autorização no mundo virtual.

Diante deste cenário, este trabalho tem como questionamento: dessa forma um indivíduo que divulga uma imagem sua em uma rede social, e a mesma é reproduzida sem o consentimento da parte, tem o direito de entrar com uma ação judicial para reparar os danos causados?

Para responder a essa questão de pesquisa, a metodologia e estratégia de ação obedece ao trinômio: Teoria de Base; Procedimento e Técnica. O tipo de pesquisa a ser utilizada é a bibliográfica. Seu método de abordagem parte da teoria de base sistêmico-complexa (matriz teórica) na busca de percepções dialógico-dialéticas produzidas na interface entre direito, política e cultura. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizada a análise bibliográfica e documental, bem como de legislação acerca da temática. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL

Todo e qualquer ser humano detém de liberdade de discernimento necessários para reconhecer seus atos, logo sendo necessário responder pelos

mesmos. Sendo assim a responsabilidade civil consiste no dever de reparar os danos/prejuízos jurídicos advindos de atos lícitos ou ilícios realizados por outra pessoa. No código civil, a mesma está prevista na lei n° 10.406/2002, onde diz que aquele por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-la.

Toda e qualquer atividade que inclui o prejuízo está ligada ao problema da responsabilidade, ou seja, ela diz respeito à aplicação de medidas que obriga uma pessoa reparar o dano provocado a outra, tanto moral quanto patrimonial, tudo dependendo do fato que estará ligado a infração.

> Toda atividade que acarreta prejuízo traz em seu bojo, como fato social, o problema da responsabilidade. Destina-se ela a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. Exatamente o interesse em restabelecer a harmonia e o equilíbrio violados pelo dano constitui a fonte geradora da responsabilidade civil. (GONÇALVES, 2011, p. 19).

O comportamento que vai contra o princípio da conduta legal, faz surgir o ramo da responsabilidade civil, a qual tem por objetivo reparar o patrimônio de outrem, assim gerando o equilíbrio social citado anteriormente.

Pode-se dizer que o conceito de responsabilidade civil vem de uma base fundamental para a convivência em sociedade, sendo assim necessária para o ser humano conviver com os demais que estão a sua volta, servindo de proteção para que ninguém seja usado de forma injusta, caso for, essa proteção deverá ressarcir a outra parte por este ato.

2.1 Evolução histórica

No período antigo, os primitivos eram governados pelos processos que aconteciam costumeiramente, os mesmos reagiam imediatamente aos ataques com violência, assim havendo uma agressão contra outrem.

Nesta fase, o Direito ainda não tinha forças, o método usado era a vingança privada ou *vendetta*, fazendo justiça com as próprias mãos. O início da responsabilidade civil em Roma foi marcado tornando a retaliação legitimada pelo Poder Público, assim vigorando a Lei de Talião a qual aplicava o princípio do “olho por olho, dente por dente”. Neste período o Poder Público por vezes permanecia

inerte, intervindo apenas para declarar quando e como a vítima poderia ter o direito de retaliação, para produzir no ofensor um dano idêntico ao que experimentou. (DINIZ, 2009, p. 11).

O próximo período é o da composição, quando o indivíduo reconhecia que haviam vantagens em trocar a violência pela recompensa econômica sendo denominada por *Lex Aquilia* (lei que substituiu as penas de violência pela reparação pecuniária com vista no valor da coisa durante os 30 dias antes do delito), sendo assim atribuindo a noção de culpa como fundamento da responsabilidade.

Os autores daquela época discutiram muito a concepção da Lei Aquiliana, uns defendiam a ideia de reprovação de tal lei, e outros eram defensores ferrenhos de sua presença como elemento fundamental na responsabilidade civil. Com estas discussões a responsabilidade civil foi dividia em objetiva e subjetiva.

Tempos depois, o Direito Francês estabeleceu pouco a pouco o princípio da responsabilidade civil no Código de Napoleão, inserindo o dever de repara quando houvesse a culpa, mesmo que sendo quase insignificante. A partir desse momento a responsabilidade civil é dividira em civil e penal, contratual e extracontratual.

O desenvolvimento industrial e o avanço técnico gerou um aumento na quantia de acidentes, nos quais por muita das vezes não podia se provar a culpa, privando a vítima de ressarcir os prejuízos. Com estes casos devido à dificuldade da comprovação da culpa surgiu a presunção da culpa.

O Novo Código Civil decidiu manter o princípio da responsabilidade com base na culpa criada nos primórdios, definindo no artigo 186 o ato ilícito dizendo “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”, desse modo combinando com o artigo 927 citado anteriormente.

2.2 Classificação

Como analisado anteriormente a responsabilidade civil foi marcada inicialmente pelo desejo da vingança privada, depois evoluindo para uma categoria onde havia a punção pecuniária. Porém a responsabilidade civil pode ser vista sob várias espécies, formas, tipos e aspectos.

A responsabilidade civil pode dividir-se em subjetiva e objetiva. No caso da primeira ela está associada ao elemento culpa, o direito de indenizar surge somente com a comprovação da culpa do dano causado do agente causador, assim pressupondo o dolo ou a culpa. Nader faz uma explicação muito clara sobre o tema, o qual distingue expõe perfeitamente sobre o dolo ou a culpa do agente:

> De acordo com esta orientação, se o dano foi provocado exclusivamente por quem sofreu as consequências, incabível o dever de reparação por parte de outrem. Igualmente se decorreu de caso fortuito ou força maior. Se ocorre o desabamento de um prédio, provocando danos morais e materiais aos seus moradores, devido ao erro de cálculo na fundação, a responsabilidade civil ficará patenteada, pois o profissional agiu com imperícia. Se o fato jurídico originou-se de um abalo sísmico, não haverá a obrigação de ressarcimento pelo responsável pela obra. (NADER, 2016, [s.p.]).

Dessa maneira, a responsabilidade pela junção de todos os fatos que comprovam e mostram que o ato realizado foi ilícito e dos danos sofridos é inteiramente da vítima.

Já na responsabilidade objetiva, não se leva em consideração a culpa do agente causador, sendo assim a mesma podendo ou não existir, então se tornando irrelevante para a indenização. O que realmente precisa existir é a e a relação de causalidade entre a ação e o dano. Também existe a possibilidade da culpa presumida, quando o autor precisa provar apenas a ação ou omissão e o dano resultado da conduta, por já ser presumida. No entanto o autor tem a possibilidade de apresentar as provas excludentes mostrando que não possui culpa.

> É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas (culpa da vítima ou força maior) [...] Se o réu não provar a existência de alguma das mencionadas excludentes, será considerado culpado, pois sua culpa é presumida. (GONÇALVES, 2011, p. 48).

Na parte contratual, é originada da inexecução contratual, podendo ser bilateral ou unilateral. A responsabilidade civil pode se dar quando uma parte causa dano a outra por descumprimento de um contrato tácito, caso aconteça algo imprevisto durante essa adesão contratual, o responsável fica consciente de ter que

indenizar as perdas e os anos conforme o art. 389 do Código Civil, não precisando comprovar a culpa para obter a reparação

Ao contrário do contratual, o extracontratual é obtida através da prática ilícita por alguém capaz ou incapaz, ou seja, infringe um dever legal a qual devia cumprir, mais especificamente amparado pelo art. 186 do Código Civil, assim sendo a responsabilidade oriunda de um ato ilícito, também denominada Aquiliana. Dessa forma não havendo algum tipo de vínculo entre as partes, pelo motivo de não estarem ligados diretamente por uma relação obrigacional.

Para que haja o dever de indenizar a parte, alguns pressupostos são necessários, tais como:

> a) Ação ou omissão: Inicialmente, refere-se a lei a qualquer pessoa que, por ação ou omissão, venha a causar dano a outrem. A responsabilidade pode derivar de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a guarda do agente, e ainda de danos causados por coisas e animais que lhe pertençam.
> b) Culpa ou dolo do agente — Todos concordam em que o art. 186 do Código Civil cogita do dolo logo no início: “ação ou omissão voluntária”, passando, em seguida, a referir-se à culpa: “negligência ou imprudência”. Dolo ou culpa: precisa ser comprovado o dolo ou a culpa do agente.
> c) Relação de causalidade — É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo “causar”, utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar.
> d) Dano — Sem a prova do dano, ninguém pode ser responsabilizado civilmente. O dano pode ser material ou simplesmente moral, ou seja, sem repercussão na órbita financeira do ofendido. O Código Civil consigna um capítulo sobre a liquidação do dano, ou seja, sobre o modo de se apurarem os prejuízos e a indenização cabível. (GONÇALVES, 2012, n.p.).

Na responsabilidade civil e penal possuem quase os mesmos fundamentos, a única distinção entre elas são as condições em que se apresentam, pois uma é mais exigente da outra quanto ao aprimoramento.A responsabilidade penal, o agente acaba infringindo uma norma de direito público, assim lesando a sociedade. A mesma é pessoal, se tornando intransferível, assim podendo o réu responder com a privação de liberdade.

Já a responsabilidade civil acaba por não ser tão rigorosa quanto a penal. Conforme Gonçalves (2011, p. 43), “[...] não é o réu mas a vítima que, em muitos casos, tem de enfrentar entidades poderosas, como as empresas multinacionais e o

próprio Estado.” Logo pode-se dizer que o interesse que está tutelado é o privado, sendo inteiramente de função do prejudicado requerer a reparação do cano caso encontrar necessidade.

3 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, inciso III está disposto um de seus princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana, sendo um dos principais direitos na proteção e na garantia da pessoa. Ainda nos direitos e garantias fundamentais da lei maior a dignidade da pessoa humana é tida como forma de desenvolvimento e proteção da pessoa.

Pode-se dizer que a ordem jurídica tem como bem supremo a pessoa, tendo a pessoa não como objeto do direito, mas sim como sujeito.

Os direitos da personalidade fazem parte de um conjunto que são tão ligados ao indivíduo que por muita das vezes acabam se confundindo com o mesmo.

> Quando falamos na vida, na integridade física, na honra, na liberdade, queremos referir aspectos que se contêm na personalidade, mas que são mentalmente autonomizáveis.
> Esses aspectos podem ser qualificados como bens. A honra, a identidade pessoa, satisfazem fins das pessoas. Social e cientificamente, são apontados como os bens mais preciosos de cada um. (ASCENSÃO, 1997, p. 82 apud BELTRÃO, 2014, p. 10).

Dessa forma, os direitos da personalidade são considerados os maiores bens que alguém pode ter. São alguns limites que são impostos contra os particulares e até mesmo contra o poder público, é necessário que a pessoa tenha um espaço próprio para si mesmo, algo que não possa ser invadido e que seja protegido por uma área específica do direito. Devem ser respeitados como o pressuposto mínimo para a existência humana.

Já na concepção naturalista, os direitos da personalidade formam direitos inatos, assim o Estado tendo apenas que sancionar e reconhece-los em uma ou outra parte do direito positivo, dessa forma fazendo com que o mesmo disponha de uma proteção própria contra os atos do poder público ou de particulares.

Esse tipo de direito é dotado de seis características imprescindíveis para o seu funcionamento, tais como:

> a) Intransmissibilidade
> O caráter intransmissível dos direitos da personalidade determina que eles não podem ser objeto de cessão e até mesmo de sucessão, por ser um direito que expressa a personalidade da própria pessoa do seu titular e que impede a sua aquisição por um terceiro por via da transmissão.
> b) A Irrenunciabilidade de indisponibilidade
> Pode-se ainda dizer que os direitos da personalidade são irrenunciáveis, pois a pessoa não pode abdicar de seus direitos da personalidade, mesmo que não os exercite por longo tempo, uma vez que ele é inseparável da personalidade humana.
> c) Pessoal e extrapatrimonial
> [...] são pessoais em face do seu caráter não patrimonial, o que não impede que eles se fundamentem ações de responsabilidade civil.
> d) Imprescritibilidade
> Os direitos da personalidade, em si mesmo, são imprescritíveis, ou seja, mesmo que o titular do direito não o exerça por um determinado tempo o direito não perece, pois que são vitalícios, mantendo-se na esfera jurídica da pessoa até sua morte.
> e) Inatos ou adquiridos
> Os direitos da personalidade, em face de sua própria definição de direitos inerente à pessoa humana, nascem com a pessoa, e por isso são denominados de direitos inatos.'
> f) Absolutos
> [...] são absolutos em face do seu caráter *erga omnes*, em que a sua atuação se faz em toda e qualquer direção, sem a necessidade de uma relação jurídica direta para se respeitar este direito. (BELTRÃO, 2015, p. 13-18).

3.1 Direito à imagem

O direito à imagem está protegido e regulado pelo art. 20 do Código Civil de 2002, que tem por objetivo proteger a imagem da pessoa.

> 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.

Diz sobre o direito que pode ou não ser reproduzido por representações plásticas e alguns componentes que se diferem, tais como: rosto, olhos, perfil, busto; são estes que individualizam a pessoa, fazem dela um ser único. Esse direito fica

sujeito a vontade própria da pessoa, decidindo por optar ou não pela sua difusão ou reprodução em meio público. Os direitos da personalidade têm como objetivo regular a reprodução da imagem da pessoa.

Em um contrato do uso de imagem determinada pessoa, esse uso não pode extrapolar os limites contratuais, os quais estabelecem onde e quando a imagem poderá ser utilizada, conforme Bittar (2015, p. 155.) “[...] assim, a empresa que dispõe de fotografia de atriz para publicidade do filme, não pode, paralela ou posteriormente, utilizá-la em revista ou na divulgação de produto de outra empresa, ou cedê-la para qualquer outra inserção.”

Existem três casos que a imagem pode ser usada sem o consentimento da pessoa, sendo elas: quando as finalidades de reprodução forem para fins policiais, judiciais, científicas, culturais ou didáticas; o uso de imagem em meio público sobre fatos de interesse da sociedade ou que tenham ocorrido em meio público e também. (ASCENSÃO, 1997, p. 106 apud BELTRÃO, 2014, p. 186).

A tecnologia tem se expandido fortemente nos últimos anos em todos os cantos do mundo, dessa forma gerando inúmeras consequências tanto boas como ruins. Com todos os aparatos tecnológicos da atualidade, a imagem tem se tornado um assunto muito comentado por todos assim gerando muito lucro aos provedores, pois há um enorme interesse em explorar a imagem das pessoas. Porém ultimamente houve uma exploração excessiva nesse caso. Já foi cogitada a possibilidade de quando uma pessoa solicitar participação de uma rede, a mesma estaria cedendo a imagem ao provedor, assim dando ao mesmo o direito do uso da tal.

No artigo 20 do Código Civil versa sobre a utilização da imagem que pode ser proibida para casos que atinjam a honra da pessoa. Então pode-se entender que um indivíduo que posta uma imagem em um blog, não consente com a sua reprodução, assim não permitindo a sua circulação ilimitada.

3.2 Direito à imagem

O direito à honra é um elemento de extrema importância à formação da personalidade, sendo conferido a todos. A honra acompanha todos os sujeitos desde o nascimento, decorrendo por toda a vida e ainda continuando após a morte.

Neste direito, o bem jurídico que é protegido é a reputação, ou a consideração em meio social que se deve a cada indivíduo. Se subdivide em 2 grupos:

> a) Honra objetiva
> [...] compreendendo o bom nome e a fama de que desfruta no seio da coletividade, enfim, a estima que a cerca nos seus ambientes, familiar, profissional, comercial ou outro.
> b) Honra subjetiva
> Alcança também o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade [...]. (BITTAR, 2015, p. 201).

Há várias maneiras de atingir esse direito da personalidade, tais como crime, injúria, diz Bittar:

> Pode ser atingida pela falsa atribuição de crime, ou pela imputação de fato ofensivo a reputação, pela calúnia, injúria ou difamação, com a alteração da posição da pessoa na coletividade, entendendo-se suscetíveis de prejudicar pessoa física e pessoa jurídica (fala-se, ainda, em “imagem” da pessoa, principalmente jurídica, que, nesse sentido, corresponde à honra). (BITTAR, 2015, p. 202).

Dessa maneira pode-se presumir a forma que o direto à honra pode ser atingido, se tornando algo muito mais sério do que realmente se pensa, também tendo ligação com o direito à imagem da pessoa.

Na esfera penal, a calúnia é qualificada como um crime, pois é caracterizada pela falsidade de imputação (dizer que outrem cometeu um crime, embora não tenha cometido) regulada pelo art. 138 do código penal. No que tange a difamação, está resguardado no art. 139 do CP, atingindo a honra objetiva. E por último a injúria explícita no art. 140 do CP, quando o pensamento acaba se tornando um insulto ou menosprezo a outra pessoa, assim atingindo a honra subjetiva. No art. 143 do Código Penal fica admitido a retratação dos crimes de calúnia e difamação.

Na área civil, a preservação da honra está por todo o código, como uma das ideias principais, dando ênfase em alguns casos como: adoção paternidade, sucessão, entre outros. O direito também se torna mais extenso, podendo atingir as pessoas jurídicas, incapazes e de má fama.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM NOS DIAS ATUAIS

Anterior a Constituição Federal de 1988, não se tinha a possibilidade da justiça reparar a lesão moral por dois motivos: a primeira é a ausência da lei que amparasse o indivíduo neste caso, e o outro era em decorrente da época, pois não havia como estipular um valor pecuniário a ser estabelecido para reparar tal dano.

Logo após a promulgação da lei maior de 1988, o direito à imagem, a honra, a moral, entre outros, fora abrigada dentro da codificação.Nos artigos 186 e 927 do Código Civil fica assegurada a reparação do dano causado a outrem.

Mas o problema enfatizado é diante do meio tecnológico onde engloba um mundo totalmente diferente do vivido atualmente, pois as pessoas se confrontam virtualmente, muitas das vezes até mesmo sem se conhecer, gerando crimes no meio da tecnologia.

A partir do momento quando um indivíduo expõe sua imagem em qualquer rede social, há a possibilidade dela ser reproduzida sem a devida autorização, assim invadindo o direito da personalidade do mesmo, mais especificamente o direito de imagem e o direito à honra da pessoa. Dessa maneira cabe ao lesado recorrer para recuperar os seus direitos, exigindo a retirada da reprodução indevida em meios usados para a publicidade, entre outros.

A Responsabilidade Civil assegura o indivíduo a ter os danos e prejuízos reparados por qualquer ato ilícito ocorrido. Assim associando a mesma ao direito de imagem e de honra na internet, àquele que reproduzir a imagem de determinada pessoa sem a devida autorização ficará responsável por reparar os danos causados a outra parte, podendo responder tanto civil, quanto penalmente.

4.1 Caso Carolina Dieckmann

No mês de maio de 2012, houve um caso que teve uma grande repercussão na mídia naquela época. Foi quando 36 fotos pessoais (algumas comprometedoras) da atriz foram espalhadas pelo mundo cibernético, onde em algumas dessas

imagens também continha seu filho de quatro anos. Porém a atriz vinha recebendo ameaças de extorsão a algum tempo, mas acabou optando por não registrar um boletim de ocorrência na polícia para evitar mais exposição. Um hacker não identificado, pediu a quantia de R$ 10 mil reais para não divulgar tais imagens.

Dessa maneira, foi aprovada a Lei Carolina Dieckmann em dezembro de 2012, lei 12.737/2012. Essa norma dispõe sobre a tipificação dos crimes cibernéticos, acrescentando os artigos 154-A e 154-B no Código Penal onde dispõe o seguinte:

> 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. se tornando um dos primeiros regulamentos que estabelecem a segurança jurídica da vida privada online.

Dessa forma, sendo uma das primeiras normas a garantir a segurança jurídica da vida privada no meio online. Até o acontecimento do fato, não eram caracterizados os crimes que ocorriam em meio digital, se não fossem semelhantes aos fatos comuns.

4.2 Possibilidades de recorrer à justiça

No tema abordado, muitas pessoas têm dúvidas se há alguma possibilidade de recorrer ao judiciário quando a sua imagem é usada em meio virtual sem a devida autorização tanto para meios de publicidade, quanto para informações. Como citado anteriormente, existem as exceções em que a imagem pode ser usada sem a devida utilização: fins policiais, judiciais, científicas, culturais ou didáticas, e também aos fatos que são de interesse público. Se a imagem que está sendo utilizada não for destinada a esses fins, o indivíduo tem sim o direito de recorrer ao judiciário para estabelecer um acordo entre as partes para reparar os prejuízos ou danos lhes causados, pois a imagem e a honra estão amparadas pelos artigos já citados do Código Civil, e também pelo Código Penal.

Sendo assim, a pessoa que analisar e ver que seus direitos da personalidade estão sendo atingidos, ela pode exigir que a outra parte repare o dano causado, seja retirando de circulação o conteúdo, ou ressarcindo os prejuízos pecuniariamente, fazendo com que se exija a responsabilidade civil mencionada no art. 186 do CC pelo ato ilícito causado a outrem.

4.3 Tipos de indenizações aplicadas a este crime

A responsabilidade civil por violação do direito à imagem do indivíduo fica resguardado por lei, tanto na Constituição Federal, quanto no Código Civil e também alguns resquícios no Código Penal. Todos sabem que violar um direito da personalidade de uma pessoa é algo que vai totalmente contra a codificação brasileira, se tornando um crime, porém não é apenas algo que infringe a regulamentação, vai muito além disso, é um dano causado a reputação da parte, a dignidade segurada pela lei maior, causando danos morais fazendo com que aquela pessoa (dependendo do crime) seja vista pela sociedade de maneira diferente, podendo até mesmo haver algum tipo de repúdio contra ela. Ainda mais quando o crime ocorre em meio virtual, onde as coisas se propagam rapidamente, sem ter um controle, todos ficam muito vulnerável diante da internet sem saber como agir quando ocorre algo dessa dimensão

Por este motivo, a indenização aplicada ao causador do dano tem de ser analisada minunciosamente para defini-la, pode variar desde a reparação do dano e aplicação da multa reparatória (retirada de circulação da imagem republicada em outros meios), até mesmo a reclusão de liberdade quando o crime se tornar mais sério.

No entanto, a indenização mais aplicada atualmente é a pecuniária, em que o agente causador ressarce a parte por meio pecuniário, estipulada pelo Ministério Público. Essa pena ela se dá com o pagamento de um determinado valor, mas também pode se converter em pena de prisão quando o agente causador descumprir por incapacidade ou negativa de pagamento. O valor a ser definido para tal pena, é analisado de acordo com a posição econômica em que o réu se encontra e do tipo de dano causado à vítima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, concluiu-se com a pesquisa que os indivíduos que tiverem a sua imagem danificada de alguma forma por outra pessoa, tem o direito de requerer os seus direitos perante a justiça, fazendo com que a outra fique incumbido de se responsabilizar civilmente pelos atos ilícitos e lesivos causados. Dessa forma a punição pode variar de um reparo do dano, como por exemplo retirar a imagem de circulação, até um caso de pena de reclusão.

Com a pesquisa realizada, foi possível analisar que as pessoas que têm a sua imagem usada de maneira incorreta por outrem na internet, possui o direito de recorrer ao judiciário para reparar os danos/prejuízos causados a si, tanto fazendo o agente causador retirar de circulação a imagem usada, quanto até mesmo respondendo criminalmente por esse ato que vai contra ao ordenamento jurídico e aos direitos da personalidade que cada um tem para si.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Civil.** Brasil, 2002. Diário Oficial da União. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 02/10/2017.

BRASIL. **Código Penal**. Brasil, 1940. Diário Oficial da União. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 07/07/2017.

BRASIL. **Constituição Federal.** Brasil, 1988. Diário Oficial da União. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05/09/2017.

BRASIL. **Lei Nº 12.737**. Brasil, 2012. Diário Oficial da União. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 15/10/2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro:** responsabilidade civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Paginação irregular. 4 v.

_____. **Direito Civil Brasileiro:** Responsabilidade Civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 4 v.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** responsabilidade civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 7 v.



O DIREITO AO REGISTRO DO NOME SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS: ANÁLISE DOS INSTITUTOS JURÍDICOS AO COMBATE DO PRECONCEITO DE GÊNERO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL

Thalia Gripa Lunardi[39]

RESUMO: O presente artigo versa sobre a o processo de registro do nome social de transgênero nos tribunais de justiça do estado do Rio Grande do Sul, bem como a posição dos instituídos jurídicos do estado no combate ao preconceito de gênero latente no Brasil. Tem como objetivo analisar a posição adotada pelo Tribunal de Justiça Riograndense, em relação ao processo de registro do nome social de transgênero e entender a importância do poder judiciário no combate ao preconceito de gênero. Questiona a importância do poder judiciário na garantia dos direitos dos transgêneros, focalizando no que se refere ao nome social. Para o embasamento do artigo foram utilizados livros, documentos, folhetos informativos e jurisprudências, que atendiam ao assunto em estudo. Ao fim, pode-se concluir, que o poder judiciário tem progredido garantindo aos cidadãos seus direitos fundamentais.

Palavras-chave: Nome social; Transgênero; Preconceito de gênero; Institutos jurídicos.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as pessoas transgêneros, vítimas constantes do preconceito de gênero, têm procurado o poder judiciário para reivindicar seus direitos, no entanto, são direitos que estão sendo reconhecidos aos poucos e, por esse motivo, o judiciário apresenta certas incongruências em suas decisões, atendendo o direito de uns e vetando o de outros.

Existem movimentos,a nível mundial, relacionados a busca de direitos dos transgêneros para que estes possam viver de maneira digna diante da sociedade, como pessoas comuns, que de fato são, cidadãos de uma sociedade livre e garantidora de direitos fundamentais para a harmonia da população em geral.Oreconhecimento desses direitos pode fazer com que discursos de ódio e o preconceito de gênero sejam, ao menos, diminuídos.

O nome social é um dos direitos reivindicados e pode ser uma chave de extrema importância no combate a estes preconceitos, ademais de servir como meio

[39]Acadêmica de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago. Estagiaria na Ordem dos Advogados do Brasil na subseção de São Francisco de Assis – RS. E-mail: lunardigripa@gmail.com

de inclusão do indivíduo na sociedade, garantindo que o mesmo tenha sua dignidade preservada, evitando constrangimentos que afetam sua personalidade.

Há algumas leis e decisões que reconhecem direitos das pessoas transgêneros e, também, políticas públicas adotando o uso do nome social em documentos de identificação, mas para os tribunais de justiça no Brasil, este direito causa inúmeras controvérsias em suas decisões, pois nem todos os casos têm conseguido alcançar uma sentença satisfatória.

Nos tribunais de justiça do Rio Grande do Sul, a situação não é diferente, de acordo com jurisprudências analisadas, existe um conflito entre o fator biológico e o fato social, o que interfere nas sentenças, causando uma disparidade de decisões.

Por isso, tendo em vista a importância da aceitação e do uso do nome social, se faz necessário conhecer os argumentos utilizados, compreender como estão sendo tomadas as decisões nos tribunais a respeito do tema e visualizar a situação do Brasil e, principalmente, do Rio Grande do Sul diante do preconceito de gênero.

Assim sendo, é necessário trabalhar detalhadamente a questão do registro do nome social de transgênero e analisar as decisões do Tribunal de Justiça do Estado Rio-grandense, frente ao preconceito de gênero. Tendo em vista, que o nome social pode ser um pilar para auxiliar o combate do preconceito e, também pode servir como um fator importante na garantia do direito a dignidade e a inclusão dos indivíduos transgêneros na sociedade atualmente intolerante no que se refere a diversidade de gêneros.

2 TRANSGÊNERO

2.1 O que é uma pessoa transgênero?

A sociedade carrega consigo uma cultura enraizada, a muito tempo atrás,de que quando se fala em gênero da pessoa, existem apenas dois, o feminino e o masculino. Porém atualmente muitos lutam para eliminar essa barreira da ignorância e mostrar que gênero não é só homem e mulher, são, também, os bissexuais, travestis, gays, lésbicas e os transgêneros, foco do presente artigo.

Transgêneros, segundo o site MundoPsicologos, são aquelas pessoas que não se identificam, nem se expressam, segundo o que a sociedade determina para o seu gênero sexual, ou seja, o transgênero normalmente tem a sensação de estar no corpo errado, sofrendo um desconforto constante em relação ao próprio sexo. Mas apesar do desconforto, não sente a necessidade de fazer modificações físicas.

2.2 O surgimento do termo “transgênero”

“O termo transgênero surgiu pela primeira vez em meados dos anos 80 para definir uma categoria de transtorno de gênero que não era abrangida nas que já haviam”. (PATTOLI, 2016). Atualmente o termo abarca muitos outros gêneros, sendo esses, os genderqueer, bigênero, pangênero, crossdresser, dragqueen, intersexo e etc.

3 O NOME SOCIAL DOS TRANSGÊNEROS

3.1 Conceito

O Código civil de 2002, estabelece em seu artigo 16 que o nome civil é direito da personalidade e é um direito assegurado a todos. O nome de cada indivíduo, por sua vez, é de grande relevância no modo como o mesmo é visto diante da sociedade, bem como afirma Carlos Roberto GONÇALVES (2012, p. 134), que diz, que o “Nome é a designação ou sinal exterior pelo qual a pessoa identifica-se no seio da família e da sociedade.”

Firmando o caráter personalíssimo e a importância individual e social, a desembargadora Maria Berenice Dias afirma o seguinte:

> O nome das pessoas, enquanto fator determinante da identificação e da vinculação de alguém a um determinado grupo familiar, assume fundamental importância individual e social. Paralelamente a essa conotação pública, não se pode olvidar que o nome encerra fatores outros, de ordem eminentemente pessoal, na qualidade de direito personalíssimo que é, constituindo um atributo da personalidade. (DIAS, 2006)

O nome civil é composto por prenome e sobrenome, onde, o prenome é o nome próprio de cada indivíduo e tem como finalidade a distinção de membros da própria família, o prenome é livremente escolhido pelos pais, sempre com o devido bom senso para posteriormente não expor o portadorao ridículo. Inclusive, de acordo com a Lei 6.015 /73, a Lei dos Registros Públicos, os oficiais do registro civil não registrarão nomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores.

O Sobrenome, por sua vez, é o sinal que define e identifica a origem da pessoa, de forma a indicar sua filiação ou linhagem. É característico da família sendo, transmissível por sucessão.

No entanto, acontecem situações em que somente proteger e garantir o nome civil não é suficiente na garantia do fundamento da dignidade humana presente na constituição brasileira de 1988. Existem situações em que a pessoa não se sente bem com seu nome civil, pois este não é compatível com sua identidade de gênero.

Esse é o caso dos transgêneros, que possuem uma divergência entre sua manifestação sexual real e seu nome civil, atribuído desde o nascimento e presente em documentos de identificação. Essa incongruidade de identidade de gênero e registro civil acarreta em um descontentamento do indivíduo consigo mesmo, além de inúmeras situações onde é evidente o preconceito de gênero.

Com isso, tendo em vista a personalidade e a dignidade do indivíduo transgênero, surge a necessidade de utilização do nome social, que se torna compatível com a identidade de gênero de cada um, condizente com o que o indivíduo demonstra diante da sociedade. Ou seja, o “Nome social é o prenome adotado pela pessoa travesti e transexual, que corresponde à forma pela qual se reconhece, identifica-se, é reconhecida e denominada por sua comunidade”. (FERRI, 2014, p. 16). Dessa forma torna-se possível o reconhecimento da identidade de gênero, a possível diminuição da homofobia e a garantia de direito constitucionais fundamentais.

4 O PRECONCEITO CONTRA O TRANSGÊNERO

4.1 Preconceito de gênero, o que é?

"Entende-se por preconceito de gênero, as atitudes sociais que discriminam as pessoas de acordo com o seu sexo. [...]. Os preconceitos de gênero variam de acordo com o momento histórico e a cultura de cada local." (PARGA; SOUSA; COSTA; 2001).

"Pode ser entendido também como sexismo, [...] que se refere a atitudes e ações que privilegiam um determinado sexo ou gênero ou ainda orientação sexual, em detrimento de outro. São práticas que desprezam, desqualificam, desautorizam e violentam[...]". (PISSUTTI, 2017).

4.2 Ocorrências no Brasil

De acordo com texto apresentado em 2006 pela Rede Trans Brasil com dados da TGEU (TransgenderEurope). A maioria dos casos de violência acontece no Estado de São Paulo, com 18 assassinatos. O Rio de Janeiro aparece com 13 mortes seguido do estado do Rio Grande do Sul em terceiro com 12 mortes. Outro dado importante divulgado pelo mesmo veículo é de que, dos 144 homicídios de 2016, a relação da vítima com o agressor foi ignorada 95 vezes. (ARAUJO, 2016).

Já em 2017, segundo matéria publicada por Juliana Baeta, se utilizando de informações informadas pela secretaria de Articulação Política da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (Antra), Bruna Benevides. Até maio desse ano foram assassinadas 61 transexuais e travestis por causa de transfobia no Brasil.

De acordo com o mesmo estudo, São Paulo é o Estado que mais mata por transfobia, com sete casos em 2017, seguido do Ceará (seis casos) e Bahia e Rio de Janeiro, com cinco casos cada um. O que se nota observando os dados é que o estado do Rio Grande do Sul deixou de ser um dos estados com mais índices de violência.

"O que denota a motivação clara para o crime é a forma como essas pessoas são assassinadas. Nenhuma das vítimas listadas no mapa da Antra morreu de ataque cardíaco ou atropelamento, por exemplo. O modo é sempre muito violento". As ocorrências de mortes são por tiros, espancamento, pessoas carbonizadas, morte por asfixia, por apedrejamento, por facadas e por estrangulamento. (BAETA,

2017). Sem dar qualquer chance a vítima, que tem sua vida extinguida pela violência sem precedentes.

5 O REGISTRO DO NOME SOCIAL

“O nome social passou a ser adotado para adequar o **senso de identidade** do sujeito àquilo que esse sujeito representa socialmente. Assim evita-se a **exposição desnecessária do indivíduo**, e o constrangimento de ser tratado de uma forma que não condiz com sua condição humana, psicológica, moral, intelectual e emocional.” (FRANZONI, 2017, grifo do autor).

O papel do nome social é de buscar a adequação do individuo com o seu nome, diminuindo o preconceito e evitando exposição a situações constrangedoras, porém, apesar dos benefícios, o nome social é pouco conhecido, além de seu processo ser lento e muito burocratizado.

5.1 jurisprudências do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

Foram selecionados acórdãos doTribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), obtidos através do parâmetro de busca “nome social” e “nome transgênero”. O primeiro acórdão localizado é datado no dia 19 de dezembro de 1985 não se pode extrair muito da emenda, apenas que a sentença foi desconstituída, provavelmente para a inteira negação.

> REGISTRO CIVIL. RETIFICACAO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. ALTERACAO DE SEXO. MUTILACAOCIRURGICA CONSISTENTE NA EXTIRPACAO DA GENITALIA EXTERNA COM A FINALIDADE DE AJUSTAMENTO A TENDENCIA FEMININA. PERSISTENCIA DAS CARACTERISTICASSOMATICAS QUE INFORMARAM O ASSENTO. IMPOSSIBILIDADE DE MUDANCA DE SEXO PARA SOLUCIONAR CONFLITO DO PSIQUICO COM O SOMATICO. PRELIMINAR REPELIDA. SENTENCADESCONSTITUIDA. RECURSO PROVIDO. (BRASIL,1985)

Em 28 de agosto de 1997 a Terceira Câmara Cível julgou não ser possível a alteração do nome no registro, mesmo depois da alteração de sexo do transgênero, alegando a inexistência de qualquer erro ou falsidade no registro.

> REGISTRO PUBLICO.ALTERACAO DE REGISTRO DE NASCIMENTO.NOME E SEXO. TRANSEXUALISMO. SENTENCAINDEFERITORIA DO PEDIDO.EMBORA SENDO TRANSXESUAL E TENDO SE SUBMETIDO A OPERACAO PARA MUDANCA DE SUAS CARACTERISTICAS SEXUAIS, COM A EXTIRPACAO DOS ORGAOS GENITAIS MASCULINOS,BIOLOGICA E SOMATICAMENTE CONTINUA SENDO DO SEXO MASCULINO.INVIABILIDADE DA ALTERACAO,FACE A INEXISTENCIA DE QUALQUER ERRO OU FALSIDADE NO REGISTRO E PORQUE NAO SE PODE COGITAR DESSA RETIFICACAO PARA SOLUCIONAR EVENTUAL CONFLITO PSIQUICO COM O SOMATICO. APELACAONAO PROVIDA. VOTO VENCIDO. (BRASIL, 1997)

Em 18 de dezembro do mesmo ano, foi aceita a alteração do prenome em registro de nascimento (BRASIL, 1997). Devido à falta de inteiro teor, a compreensão torna-se difícil, porém nota-se que o primeiro passo na garantia dos direitos dos transgêneros foi dado.

No ano de 2000, evidencia-se uma preocupação em relação a possíveis situações de cunho vexatório, que o transgênero, por estar em descompasso nos quesitos, nome e identidade de gênero poderia vir a sofrer ou, então, estar sofrendo.

Em 31 maio de 2000 julgado pela sétima câmara cível, utilizando-se do artigo 56 da lei N. 6015/73 “O interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá, pessoalmente ou por procurador bastante, alterar o nome, desde que não prejudique os apelidos de família, averbando-se a alteração que será publicada pela imprensa.” E, também, do artigo 58 da lei N. 9708/98 " Art. 58. O prenome será definido, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios." Proferiu decisão favorável a mudança de prenome e a utilização de apelido notório. Conforme emenda:

> REGISTRO CIVIL. TRANSEXUALIDADE. PRENOME. ALTERACAO. POSSIBILIDADE. APELIDO PUBLICO E NOTORIO. O FATO DE O RECORRENTE SER TRANSEXUAL E EXTERIORIZAR TAL ORIENTACAO NO PLANO SOCIAL, VIVENDO PUBLICAMENTE COMO MULHER, SENDO CONHECIDO POR APELIDO, QUE CONSTITUI PRENOME FEMININO, JUSTIFICA A PRETENSAOJA QUE O NOME REGISTRAL E COMPATIVEL COM O SEXO MASCULINO. DIANTE DAS CONDICOES PECULIARES, NOME DE REGISTRO ESTA EM DESCOMPASSO COM A IDENTIDADE SOCIAL, SENDO CAPAZ DE LEVAR SEU USUARIO A SITUACAOVEXATORIA OU DE RIDICULO. ADEMAIS , TRATANDO-SE DE UM APELIDO PUBLICO E NOTORIO JUSTIFICADA ESTA A

> ALTERACAO. INTELIGENCIA DOS ARTS.56 E 58 DA LEI N. 6015/73 E DA LEI N. 9708/98. RECURSO PROVIDO. (11 FLS.) (BARSIL, 2000).

Em 2003 foi encontrado um acórdão, onde foi negado o recurso do ministério público, contra sentença de alteração de sexo e nome em registro civil, alegando um possível prejuízo aos terceiros de boa-fé que venham a se envolver com o recorrido. No entanto, a apelação foi desprovida.

Entre 2006 e 2008 foram três apelações conta a sentença em primeiro grau. Estas foram providas em favor de seus apelantes e, assim, garantindo o direito ao registro do nome social. Sempre se preocupando com o preconceito de gênero e a dignidade humana.

A apelação interposta por A. A. M. contra a sentença que julgou improcedente o pedido de retificação de registro civil por ele formulado, afirmando ser transexual e alegando passar por situações constrangedoras, foi provida. Mediante a documentação de avaliação e diagnóstico considerados positivos para transexualidade, feitos pelo Hospital de Clinicas em Porto Alegre, além de argumentos utilizados pela então presidente e relatora no caso Maria Berenice Dias, como o princípio a dignidade humana, tendo em vista que o nome é um direito fundamental e é assegurado por nossa Constituição Federal, a relatora diz:

> Os direitos fundamentais visam à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, por sua vez, atua como sendo uma qualidade inerente, indissociável, de todo e qualquer ser humano, relacionando-se intrinsecamente com a autonomia, razão e autodeterminação de cada indivíduo.
> Portanto, fechar os olhos para a peculiar situação vivenciada pelo recorrente, que é reconhecida pela própria medicina, implicaria infração ao princípio da dignidade da pessoa humana, norma esculpida no inciso III do art. 1º da Constituição Federal. Nesse sentido, cabe citar o art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948): “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”.(BRASIL, 2006).

Além disso, outro argumento utilizado está voltado a saúde, também assegurada na Constituição Federal em seu artigo 6°.

> A incoincidência da identidade do transexual provoca desajuste psicológico, não se podendo falar em bem-estar físico, psíquico ou social. Assim, o direito à adequação do registro é uma garantia à saúde, e a negativa de

> modificação afronta imperativo constitucional, revelando severa violação aos direitos humanos (Maria Berenice Dias. União Homossexual: o Preconceito e a Justiça, 3ª edição. Porto alegre: Livraria do Advogado, ano 2006, p. 124). (BRASIL, 2006).

Em 2009 ocorreram dois casos em que, o autor postulou a alteração do seu nome, a sentença julgou procedente o pedido determinando a alteração do nome do autor. O Ministério Público apelou pedindo a improcedência do pedido inicial, alegando que ficou indefinido a condição do autor de transexual ou travesti. O Ministério Público, de segundo grau jurisdicional manifestou-se, preliminarmente, pela nulidade do processo que atua junto ao primeiro grau. No mérito manifestou-se pelo desprovimento do recurso. Mantendo assim a sentença inicial. (Brasil, 2009)

No mesmo ano uma apelação recorrendo a sentença que julgou inviável a mudança no registro civil, foi provida. Vale, aqui utilizar um trecho do voto sustentado pelo desembargador Rui Portanova para reafirmar a preocupação com a dignidade do transgênero:

> [...] embora o nome apresente-se como um elemento de diferenciação do indivíduo perante a coletividade, o seu maior atributo não está no coletivo, mas no individual.
>
> É através do nome que todo e qualquer indivíduo se identifica, se vê como um ser dotado das características que aquele signo representa para si.
>
> É claro que a forma como o indivíduo é visto socialmente também importa para a conformação do nome. Mas a importância dessa visão social e coletiva do indivíduo volta-se muito mais para o próprio indivíduo em respeito à sua dignidade, em atenção à forma como esse indivíduo sente-se ao ser visto dessa ou daquela forma pelo coletivo. (BRASIL, 2009).

Em 2012, trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou improcedente o pedido de retificação de registro civil para alteração de prenome e sexo. O apelante afirma que não lhe foi oportunizado comprovar os fatos alegados, assegurando ser essencial colher seu depoimento, bem como o de testemunhas. Garante que a sentença insulta o princípio da dignidade da pessoa humana, pois seu nome feminino não está em conformidade com suas qualidades. Novamente se conseguiu desconstituir a sentença. (BRASIL, 2012).

No ano de 2013, uma apelação cível interposta pelo Ministério Público inconformado com a procedência da ação de retificação do registro civil de

nascimento de E.D.C. em razão da sua transexualidade. Alegando impossibilidade jurídica do pedido, aferindo que o caso dos autos não se associa com a preservação da dignidade da pessoa humana.Salientou que a mudança de sexo na certidão de nascimento compõe crime de falsidade ideológica. Apesar das alegações do Ministério público, o apelo foi negado. (BRASIL, 2013)

Em 2015, Agenor B. ingressa com recurso de apelação pedindo a reforma da sentença que julgou improcedente a ação de retificação de registro civil para alteração do prenome para um nome feminino. Invoca os princípios constitucionais da igualdade e da dignidade e tem sua apelação provida. (BRASIL, 2015).

Em 2016, foi feita uma nova apelação do Ministério Público se mostrando inconformado com sentença que julgou procedente a ação de retificação de nome. “afirma que desejos não são direitos, e não é o simples fato de querer viver como se mulher fosse que justifica tal pretensão. Pretende seja reformada a sentença diante da impossibilidade jurídica do pedido.” O apelo foi negado. (BRASIL, 2016).

5.2 Direitos dos transgêneros: avanços no campo nacional

Atualmente não há no Brasil uma lei que garanta o registro do nome social do transgênero, no entanto existem decretos presidenciais, estaduais e municipais que asseguram o uso do nome social em determinadas situações, como é o caso do município de São Paulo em decreto nº 51.180, de 14 de janeiro de 2010, que garante o uso do nome social das pessoas travestis e transexuais em todos os registros municipais relativos aos serviços públicos.

Também em São Paulo, o decreto Estadual n° 55.588/2010, em seus primeiros artigos, é expresso que:

> **Artigo 1º -** Fica assegurado às pessoas transexuais e travestis, nos termos deste decreto, o direito à escolha de tratamento nominal nos atos e procedimentos promovidos no âmbito da Administração direta e indireta do Estado de São Paulo.
> **Artigo 2º -** A pessoa interessada indicará, no momento do preenchimento do cadastro ou ao se apresentar para o atendimento, o prenome que corresponda à forma pela qual se reconheça, é identificada, reconhecida e denominada por sua comunidade e em sua inserção social.

Em 2016, foi lançado o decreto presidencial nº 8.727 que diz que, “os órgãos e as entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional, em seus atos e procedimentos, deverão adotar o nome social da pessoa travesti ou transexual, de acordo com seu requerimento e com o disposto neste Decreto”. E, ainda em parágrafo único diz que “É vedado o uso de expressões pejorativas e discriminatórias para referir-se a pessoas travestis ou transexuais.”

Em maio do mesmo ano, o Conselho Pleno da OAB, instância máxima de decisão da entidade, aprovou a utilização do nome social no registro da Ordem para advogados e advogadas travestis e transexuais. A proposta aprovada permite ainda a inclusão do nome social nas carteiras de identidade profissional. (CONSELHO FEDERAL DA OAB, 2016).

No dia 24 do mês de outubro de 2017, a 10ª câmara de direito privado do Tribunal de Justiça de são Paulo (TJ-SP) decidiu em favor de Laerte Coutinho, cartunista transexual. E em sua defesa trabalhou advogada transexual Marcia Rocha, a primeira advogada travesti a ter o nome social no Cadastro Nacional dos Advogados. (COURA, 2017). A data é um marco na história, pois foi a primeira vez no TJ-SP que os desembargadores ouviram a sustentação de um advogado transexual. (NOGUEIRA, 2017)

Ainda em 2017, mais uma conquista na garantia dos direitos dos transgêneros foi alcançada, não só no âmbito estadual, como também, no campo nacional. A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acolheu o pedido de modificação de prenome e de gênero de transexual que apresentou avaliação psicológica pericial para demonstrar identificação social como mulher, sem a necessidade de intervenção cirúrgica. (PETRA &WEID ADVOGADOS ASSOCIADOS, 2017).

6 CONCLUSÃO

O transgênero tem sua dignidade violada, a cada dia, ao passar por situações constrangedoras, de um preconceito explicito. O mesmo é julgado pela sociedade que, por vezes, não aceita sua identidade de gênero, pois essa é moldada em uma visão, onde gênero são, apenas, pessoas de sexo masculino e feminino.

Devido ao fato de não existir, até a presente data, uma lei de nível nacional, que garanta os direitos dos transgêneros, essas pessoas ficam à mercê de uma sociedade preconceituosa e agressiva. Uma sociedade onde os transgêneros vem suas vidas serem violadas e extinguidas por uma violência gratuita.

É notável que ao analisar as jurisprudências e toda a sustentação feita em cada uma delas demonstra-se uma grande preocupação com o bem-estar do indivíduo, não só em seu íntimo, como também, frente a sociedade. Ao estudar essas jurisprudências pode se constatar que as decisões nelas contidas podem ser de grande influência na construção de novas leis garantidoras de direitos para os transgênero.

Enquanto essas leis não são criadas, os institutos jurídicos têm total importância na garantia de direitos aos transgêneros. Uma dessas garantias é o registro do nome social, importante pilar para a sustentação da dignidade, da honra e da personalidade dessas pessoas, além de importante “escudo” contra a violência desenfreada do nosso país.

Enfim, por mais que os avanços do poder judiciário, sejam muitos e as decisões vem deixando cada vez mais clara a preocupação frente ao preconceito, expondo argumentos irrefutáveis na defesa do transgênero,o que se espera, é que em breve sejam criadas leis,que efetivamente garantam o direito dos transgêneros, fazendo com que essas pessoas sejam incluídas dignamente na sociedade.

REFERENCIAS

AMARANTE, Fernanda Machado. **Nome social**: uma conquista dos transgêneros. 2016. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia.php?notId=1036418> Acesso em: 22 nov. 2017.

AMORIM, José Roberto Neves. Direito ao nome da pessoa física. São Paulo: Saraiva, 2003. In: GOMES, Luiz Flávio. **Nome civil**: características e possibilidades de alteração. 2008. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/20115/nome-civil-caracteristicas-e-possibilidades-de-alteracao>

ARAÚJO, Peu**. Brasil lidera assassinatos de pessoas trans no mundo**. 2016. Disponível em: <https://noticias.r7.com/brasil/brasil-lidera-assassinatos-de-pessoas-trans-no-mundo-30012017> Acesso em: 23 nov. 2017.

BAETA, Juliana. **Brasil já tem 61 transexuais e travestis assassinados em 2017**. 2017. Disponível em: <http://www.otempo.com.br/capa/brasil/brasil-j%C3%A1-tem-61-transexuais-e-travestis-assassinados-em-2017-1.1477509> Acesso em: 23 nov. 2017.

BRASIL. **Código civil**. Organização dos textos por Paulo Roberto Froes Toniazzo e Valdemar P. da Luz. 5. Ed. Florianópolis: Conceito editorial, 2009.

BRASIL. Decreto no 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm> Acesso em: 09 set. 2017.

BRASIL. **Lei no 6.015, de 15 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Diário oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em: 02 out. 2017

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 585049927, 2ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público. Apelado: Leonardo Santos Filho. Relator: Desembargador Mário Rocha Lopes, Porto Alegre, dez. 1985.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 597156728, 3ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público.

Apelado: AidaFrassonZanini. Relator: Desembargador Tael João Selistre, Porto Alegre, dez. 1997.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70006828321, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público. Apelado: Paulo César de Oliveira Cristy. Relator: Dr.ª Catarina Rita Krieger Martins, Guaíba, 11 dez. 2003.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível no 70013909874, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Adenilson de Abreu Martins. Apelada: A justiça. Relator: Desembargadora Maria Berenice Diaz, Porto Alegre, abr. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70006828321, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Reinaldo Silva dos Santos. Apelado: Ministério Público. Relator: desembargador Claudir Fidélis Faccenda, Porto Alegre, 17 ago. 2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70022952261, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Paulo César Schafer. Apelado: a Justiça. Relator: desembargador José S. Trindade, Carlos Barbosa, 17 abr. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no70022504849, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público. Apelado:Artur Roberto Cunha Santos. Relator: desembargador Rui Portanova, Caxias do Sul, 16 abr. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70030772271, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público. Apelado: Jeferson Peres dos Santos. Relator: desembargador Rui Portanova, São Leopoldo, 16 jul. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no70030504070, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Joao Batista Pinheiro Meine. Apelado: a Justiça. Relator: Rui Portanova, Canoas, 29 out. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70046893582, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Edemarcia R. Apelado: a Justiça. Relator: desembargador Ricardo Moreira Lins Pastil, Cascas, 16 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no70052872868, 8ª câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público. Apelado: EronDaitx Camargo. Relator: desembargador AlzirFelippeSchmitz, Caxias do Sul, 04 abri. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70062563838, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Agenor Borges. Apelado: a Justiça. Relator: desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, Bento Gonçalves, 27 mai. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação cível no 70070307459, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelante: Ministério Público. Apelado: Pablo M.O. Relator: desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Guaporé, 26 out. 2016.

COURA, Kalleo. **Márcia Rocha**: a advogada travesti que mudou a OAB. São Paulo, 31 jan. 2017. Disponível em: <https://jota.info/advocacia/marcia-rocha-advogada-travesti-que-mudou-oab-31012017>Acesso em: 30 out. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **União Homossexual**: o Preconceito e a Justiça.3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 124 p. In: BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível no 70013909874, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado

do Rio Grande do Sul. Apelante: Adenilson de Abreu Martins. Apelada: A justiça. Relator: Desembargadora Maria Berenice Diaz, Porto Alegre, abr. 2006.

FRANZONI, Larissa (coord.). **Como funciona a identidade com nome social.** Santa Catarina: S.N., 2017. Disponível em: http://franzoni.adv.br/como-funciona-identidade-com-nome-social/ Acesso em: 06 mai 2018

FERRI, Ana (Org.). **Diversidade sexual e a cidadania LGBT**. São Paulo: SJDC, 2014. 16 p. Disponível em: <http://www.recursoshumanos.sp.gov.br/lgbt/cartilha_diversidade.pdf> Acesso em: 17 set. 2017.

NOGUEIRA, Kiko. "**Um escárnio a justiça:** a lição da advogada transexual de Laerte em Reinaldo Azevedo no TJ-SP. Brasil, 25 out. 2017. Disponível em: <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/um-escarnio-a-justica-a-licao-da-advogada-transexual-de-laerte-em-reinaldo-azevedo-no-tj-sp/> Acesso em: 30 out. 2017.

OAB aprova uso de nome social por advogadas travestis e transexuais. 2016. Disponivel em: <http://www.oab.org.br/noticia/51639/oab-aprova-uso-de-nome-social-por-advogadas-travestis-e-transexuais>

O QUE significa ser transgênero? Disponível em: < https://br.mundopsicologos.com/artigos/o-que-significa-ser-transgenero>Acesso em: 19 nov. 2017, 16:12:32.

PARGA, Erica Jordane de S.; SOUSA, Jimi Hendrex Medeiros de; COSTA, Maria Conceição. Estereótipos e preconceitos de gênero entre estudantes de enfermagem da UFBA.**Revista Baiana de Enfermagem**, Bahia, v. 14, n. 1, p. 107, 2001. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/enfermagem/article/view/3846/2815> acesso em: 06 mai. 2018.

PATTOLI, Ana Beatriz. Transexualidade: dignidade e identidade como direitos. **HERMES PUC-SP**, São Paulo, 19 set. 2016. Disponível em: <http://revistahermes.pucsp.br/index.php/187-a-transexualidade-e-os-direitos-a-dignidade-e-a-identidade-primeira-versao>Acesso em: 19 nov. 2017.

PETRA &WEID ADVOGADOS ASSOCIADOS. **STJ decide que transexuais podem alterar registro civil sem realizar cirurgia**. 2017. Disponível em: <https://petraeweid.jusbrasil.com.br/noticias/513554168/stj-decide-que-transexuais-podem-alterar-registro-civil-sem-realizar-cirurgia> Acesso em: 28 out. 2017.

PISSUTTI, Cristiane. **Preconceito de gênero**. 2017. Disponível em: <https://temasredacao.wordpress.com/2017/05/14/preconceito-de-genero/>

SÃO PAULO (estado). **Decreto no 55.588, de 17 de março de 2010**. Dispõe sobre o tratamento nominal das pessoas transexuais e travestis nos órgãos públicos do Estado de São Paulo e dá providências correlatas. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2010/decreto-55588-17.03.2010.html > Acesso em: 26 out. 2017.

SÃO PAULO (município). **Decreto no 51.180, de 14 de janeiro de 2010**. Dispõe sobre a inclusão e uso do nome social de pessoas travestis e transexuais nos registros municipais relativos a serviços públicos prestados no âmbito da Administração Direta e Indireta. Disponível em: <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/decreto_1264092483.pdf >

SIGNIFICADO de Transgênero. Disponível em: <https://www.significados.com.br/transgenero/> Acesso em: 19 nov. 2017.



OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A QUESTÃO DOS TRANSEXUAIS NO CONTEXTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Laureani Pazzini Silveira[40]
Fernando Hoffmam[41]

RESUMO: O presente estudo trata dos paradigmas encontrados no ordenamento jurídico brasileiro, que exigem firmeza em relação à proteção dos direitos dos indivíduos, onde é cada vez mais necessário que seja repensado o conteúdo das normas que são oferecidas aos cidadãos constituintes de uma sociedade livre, justa e igualitária, analisando sempre os princípios que contemplam o ordenamento brasileiro, que visam a proteção dos indivíduos dentro da sociedade, independentemente de raça, cor, sexo, gênero, e afins. A pesquisa tem como escopo, trazer a decisão tomada pelo Supremo Tribunal de Justiça em 2017 no que tange aos transexuais e modificação do seu registro.

Palavras-Chave: Modificação do Registro; Supremo Tribunal de Justiça; Transexuais.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao vivenciar o cotidiano de uma sociedade, percebe-se que a mesma é baseada em fundamentos religiosos e no conservadorismo familiar, onde tudo aquilo que é diferente sempre acabou por gerar muitas controvérsias e tratar das relações de gênero, dentro do contexto homem e mulher, traz divergências em todos os sentidos.

A transexualidade é conflitiva, difícil e angustiante para o indivíduo, pois o mesmo sempre se encontra em um desequilíbrio emocional pelo fato de não se identificar com o gênero sexual que nasceu e que se encontra em seus documentos, ou seja, não é correspondente com a sua realidade social e sexual, possuindo uma convicção inalterável de que pertence ao sexo oposto, reprovando os órgãos sexuais que possui. Assim, o indivíduo transexual não se identifica com o seu sexo

[40]Laureani Pazzini Silveira é Técnica em Informática pelo Instituto Federal Farroupilha – Campus São Borja. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Auto Uruguai e das Missões – URI Campus de Santiago. Email: laureanisilveira_@hotmail.com.
[41]Mestre e Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bolsista PROEX/CAPES; Membro do Grupo de Pesquisa Estado e Constituição e da Rede Interinstitucional de Pesquisa Estado e Constituição, vinculado à UNISINOS e ao CNPQ; Professor Titular do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI/ Câmpus Santiago); Membro do Grupo de Pesquisa Direito, Justiça e Cidadania, vinculado à URI e ao CNPQ; Especialista em Direito: Temas Emergentes em Novas Tecnologias da Informação e Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA).

biológico, sofrendo transtornos psicológicos, ou seja, uma psicopatologia que gera transtornos como: depressão, ansiedade, angústia e, principalmente, uma repulsa muito grande em relação ao seu corpo.

Com o passar dos anos e a realização de vários estudos, concluiu-se que a ligação que existe entre o corpo e a mente não tem condições de serem modificadas, e a única opção é a da realização da cirurgia de mudança de sexo, conhecida como redesignação sexual ou transgenitalização, para que este indivíduo consiga aliviar a angústia e sofrimento que possui. Alguns doutrinadores defendem que a transexualidade é a insatisfação e rejeição que uma pessoa tem com o seu corpo, e a função da cirurgia é somente de corrigir o “defeito” que a pessoa enxerga em si mesma. Atualmente, existem fatores que demonstram que o gênero de um indivíduo vai muito além de seus órgãos genitais, pois precisa-se levar em conta os fatores sociais, psicológicos e biológicos. O que precisa ser destacado no presente trabalho é que, o sexo psicológico é o que o indivíduo acredita pertencer e o sexo jurídico é determinado em relação à vida civil de cada ser humano, designado através do sexo morfológico após o nascimento da criança.

A jurisprudência tem cada vez mais reconhecido os direitos fundamentais dos transexuais, principalmente em primeira instância, fazendo com que os argumentos que eram utilizados para afastar o direito fundamental à identidade, sejam ignorados, pois se leva em conta o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo com que o próprio STJ tenha mudado a percepção acerca do direito à modificação dos registros, entendendo que independentemente da realização da cirurgia, é possível a alteração do sexo que consta no registro civil do indivíduo transexual, pois foram resgatados conceitos essenciais do que é sexo, identidade de gênero e orientação sexual, pois o transexual é aquele ser humano que não aceita o próprio gênero, estando sempre desconectado,

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE, O TRANSEXUALISMO E O NOME CIVIL

Os direitos da personalidade andam próximos dos direitos fundamentais, o último está previsto nas constituições tendo em vista a posição do indivíduo em relação ao Estado, sendo que essa preocupação é o que comanda o regime destes

direitos, que surgiram pela necessidade de que de se ter uma limitação ao controle dos abusos de poder do Estado. Já os direitos da personalidade, atendem as questões da personalidade em si e as preocupações das estruturações políticas, tendo o intuito de proteger a dignidade do titular enquanto pessoa individual, irrepetível e infungível.

A personalidade de um indivíduo surge como uma forma de película protetora ao bem jurídico, após a concepção de uma vida, protegendo estes de qualquer espécie de agressão, lhes assegurando as condições mínimas para viver respaldados pela tutela da dignidade. A concepção de uma vida culmina na existência dos direitos da personalidade, atribuindo ao ser humano vivo aqueles direitos de estado, como o de exercer a cidadania, ter privacidade e ter direito a identidade pessoal. (FIGUEIREDO; LEMES, 2015).

A personalidade é inerente do indivíduo, estando a proteção desta, relacionada aos aspectos psíquicos, até a integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até o momento de sua morte. Assim, os direitos da personalidade tem como intuito, proteger os atributos que são específicos da personalidade. Esses direitos de personalidade integram o próprio ser humano, possuindo uma interligação, como por exemplo, o direito ao nome, ao corpo, liberdade, dentre outros. (TARTUCE, 2009).

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), de maneira explícita, encontra-se o rol de proteção aos direitos da personalidade, que também podem ser considerados direitos fundamentais, todavia, existem aqueles que se encaixam em apenas um destes. Essa situação é identificada também, no próprio Código Civil de 2002 que prevê direitos da personalidade que estão presentes na Constituição Federal como direitos fundamentais, sendo assim, nem todos esses direitos fundamentais constituem os direitos da personalidade e nem todos os direitos da personalidade constituem os direitos fundamentais.

Nesse passo, algumas questões devem ser referidas sobre os direitos da personalidade. Num primeiro momento, a personalidade enquanto direito, deve ser entendida como capacidade, sendo titular de direitos, bem como, como algo indispensável à condição humana, pois, indissociável a personalidade das significações as quais o sujeito se entende como ser identitário. (TEPEDINO, 2009).

Os direitos da personalidade foram fundados em uma existência conceitual na concepção patrimonialista do Direito Civil, além de ser feito um questionamento quanto origem desses direitos, marcados por valores existenciais, perguntava-se qual era afinal o seu conteúdo e sua extensão em relação a essa disciplina jurídica. Contudo, para não entrar em uma contradição lógica, esses direitos da personalidade eram identificados conforme a sua titularidade de direitos, e dessa maneira, não poderiam ser considerados objetos. (ZANINI, 2011).

Desse modo, os direitos da personalidade devem ser entendidos indissociavelmente do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a que nessa relação, ampliam-se conteudísticamente sempre no sentido do livre desenvolvimento da personalidade dos indivíduos (MENEZES; OLIVEIRA, 2009).

Nessa perspectiva, Tepedino (2004) foi um dos doutrinadores que adotaram os direitos da personalidade, levando em conta a ideia de que vida, saúde e honra, são ser, e não ter, se tornando incompatíveis com os direitos subjetivos, estando estes predispostos à tutela das relações patrimoniais. Assim, existem direitos em que a personalidade acabaria por estar insatisfeita, pois estaria privada de qualquer valor concreto, estando desacompanhados dos direitos, fazendo com que os direitos subjetivos não despertassem mais o interesse dos indivíduos. A previsão legal desses direitos da personalidade, se dá nas constituições pós-guerras, pois foi onde passou-se a ser adotado uma proteção a dignidade da pessoa humana, por conseguinte, abrangendo o direito da personalidade.

Conforme sustenta Doneda (2005) a positivação constitucional da dignidade humana, da cidadania, bem como, a adoção da igualdade material e formal como parâmetros, incumbem uma cláusula geral de personalidade ao ordenamento e à prática jurídica brasileira. Essa cláusula referida pelo autor relaciona todas as situações nas quais algum aspecto ou direito decorrente da personalidade esteja posto em questão. Dessa cláusula deriva ainda a positivação infraconstitucional dos direitos da personalidade no Código Civil de 2002, matéria que aparece no Capítulo II do presente dispositivo legal, que não se pretende exaustiva, tratando-se, podendo-se dizer assim, de um rol exemplificativo que, não impede que dele, derivem novos direitos relativos à personalidade do indivíduo.

Nesse cenário, Francesco Messineo entende que os direitos da personalidade são limites impostos contra o poder público e contra os particulares, dando um espaço próprio a pessoa para o seu desenvolvimento, que não pode ser invadido, recebendo uma proteção que seja específica do direito. Esses direitos da personalidade devem ser respeitados como conteúdo mínimo para a existência dos indivíduos, sendo estes direitos privados que são fundamentais da pessoa humana, dando limites à atuação do Estado e dos demais particulares. Dessa forma os direitos da personalidade podem ser definidos como uma categoria especial de direitos subjetivos que estão fundados na dignidade da pessoa humana garantindo o respeito que lhe é devido. (BELTRÃO, 2014).

O nome é a identificação de um indivíduo, basicamente como se fosse a “roupa do corpo” do mesmo, mas na transexualidade é como se o mesmo, fosse despido de sua roupa, já que o direito ao nome sofre uma relutância se o mesmo não houver realizado a cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, embora existam vários tribunais brasileiros que já amparem esses indivíduos para que consigam ter os seus direitos da personalidade adequados à sua vontade.

A necessidade em buscar uma identidade vai muito além de ser somente a busca de um documento, é a busca de uma identidade física, psicológica, sentimental, etc. A identidade é uma conexão que constrói o indivíduo em sua vivência, e quando este não segue o modelo considerado normal na sociedade, não deve sofrer restrições aos direitos que lhe são garantidos pelo ordenamento. O transexual possui direitos e deveres, tendo como um desses direitos, o de constar no seu registro civil, o prenome e o sexo que estejam vinculados ao seu sexo psicossocial, e não ao sexo biológico e jurídico, agindo conforme a Constituição Federal de 1988 que determina que estarão ausentes qualquer tipo de discriminação e preconceito.

O símbolo da personalidade de um indivíduo é o seu nome, pois é o modo de individualização deste, sendo a forma com que se poderá identificá-lo na sociedade, gerando uma imagem pessoal e social ao mesmo, ressaltando o rol do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal de 1988, onde deixasse claro que os direitos da personalidade são essenciais, inatos e inerentes a cada pessoa, envolvendo diversas áreas, como a saúde, a integridade física e moral, direito a intimidade,

direito sobre decidir em relação ao próprio corpo, e nesse caso um dos principais, o direito à identidade pessoal e ao nome, dentro outros. (SCHORR; STURZA, 2015).

Este direito ao nome e à identidade, pertencentes ao rol dos direitos da personalidade, estão inseridos também nos direitos fundamentais, estando protegidos de maneira constitucional e infraconstitucional, ou seja, o direito a alteração do nome e sexo dos transexuais ganha uma proteção constitucional, pois refere-se aos direitos fundamentais da pessoa humana, igualdade, intimidade e dignidade. Porém, a ausência de legislação específica em relação a transexualidade, faz com que seja realizado uma análise principiológica e jurisprudencial para que se decida sempre preservando a dignidade de cada um destes, que já sofrem dificuldades suficientes por não conseguirem se identificar com o corpo que convivem diariamente.

> No que tange aos direitos da personalidade, é de difícil percepção a possibilidade de proteção da identidade para além do nome. Quando se fala em identidade aqui, fala-se para além da identificação clássica do indivíduo como pertencente a um Estado, a uma sociedade, a uma comunidade, refere-se aqui a uma "identificação" de gênero, em outra percepção sobre a sexualidade, em novas formas de escrita da biografia de cada indivíduo. (HOFFMAM; ODORISSI; SILVEIRA, 2016, p. 05).

É o dever do Estado promover o bem-estar dos indivíduos que vivem em uma sociedade, garantindo que está seja livre, justa e solidária, promovendo a igualdade entre todos, todavia, ao vedar a adequação do sexo biológico ao sexo psicológico, é como violar os direitos constitucionais adquiridos, e descumprir uma de suas principais funções que é a de garantir uma vida digna aos indivíduos, pois de que forma os mesmos conseguirão a plenitude da felicidade, se não tem certeza de quem são e acabam por conviver com o prenome e o nome no qual não condiz realmente com a sua realidade.

Os direitos da personalidade são intransmissíveis, pois estes nascem e se extinguem com os seus titulares, são insuscetíveis, e indisponíveis salvo quando houver interesse em realizar a cirurgia de adequação de sexo, ou quando se quiser doar órgãos e etc. Também são imprescritíveis, e por isso não se extinguem, mesmo que tenham sido utilizados ou tenham se mantido na inércia, sendo expropriáveis,

pois não podem ser retirados da pessoa enquanto ela viver. (SCHORR; STURZA, 2015).

Dentro do contexto civilista, um grande gerador de divergências entre os doutrinadores é o reconhecimento da natureza jurídica de um direito subjetivo dos direitos da personalidade, colocando em dúvida se está correto a ideia dessa subjetividade. O que conclui-se é que a não qualificação dos direitos da personalidade meramente como direitos subjetivos. Ainda existem outras definições referentes ao caráter absoluto desses direitos, Carlos Alberto Mota Pinto (2005) elenca que a pessoa é titular de um número de direitos, com estrutura semelhante à dos direitos reais, que acabam por impor respeito entre os demais direitos, incidindo sobre vários modos morais e físicos da personalidade.

Ao tratar-se do direito ao nome, este é decorrente dos direitos da personalidade, pois é o direito a identificação pessoal, é o direito que a pessoa tem de identificar-se através do seu signo[42] chamado nome, onde a formação dar-se-á através das noras ditadas pelo ordenamento jurídico. O nome, é um direito genérico para manifestar-se o direito a identidade pessoal, onde diversos indivíduos ao nascerem, adquirem a faculdade de serem designados obrigatoriamente por um vocábulo chamado de nome, e conforme as legislações ocidentais, deve ser composto de um prenome e nome de família. (BRANDELLI, 2012).

O nome, é o direito que cada pessoa tem de ser identificada e individualizada perante as demais pessoas constituintes da coletividade, sendo este um direito fundamental concretizado através da aposição de um nome. Ao dizer que este é um direito fundamental, é porque permite-se garantir o respeito aos demais direitos da pessoa, imputando-lhe direitos e deveres dentro da esfera jurídica, para que este possa ser hipossuficiente, tendo em vista que, possibilita a individualização humana permitindo que alguém se refira ao outro de forma única e inconfundível. (BRANDELLI, 2012).

[42]Segundo Luis Alberto Warat (1995, p. 25), signo é um conceito teórico que empregam para nos referir ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado). Esclarecendo ainda, que nesse senso, significante é o som, sinal, grafia, gesto, etc., que identifica o fenômeno ou fato, que por sua vez, é o significado. Tem-se assim, que o nome é o signo que estabelece um liame de identificação entre a grafia que lhe é atribuída e a pessoa a qual pertence o nome.

Evidentemente que o nome contempla uma conotação de direito público, em que todas as pessoas tem o dever de adotar um nome, e através dele, estabelecer um sistema de individualização, o qual é uma necessidade social e jurídica para diferenciação dos indivíduos, para que possa-lhes ser imputado direitos e deveres na ordem jurídica. (BRANDELLI, 2012).

Os direitos da personalidade são uma criação recente, onde o direito ao nome, é visto como um direito subjetivo da personalidade. Um conjunto de caracteres próprio do indivíduo que consistente na parte intrínseca da pessoa humana, é o que conhece-se como personalidade, são atributos essenciais à pessoa para que este possa ter uma existência digna e plena em todos os aspectos, nesse senso, a personalidade é suscetível de um ser que é titular de direitos e deveres, não se identificando nem como direitos e nem como obrigações, e nem mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. (BRANDELLI, 2012).

O nome que recebe-se após o nascimento, é uma das características marcantes da personalidade de cada indivíduo, pois é uma das primeiras forma de identificar o sujeito, o acompanhando na sociedade como maneira de individualização perante aos demais, inclusive depois da morte. Com o nome, consegue-se identificar o sexo e o gênero deste indivíduo, mas o que destaca-se é que o nome, é muito além disso, pois mesmo que este identifique se é masculino ou feminino, é necessário que se faça uma análise acerca da personalidade do mesmo, já que para os transexuais por exemplo, o nome causa um temor, porque muitos não se identificam com o nome que lhes foi conferido ao nascer e está registrado na Certidão de Nascimento e em seus demais documentos que lhe permitem exercer seus direitos. (OLIVEIRA; SANTOS; TONELI, 2014).

Nessa situação, é evidente que o nome social escolhido pelo transexual é divergente ao que consta em seus documentos oficias, pois este é o que acompanha o indivíduo na sua formação da personalidade, de modo que possuir um nome distinto do que este escolheu para viver, gera insatisfação e frustação a essas pessoas, que por muitas vezes, se afastam do convívio com a sociedade, por não encontrarem o respaldo necessário para a modificação dos seus documentos, pois a ideia de se possuir um nome, para a identificação do indivíduo em uma sociedade, e não para lhe causar constrangimentos em relação aos demais, que lhe expõem a

situações de vexame e preconceito. O nome nada mais é do que um identificador de personalidade que o ser humano possui. (OLIVEIRA; SANTOS; TONELI, 2014).

Como consta na Lei de Registros Públicos, o indivíduo só poderá trocar o nome caso este o exponha ao ridículo ou tenha sido um erro evidente quando o documento foi lavrado, não existindo nenhuma espécie de previsão no ordenamento jurídico quanto à questão da intervenção cirúrgica de mudança de sexo.

Alguns defensores da não permissão da modificação do registro civil embasam-se na Lei dos Registros Públicos, entretanto, essa normativa não pode ser considerada única, devendo haver a exceção a essa situação. Quando houver um manifesto pessoal e individual, ou de benefício social, que se encaixa claramente na situação dos transexuais, que estão motivados pelo fato de que a identidade sexual é diversa daquela que consta no seu registro originário, devem ter o direito de realizar a modificação. Assim:

> Reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo contemporâneo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irreprodutível da personalidade individual. Confirmando a visão da filosofia, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis. (COMPARATO, 2001, p 26 e 27).

Dessa forma, os direitos da personalidade devem ser entendidos e respaldados no princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando o direito a constituição livre de sua identidade sexual que também construíra sua personalidade, sendo intrínseca à constituição da personalidade pela orientação sexual que lhe agrada, onde o sujeito tenha autonomia para escolher com quem se relaciona afetivamente e sexualmente, independente de sexo biológico. (SCHORR; STURZA, 2015).

Durante a década de 70 o transexualismo despertou estudiosos em vários lugares do mundo, mas mesmo sendo alvo de pesquisas, estre sofreram com a violação de sua privacidade pela sociedade, onde muitos foram condenados e

inclusive foram mortos, pois estes eram vistos como pessoas que tinham manifestações demoníacas. (ROVARIS, 2010).

Foi durante a era da renascença que o transexual passou a ser diagnosticado como um possuidor de distúrbios psicológicos, pois tinha conflitos com a própria identidade. No Brasil, a primeira cirurgia de redesignação sexual que foi realizada, foi em meados de 1970, sem a permissão do Conselho Federal de Medicina, pelo Professor da Universidade Federal de São Paulo, também conhecido como o cirurgião Roberto Farina, que acabou sendo processado por lesão corporal gravíssima, sendo o mesmo condenado em primeira instância e absolvido em segunda instância, pois entendeu-se que houve falta do dolo, que era o requisito para que fosse tipificado o crime de lesão corporal. (ROVARIS, 2010).

A situação enfrentada pelos transexuais, que embora tenham morfologicamente uma aparência relativa à determinada designação sexual, pertencem a outro sexo. Nesse contexto:

> O indivíduo transexual possui claramente a sensação de que a biologia enganou-se quanto ao seu corpo, “colocando-o” em um sexo que não é o seu em verdade. Vive em um grande conflito interior, vez que mesmo com todos os atributos físicos de um sexo, ele sente, pensa e age como integrante do oposto, e, na quase totalidade dos casos, comete atos contra si mesmo, na intensa vontade de adequar seu corpo à sua alma. (SCHORR; STURZA, 2015, p. 268).

Conforme a RCFM nº 1.955 (BRASIL, 2010) o transexual é portador de um desvio psicológico de identidade sexual, que rejeita seu fenótipo sexual, podendo chegar a se automutilar ou cometer autoextermínio, pois esse transtorno existe devido a uma rejeição, e conforme seu artigo 3º, para ser transexual deve-se possuir um desconforto com o sexo anatômico natural, um desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto, ter permanência desses distúrbios de forma continua e consistente por, no mínimo, dois anos e por fim, possuir a ausência de transtornos mentais.

No Brasil, a autorização para a realização da cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização é recente, pois no dia 10 de Setembro de 1997, a resolução de n^0 1.482, do Conselho Federal de Medicina, autorizou a realização deste

procedimento de forma terapêutica, mas esta normativa acabou sendo revogada pela resolução n^0 1.652 (BRASIL, 2002), que autorizou que a cirurgia fosse neocolpovulvoplastia [43], ou seja, consiste na mudança de sexo masculino para o feminino, em hospitais públicos ou privados. (SCHORR; STURZA, 2015).

Contudo, a resolução n^0 1.652 (BRASIL, 2002), foi revogada pela resolução n^0 1.955 (BRASIL, 2010) que passou a permitir que qualquer cirurgia de redesignação sexual seja realizada em hospitais públicos ou privados, obedecendo alguns requisitos, como: avaliação por um grupo de profissionais que contenha um médico psiquiatra, um cirurgião, um endocrinologista, um psicólogo e um assistente social, onde deverá constar um diagnóstico do médico de transgenitalismo e o indivíduo deve ter mais de 21 anos. (SCHORR; STURZA, 2015).

> Esta resolução definiu o indivíduo transexual como sendo "portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e/ou autoextermínio", devendo ele obedecer a alguns critérios: Art. 3º - Que a definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: 1.Desconforto com o sexo anatômico natural; 2.Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3.Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4.Ausência de outros transtornos mentais. (SCHORR; STURZA, 2015, p. 271).

Essa resolução elenca que a cirurgia de redesignação sexual não é crime de mutilação conforme previsto no Código Penal Brasileiro vigente, pois a cirurgia para reconstrução de genitália externa, interna não constitui crime de previsto no artigo 129, pois após entender o conceito de transexualismo cabe as autoridades adaptarem a legislação brasileira para proporcionar o acesso ao tratamento dos transexuais e a alteração do Registro Civil após a realização da cirurgia. (VIEIRA, 2012).

[43]Trata-se da constituição de uma neovagina, sendo este, um procedimento cirúrgico com duração de 4h a 5h, anestesia peridural (na coluna) de longa duração. O tempo de internação hospitalar varia de 03 a 06 dias. A indicação médica para a primeira relação sexual após período de recuperação é de 90 dias. O pênis é esvaziado, mas a pele e os nervos do órgão são preservados. Ele é introduzido na abertura feita no períneo. O tecido do pênis serve de revestimento para a nova vagina. A glande, muito sensível, fica no fundo do canal e imita o colo do útero. Os testículos são extraídos. Com a pele, o cirurgião constrói os lábios vaginais. O aspecto final é muito semelhante à genitália feminina. Já para construir um neopênis é preciso estimular o clitóris, o resultado da cirurgia que constrói o pênis no lugar da vagina não é tão satisfatório quanto transformar o pênis em neovagina.(BUNCHAFT, 2013).

Conforme Vieira (2012) é necessário ser feita uma distinção entre as classes da diversidade sexual, pois assim, todo ser humano possuiria um grau de comprometido homossexual da personalidade, conforme diversas circunstancias, na escolha da solução homossexual. A homossexualidade se dá através do desejo existente entre duas pessoas do mesmo sexo, assim, não tem relação com desconforto em relação ao sexo anatômico como nos casos dos transexuais, ou seja, no caso dos homossexuais não um conflito entre seu sexo biológico e seu sexo psicossocial, não ocorrendo conflitos na sua identidade de gênero, assim:

> O homossexual masculino tem no homem o seu objeto de desejo, ou seja, sente-se homem e pratica relação com outro homem. O transexual masculino, por sua vez, considera-se mulher e tem como parceiro, geralmente um homem, vendo, portanto, essa relação no plano heterossexual. Enfim, o homossexual não deseja adequar seu sexo, pois se sente feliz com ele. (VIEIRA, 2012. p. 156).

Já no hermafrodismo, o indivíduo possui dois órgãos genitais ao mesmo tempo, assim, estes têm tanto o tecido ovariano quando o testicular. Conforme a própria Tereza Vieira (2012) existe uma semelhança entre hermafrodismo e transexualismo, pois muitas pessoas entendem que os transexuais são hermafroditas psíquicos, pois possuem tanto o sexo feminino quanto masculino, embora a manifestação em um dos casos seja de forma física e no outro caso de forma psíquica. Já os bissexuais por sua vez, possuem uma semelhança com a classe dos homossexuais, já que para os primeiros o objeto do desejo dar-se-á tanto por mulheres quanto por homens, enquanto o segundo, o desejo é direcionado para pessoas do mesmo sexo.

O travestismo não se confunde com o transexualismo, pois este não possui nenhuma rejeição no gênero sexual ou desvio psicológico, assim, o travestismo se refere a pessoas de impulsos fortes e eróticos, para que possam utilizar roupas de outro sexo, para obter uma satisfação sexual e pessoal, o que vai de contraponto ao transexual que se veste com as roupas conforme a sociedade o impõem devido ao seu sexo genético. Já o fetichismo por si, não possui relação com a sexualidade, mas sim, com o prazer referente a alguma parte do corpo ou objeto, ou seja, não consiste aqui em amar uma pessoa ou não se identificar com o sexo que possui,

mas sim, amar um objeto que a pessoa utiliza, amar uma parte da pessoa. Dessa forma, conforme. (VIEIRA, 2012).

Ainda nesse viés, Tereza Vieira (2012) afirma que nenhuma das classes da diversidade sexual é confundível com o transexualismo, já que este passe por uma discordância de gênero entre seu sexo biológico e o seu sexo psicossocial, se rejeitando e ficando em grande parte das vezes afastado da sociedade, pois no conservadorismo ainda presente no século XXI, muitos não dão oportunidades de possíveis trabalhos para os transexuais. Assim, o transexual não aceita ter relações com pessoas do mesmo sexo psíquico que o seu, pois isso ocorre devido a fidelidade do mesmo com seu sexo psicossocial, acreditando assim, que não se pode relacionar com as pessoas que demonstram ser do mesmo sexo, possuindo caráter patológico e uma necessidade de submissão a um tratamento de adequação sexual.

3 O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA E A QUESTÃO DOS TRANSEXUAIS

Com a luta cada vez mais frequente, por parte dos movimentos e organizações sociais, à luta dos transexuais exigindo a possibilidade de ver seus anseios atendidos, para que seja garantido que o registro civil seja compatível com a sua identidade sexual independente de ter ou não passado por procedimento cirúrgico, faz com que cada vez mais os Tribunais decidam de maneiras adversas sobre essa questão, contudo, é imprescindível que em um Estado Democrático de Direito, os cidadãos tenham garantidos os seus direitos que vão muito além de estereótipos determinados pela sociedade.

Na década 1980, os tribunais consagravam a tese da imutabilidade do prenome incluindo o estado sexual no registro, pois somente eram aceitas as retificações da Lei de Registros Públicos. Quanto ao entendimento em relação à mudança de sexo não era uma escolha, pois este era determinado biologicamente, e assim, nem a cirurgia suscitava de maneira verdadeira para alteração do sexo.

Percebe-se que existe uma divergência entre as jurisprudências brasileiras, onde os julgadores não discordam sobre os indivíduos terem o direito à mudança do

sexo e gênero em seus registros civis, a divergência principal é pelo fato de haver ou não há necessidade do transexual passar pelo procedimento cirúrgico de transgenitalização ou redesignação sexual.

Tudo que é diferente atemoriza, todavia o reconhecimento das diferenças é ter consciência da alteridade, ou seja, é descobrir sentimentos, pois nem todos são como eu sou, e nem tudo é o que eu sou. O outro e as suas diferenças devem ser entendidos e compreendidos de alguma forma, pois o que é ser pessoa? O que é ter uma pessoa? Essas são algumas das perguntas frequentes em que os cientistas sociais têm se feito para tentar encontrar uma explicação para os nomes, estruturas e trocas sociais que existem dentro de uma sociedade. (BRANDÃO, 1985).

A sensação de não pertencer ao corpo no qual se encontra, faz parte do cotidiano de um transexual, podendo ser classificado como transexualismo primário, que compreende aqueles transexuais que sabem que pertencem ao sexo diferente do que consta no seu registro civil, sendo um dos requisitos para a determinação da cirurgia de transgenitalização. Logo, ocorre também a classificação do transexualismo secundário, que pode ser identificado por laudo psicológico ou psiquiátrico, que vai determinar a não realização da cirurgia de redesignação de um indivíduo, sob a alegação de que pessoas assim gravitam entre a transexualidade e travestismo. (PIOVEZAN, 2013).

O que compreende a reinvindicação dos transexuais é a sua identidade de gênero que é desconhecida devido a incompatibilidade entre o que é biológico e psicológico, ocorrendo a formação de uma subjetivação, ou seja, a formação dessa subjetividade se dá a partir do desenvolvimento de um processo tanto social quanto cultural que auxilia na transformação de si mesmo.

Para reforçar as decisões que vem sendo tomadas pela jurisprudência brasileira, no dia 09 de Maio de 2017, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ, 2017) entendeu que independentemente da realização da cirurgia de redesignação sexual ou transgenitalização, é possível que sejam alterados o sexo que consta no registro civil do transexual, devendo este comprovar a mudança de gênero por meio judicial. Essa decisão embasou-se quando o STJ acolheu o pedido de modificação do prenome e do gênero de um transexual que comprovou por avaliação psicológica pericial, que seu sexo psicológico e social era o sexo feminino,

fazendo com que o colegiado entende-se que não se pode condicionar aos transexuais que para que a retificação ocorra, eles necessitam de cirurgia, pois muitas das vezes, essas opção pode ser inviável tanto do ponto de vista financeiro, quanto do ponto de vista médico que pode não autorizar a realização deste procedimento. A autora do pedido afirmou que mesmo que não tenha realizado a cirurgia, ao longo dos anos realizou intervenções hormonais e cirurgias que a deixassem com a aparência física de acordo com a sua realidade psicossocial, o que por óbvio, divergia completamente do que encontrava-se em seus registros civis.

Ministro Luis Felipe Salomão relator do recurso especial descrito, que como o Tribunal de Cidadania, vai caber ao STJ (2017) julgar questões relevantes, levando em consideração aos modificações diárias na vidas das pessoas em sociedade, sempre observando os princípios constitucionais e a legislação vigente. O Ministro ainda frisou que trouxe à tona na discussão da votação questões essências como sexo, identidade de gênero e a orientação sexual, pois via de regra, aos que transexuais são, não aceitam o gênero no qual nasceram, estando sempre desconectados do seu psicológico, sempre na busca de tentativas para solucionar aquilo que é psicológico com aquilo que morfológico. Luis chamou atenção para o princípio da imutabilidade do nome, conforme consta na Lei de Registros Públicos, como já foi descrito anteriormente na presente pesquisa, todavia, é permitido que ocorra essa alteração quando estiver o indivíduo exposto a situação de vexame ou degradação social.

Todos tem direito a felicidade, e o Ministro Luis Salomão (STJ, 2017) entendeu que no caso dos transexuais a simples mudança do nome no registro civil destes, não seria o suficiente para que o mesmo estivesse em completa felicidade e seguindo os paradigmas principiológicos descritos através da dignidade da pessoas humana, dessa forma:

> Se a mudança do prenome configura alteração de gênero (masculino para feminino ou vice-versa), a manutenção do sexo constante do registro civil preservará a incongruência entre os dados assentados e a identidade de gênero da pessoa, a qual continuará suscetível a toda sorte de constrangimentos na vida civil, configurando-se, a meu juízo, flagrante atentado a direito existencial inerente à personalidade. (SALOMÃO, 2017, s.p.).

Nessa discussão da Quarta Turma do STJ (2017), ainda foram citados exemplos de países que tem admitido a alteração dos registros sem que seus transexuais sejam submetidos a realização de cirurgia, no Reino Unido por exemplo, é possível que se tenha uma certidão de reconhecimento de gênero, ou seja, ele altera a certidão de nascimento, atestando troca de identidade da pessoa. Países como Argentina, Espanha, Portugal, Noruega, e outros, adotaram medidas parecidas com essa do Reino Unido, na busca de uma melhor efetivação dos direitos dos transexuais. Quando o Brasil faz a exigência da realização da cirurgia, é como se afrontasse os direitos humanos internacionais. [44]

O recurso especial de nº 737993, remetido ao STJ é referente a mudança de sexo e a alteração do prenome e do sexo, conferindo amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. Assim, após a modificação, no livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de

---

[44] Existe uma discussão no STF, desde do ano de 2015, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 845779 – sobre o direito de transexuais serem tratados socialmente de forma condizente com sua identidade de gênero – foi interrompido por um pedido de vista do ministro Luiz Fux). O recurso, interposto no Supremo Tribunal Federal (STF), discute a reparação de danos morais a transexual que teria sido constrangida por funcionário de um de shopping center em Florianópolis (SC) ao tentar utilizar banheiro feminino. O tema teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte e a decisão atingirá, ao menos, 778 processos sobrestados atualmente sobre o assunto. Até o momento, votaram os ministros Luís Roberto Barroso (relator) e Edson Fachin, pelo provimento do RE, a fim de que seja restabelecida a sentença de primeiro grau que condenou o shopping a pagar uma indenização de R$ 15 mil por ter retirado a transexual do banheiro.Conforme os autos, o shopping forçou a retirada ao argumento de que a presença da pessoa transexual causaria constrangimento. Do ponto de vista jurídico, o ministro apresentou três fundamentos que justificam o reconhecimento do direito fundamental dos transexuais a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero: dignidade como valor intrínseco de todo indivíduo; dignidade como autonomia de todo individuo; dever constitucional do estado democrático de proteger as minorias.O ministro observou que toda pessoa tem o mesmo valor intrínseco que a outra, consequentemente tem o mesmo direito ao respeito e à consideração. “A óptica da igualdade como reconhecimento visa justamente a combater práticas culturais enraizadas que inferiorizam e estigmatizam grupos sociais e, desse modo, diminuem ou negam às pessoas que os integram o mesmo valor intrínseco reconhecido a outras pessoas”, concluiu. Para ele, é papel do Estado, da sociedade e de um tribunal constitucional, em nome do princípio da igualdade, “restabelecer ou proporcionar na maior extensão possível a igualdade dessas pessoas, atribuindo o mesmo valor intrínseco que todos temos dentro da sociedade”. Segundo o relator, é necessário o reconhecimento do direito fundamental dos transexuais de serem tratados “como pessoa com respeito à sua identidade, que não é produto de escolha, mas é fenômeno da natureza”.(STF, 2015).

decisão judicial, ou seja, é parecido com as medidas adotadas pelo Reino Unido, mas que ainda precisam melhorar e muito. A jurisprudência a seguir, é um exemplo de como o STJ já vinha posicionando-se ao longo dos anos, acerca do tema da alteração do registro civil:

> REGISTRO PÚBLICO. MUDANÇA DE SEXO. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUMULA N. 211/STJ. REGISTRO CIVIL. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO. DECISÃO JUDICIAL. AVERBAÇÃO. LIVRO CARTORÁRIO. 1. Refoge da competência outorgada ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, em sede de recurso especial, a interpretação de normas e princípios de natureza constitucional. 2. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 211/STJ quando a questão suscitada no recurso especial, não obstante a oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pela Corte a quo. 3. O acesso à via excepcional, nos casos em que o Tribunal a quo, a despeito da oposição de embargos de declaração, não regulariza a omissão apontada, depende da veiculação, nas razões do recurso especial, de ofensa ao art. 535 do CPC . 4. A interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei n. 6.015 /73 confere amparo legal para que transexual operado obtenha autorização judicial para a alteração de seu prenome, substituindo-o por apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive. 5. Não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. 6. No livro cartorário, deve ficar averbado, à margem do registro de prenome e de sexo, que as modificações procedidas decorreram de decisão judicial. 7. Recurso especial conhecido em parte e provido. STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 737993 MG 2005/0048606-4. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009, s.p.).

É necessário que cada vez mais os movimentos sociais que lutam pelos direitos dos transexuais exijam que seus anseios e direitos sejam ouvidos e respeitados, tanto no aspecto de se ter acesso a cirurgia de redesignação sexual, quanto o direito de ter garantido o registro civil compatível com a sua identidade psicossocial. O direito não pode restringir a sua abrangência social e nem tampouco o direito à identidade sexual, sendo assim, a tutela jurídica dos direitos da personalidade deve ser estendida aos direitos dos transexuais, fazendo parte da caracterização da personalidade de cada um dos indivíduos, não podendo depender somente da compatibilidade entre sexo morfológico e o sexo psicossocial, e nem

mesmo da compatibilização da cirurgia de transgenitalização ou redesignação sexual.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise do exposto nesta pesquisa, nota-se que a busca pela consolidação dos diretos humanos dos transexuais é cada vez mais necessária, pois estes são partes constituintes de uma sociedade que não os dá o amparo devido. Em um Estado Democrático de Direito, onde busca-se pelo lema igualdade, lealdade e fraternidade dentro da sociedade, não é mais aceitável que os seres humanos sejam tratados de forma distinta, excluir e impedir que os indivíduos exerçam sua cidadania de maneira digna, não deixando que estes tenham o seu sexo psicossocial concordando com o que consta no seu registro civil, chega a ser desumano.

É necessário que se compreenda, que como poderá ser exigido dos transexuais uma vida plena, se estes não tem a sua identidade psicossocial representada nos documentos? A identidade sexual faz parte da identidade do indivíduo, não sendo apenas um documento, estando desprendida do sexo morfológico relativo ao sexo e gênero. Existem fatores que demonstram que o gênero de um ser humano vai além dos seus órgãos genitais, sendo imprescindível que se leve em consideração os fatores sociais, psicológicos e biológicos. A incompatibilidade entre o sexo psicossocial e o sexo biológico, causam diversos transtornos na vida do transexual, chamando o direito para realizar a proteção destes que são sujeitos de direitos e deveres, através do rol dos direitos da personalidade, pois a identidade sexual de um indivíduo é o componente da sua personalidade, não podendo estes serem afastados.

Ao encontrar seus direitos respaldados no rol da personalidade, os transexuais começam a buscar pela regularização desses direitos, conforme lhes é concedido pela Carta Magna de 1988, estando estes protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que tem sido utilizado como princípio basilar nas decisões que vem sendo tomadas nos tribunais, inclusive pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Atlas, 2014.

BRANDÃO, Carlos Rodrigues. **Identidade e Etnia, construção da pessoa e resistência cultural.** Disponível em: <http://sitiodarosadosventos.com.br/livro/images/stories/anexos/identidada_etnia.pdf >. Acesso em: 24 ago. 2017.

BRANDELLI, Leonardo. **Nome Civil da pessoa natural.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. **Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2002/1652_2002.htm>. Acesso em: 09 Out. 2016.

_____.**Resolução nº 1.955/2010 do Conselho Federal de Medicina**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm>. Acesso em: 09 Out. 2016.

_____**. STJ. Superior Tribunal de Justiça.** Recurso especial conhecido em parte e provido. REsp 737993 MG 2005/0048606-4. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8634072/recurso-especial-resp-737993-mg-2005-0048606-4-stj>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____**. STJ. Superior Tribunal de Justiça** Transexuais têm direito à alteração do registro civil sem realização de cirurgia. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Transexuaist%C3%AAmdireito%C3%A0altera%C3%A7%C3%A3o-do-registro-civil-semrealiza%C3%A7%C3%A3o-de-cirurgia>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____**. STF. Supremo Tribunal Federal. Pedido de vista suspende julgamento que discute tratamento social dos transexuais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304438>. Acesso em: 24 ago. 2017.

_____. **LEI Nº 10. 406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Código Civil**. Diário Oficial da União. Poder Legislativo. Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 ago. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DE FIGUEIREDO, Crislayne Aparecida Pereira; LEMES, Elizio de Figueiredo. A dignidade da pessoa humana: sua proteção e o dano moral decorrente de ato atentatório contra a vida. *In:* CORAZZA, Thaís Aline Mazetto; DE CARVALHO, Gisele Mendes (Org). **Um olhar contemporâneo sobre os Direitos da Personalidade.** Birigui, São Paulo: Boreal Editora, 2015.

DONEDA, Danilo. Os Direitos de Personalidade no Código Civil. *In*: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Rio de Janeiro, Ano VI, Nº. 6, p. 71-99, Jun. 2005.

HOFFMAM, Fernando. Os direitos da personalidade e a produção de subjetividades na contemporaneidade: da tutela da personalidade à tutela das identidades. *In:* BOLESINA, Iuri; GERVASONI, Tássia A.; FORTES, Vinícius Borges (Org). **Direitos da Personalidade e Estado Democrático de Direito na Contemporaneidade**. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2016.

HOFFMAM, Fernando; ODORISSI, Luiza Ferreira; SILVEIRA, Laureani Pazzini. Da Tutela da Personalidade à Tutela das Identidades: a questão da modificação do registro civil dos transexuais na jurisprudência do TJ/RS. *In:***IV Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia e IV Mostra de Trabalhos Científicos, 2016**, Ijuí. Anais do IV Seminário Internacional de Direitos Humanos e Democracia: o futuro do Estado de Direito. Ijuí: UNIJUÌ, 2016. v. 1. p. 298-315.

OLIVEIRA, Karla; SANTOS, Marília Amaral; TONELI, Maria Juracy Figueiras. **Do travestismo às travestilidades:** uma revisão do discurso acadêmico no brasil entre 2001-2010. Psicologia e Sociedade, volume 26, número 2. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v26n2/a07v26n2.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.

PIOVENZA, Milena. **Transexualismo: possibilidades e limites jurídicos de uma nova identidade sexual.** Disponível em: <http://milenapiovezan.jusbrasil.com.br/artigos/113501120/transexualismo-possibilidades-e-limites-juridicos-de-uma-nova-identidade-sexual>. Acesso em: 04 Jun. 2017.

ROVARIS, Aline. **Retificação do Registro Civil do Transexual.** 2010. Disponível em:<http://www.bib.unesc.net/biblioteca/sumario/00004E/00004EEF.pdf Acesso em: 04 Jun. 2017.

SCHOOR, Janaína Soares; STURZA, Janaína Machado. Transexualidade e os Direitos Humanos: tutela jurídica ao direito à identidade. *In:* **Revista Jurídica Cesumar,** Maringá, Vol. 15, Nº. 1, p. 265-283, Jan-Jun. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009.

TEPEDINO, Gustavo**. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro:** temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Nome e Sexo.** São Paulo: Atlas, 2012.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e a sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1995.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade.** São Paulo: Saraiva, 2011.



MARIELLE FRANCO: CRIMINALIZADA PELA MÍDIA E BANALIZADA PELA SOCIEDADE

Tricieli Radaelli Fernandes[45]
Francielle Benini Agne Tybusch[46]

RESUMO: O presente tem o condão de discorrer acerca da numerosa quantidade de notícias falsas nas mídias sociais – *Fake News* – que surgiram após o assassinato da Vereadora Marielle Franco. Fazendo também, um paralelo com a banalidade do mal em Hannah Arendt e a complexa influência que as mídias sociais exercem sobre o pensamento coletivo. Elegeu-se como metodologia, o método analético, o qual viabiliza estudar seu objeto de pesquisa deslocado da totalidade que o reprime, em foco, a influência da mídia na construção do senso crítico social, destacando-se a relevância de debater o quanto a reprodução de informações prontas banaliza a violência e propala preconceitos.

Palavras-Chave: Caso Marielle Franco; Mídias socais; Fake News; Banalidade do Mal.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Parte-se da relação íntima entre a sociedade com as novas mídias, abordada aqui, principalmente o uso das redes sociais por meio da internet. Através do leque de possibilidades, tanto na construção de relações, gigantesco acesso ao consumo e, mais precisamente, na miscelânea de informações, o enlace entre sociedade e utilização das mídias, pode trazer consequências danosas no que se refere à construção do pensamento crítico-social.

Assim, tendo o Caso Marielle Franco como objeto de estudo, pôde se traçar linhas paralelas acerca do manejo das informações, bem como o rompimento do virtual à realidade, verificando o pequeno limite entre o discurso e a ação. Tem como

[45] Autora: Acadêmica de Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santiago, RS. E-mail: tricieli@hotmail.com
[46] Co-autora: Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre pela Universidade Federal de Santa Maria, no Programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Possui graduação em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago. Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecocomplexidade da UNISINOS. E-mail: francielleagne@gmail.com

metodologia escolhida, o método analético, o qual propõe estudar seu objeto de pesquisa deslocado da totalidade que o reprime, aqui, as ramificações e reflexões sobre o Caso Marielle Franco.

O trabalho, será desenvolvido de maneira suscinta em três capítulos, versando o primeiro sobre como se deu a morte da vereadora, trazendo o segundo uma breve análise do poder social atribuído a mídia e de como ela criminaliza através da construção de estereótipos e influência no pensamento em sua totalidade e o terceiro fazendo uma simetria entre a obra “Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do Mal” de Hahhah Arendt e o caso Marielle Franco.

2 CASO MARIELLE FRANCO

Na noite do dia 14 de março de 2018 a vereadora do Partido PSOL e o motorista Anderson Gomes foram mortos a tiros enquanto se deslocavam de carro para cumprir a agenda da parlamentar. Poderia ser mais um caso de violência no Rio de Janeiro, entretanto diante de uma sociedade extremamente tecnológica, a repercussão da morte de Marielle e do motorista Anderson ganhou papel principal nos holofotes das mídias sociais nacionais e internacionais.

Não seria apenas mais uma morte, como foi tratado por inúmeras pessoas – ressalte-se que por representantes do Poder Público também –, foi o assassinato de mais uma ativista dos Direitos Humanos, uma mulher que lutava pelos direitos da população negra moradores das favelas, que denunciava a violência estatal, uma mulher que foi calada por que conseguiu espaço de ação e fala fora da senzala, atuação que incomodou a casa grande(EL PAÍS, 2018).

A luta de Marielle incomodou, assim como a luta de diversas pessoas que não se calam e expõem as dissimetrias sociais, mostram o lado fétido da sociedade, mobilizam a desconstrução dos padrões eurocêntricos coloniais pré-estabelecidos de raça/gênero. Evidente a isso, foi a proporção que o Caso Marielle tomou, se tornando notícia em diversos jornais estrangeiros. Importante que o caso tenha tomado tamanha dimensão, em contrapartida, devido ao crescimento exponencial do

acesso à informação, houve uma enxurrada de notícias caluniosas relativas à vereadora.

3 A MÍDIA COMO MECANISMO DE PODER E A CRIMINALIZAÇÃO DE MARIELLE

O Caso Marielle não será o primeiro, tampouco o último a ocorrer no Brasil. Nesse sentido, a violência não cessou com o assassinato da vereadora, visto que teve continuidade na extensa gama de redes sociais utilizadas por intermédio da internet. Isso pôde ser observado com a veloz repercussão das notícias falsas relacionadas a carreira política e vida privada da parlamentar, como por exemplo, associação com o Comando Vermelho e uso de drogas (BOATOS, 2018).

Não obstante, houveram publicações em redes socais de autoridades públicas em relação à morte de Marielle, como foi o caso da Desembargadora Marília Castro Neves do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e do Deputado Alberto Fraga do Partido Democratas do Distrito Federal. O Deputado efetuou em seu Twitter a seguinte publicação: “Conheçam o novo mito da esquerda, Marielle Franco. Engravidou aos 16 anos, ex esposa do Marcinho VP, usuária de maconha, defensora de facção rival e eleita pelo Comando Vermelho, exonerou recentemente 6 funcionários, mas quem a matou foi a PM”. Já a Desembargadora fez diversas manifestações de ódio à Marielle, entre elas de que a parlamentar “estava engajada com bandidos” e era “um cadáver tão comum quanto qualquer outro”, acrescentando ainda que, *“a verdade é que jamais saberemos ao certo o que determinou a morte da vereadora, mas temos certeza de que seu comportamento, ditado por seu engajamento político foi determinante para seu trágico fim”* (CARTA CAPITAL, 2018).

O conteúdo dessas publicações advindas de pessoas que deveriam servir de exemplo para a sociedade, aponta que o alcance e interferência das redes sociais, da tecnologia e da mídia é grandioso, ao passo que nos esclarece que a manipulação exercida pelos veículos midiáticos vai além das barreiras de raça/gênero/classe. A partir do momento em que uma desembargadora, em sua posição de representante da justiça, nos propõe que a morte de Marielle é apenas

mais uma, podemos passar a nos questionar quantos assassinatos são necessários para fugir da alienação, sendo que nas manifestações de Marília, o engajamento de Marielle em causas políticas de cunho social, justificam e legitimam a sua morte.

Como ponto positivo, após a ocorrência desses fatos, o partido PSOL chegou a receber em torno de 15 mil denúncias de *Fake News* contra Marielle, expressando que mesmo havendo grande quantidade de discursos odiosos em relação à vereadora, em contrapeso houve também numerosa mobilização contra essa dfusão (G1, 2018).

Para melhor compreensão da gravidade do alcance das notícias espalhadas e o massivo compartilhamento delas, é imprescindível que se explore a relação da sociedade com as novas mídias – internet –, pois em eras de variedade e velocidade da informação, o papel da mídia atrelada à tecnologia, influi diretamente no corpo social, influenciando em sua forma de agir e, principalmente, em sua forma de pensar.

O que se pode analisar nesse contexto, é a objetividade das novas mídias, pois elas não têm em seu cerne uma meta apenas comercial como era verificado anteriormente (BUDÓ, 2013, pg. 77), mas fazem parte de uma disputa de interesses políticos, conseguindo, em questão de segundos, construir ou, como no caso em tela, destruir uma reputação.

A mídia como mecanismo de poder, em pauta, a manifestação do poder político, pode ser visualizada como disputa de interesse particular no conteúdo das *Fake News* disseminadas sobre Marielle. Outrossim, as manifestações ocorridas através das *Fake News* demonstram também em que contexto social estão inseridas, e nesse sentido Budó em pesquisas efetuadas no plano da atuação da notícia nos dispõe:

> "(...) pela sociedade tradicional as notícias seriam um espelho da realidade, no sentido de que seriam determinadas pela estrutura social. Porém, pela segunda perspectiva, a de que não somente a estrutura social determina os indivíduos, mas eles a constroem em normas organizacionais (...). Nesse sentido, 'a notícia não espelha a realidade, ajuda a construí-la como fenômeno social compartilhado, posto que no processo de descrever um acontecimento a notícia define e da forma a esse acontecimento'" (BUDÓ, 2013, pg. 83).

A partir do momento em que a mídia influi diretamente no processo de construção da realidade, a disseminação de notícias falsas e seu compartilhamento sem prévia investigação da fonte, seja para qual temática for, acaba por construir uma falsa realidade em que a disseminação de preconceitos e discriminações vai se perpetuando e se mostrando naturalizados.

"Ao mesmo tempo em que a notícia é um produto da realidade social, ao registrá-la, a notícia também a produz, através da seleção operada e dos enquadramentos realizados" (BUDÓ, 2013, pg. 89). Até onde o cenário de informação no Brasil não é um reflexo da sociedade em que estamos incluídos? Uma sociedade que consome massivamente o racismo, machismo, homofobia, e atualmente se utiliza constantemente da internet para reproduzi-los, demonstrando a construção de uma identidade social através da mídia.

A reprodução da informação, sem antes exercitar o senso crítico, traz à sociedade a ilusão da emancipação, pois ao mesmo tempo em que se formam todos os dias novos pensadores sociais, especialistas em política com diploma de adquirido nas redes sociais, só se demonstra o quão instaurada está a ignorância em se reproduzir mentiras inventadas por disputas de poder, demonstrando o quão manipulado e alienado o cidadão pode ser.

Aliado a isso, Budó traz a luz um conceito pertinente relacionado a associação de estereótipos:

> "(...) trata-se do fato de que "imaginamos a maior parte das coisas antes de experimentá-las e, a menos que a educação nos dê consciência disso, esses conceitos antecipados governam profundamente todo o resto da nossa percepção". A utilização de estereótipos parece ser um procedimento de rotina na produção da notícia, tendo em vista a necessidade de que o leitor consiga compreender a história. Para atrair a atenção do leitor, é necessário permitir que ele participe da notícia, de forma que encontre um ponto de apoio familiar, o que é possível através dos estereótipos. "Estes lhe dizem que, se uma associação de encanadores é qualificada como 'conluio', presta-se a gerar-lhe a hostilidade; denominada de 'grupo de importantes homens de negócios' destina-se a provocar-lhe reação favorável" (BUDÓ, 2013, pg. 91).

Enquanto as novas mídias poderiam ser transformadores sociais, veículos para propagar conceitos como a importância dos direitos humanos, por exemplo, torna-se apenas mais um dispositivo para apologia de preconceitos, naturalizando o uso de violência e construindo ideologias de que as diferenças devam ser hostilizadas. Com relação ao uso do discurso – meio pelo qual a mídia se estabelece

– Habermas coloca como deveria ser absorvido o discurso por meio da racionalidade:

> "Habermas mostra que o homem, mediante sua capacidade de engajamento, é envolvido pela dinâmica do discurso racional e, por isso, pode rever e corrigir constantemente seus pontos de vista, bem como superar o âmbito da opinião pessoal, avançando na direção da verdade que, segundo ele, nada mais é do que um consenso racional alcançado entre indivíduos, em discursos livres" (CASAGRANDA, 2017, pg. 40).

Assim como o disposto por Habermas, o uso racional da informação deveria seguir a mesma perspectiva, entretanto o que se observa é uma construção do pensamento coletivo intermediado pela mídia como mecanismo social. A maneira irresponsável como o corpo social se utiliza das novas mídias, além de demonstrar que o senso comum é de difícil desconstrução, no caso de Marielle também trouxe à reflexão da criminalização que a mídia efetua.

Nesse sentido, a criminalização que a mídia reproduz é construída cotidianamente, apropriando-se dos estereótipos para que o cidadão absorva conceitos do que é certo ou errado, ou dos padrões que devem ser exaltados e dos que devem ser criminalizados-exterminados. Ato contínuo, a criminalização não é "privilégio" do caso narrado, porque é verificado com muitas das figuras ligadas a lutas por igualdade de classe, como ocorre com o Movimento Sem Terra, por exemplo.

A matriz da criminalização não está restrita à luta classista, é abrangente a ponto de se estender a conceitos como o uso de drogas, - a legalização da maconha –, como também conceitos de direitos humanos e ativistas da causa. Através essas colocações, a ideia de criminalização não pode ser visualizada de maneira rasa, tendo em vista que enquadra linhas como a construção social da realidade – conforme brevemente explanado anteriormente – e as relações de poder. Ao passo que a mídia delimita o estereótipo do que deve ser criminalizado, o ouvinte/leito absorve esse novo conceito sem questionamento, passando a reproduzi-lo com facilidade, o que pode ser observado no caso Marielle através do compartilhamento das *Fake News* nas redes sociais, pois o manejo de acesso às

informações e o falso domínio sobre elas auxilia na ramificação e concretização do senso comum.

A relevância de conscientizar o uso racional das novas mídias, se estende para muito além das redes sociais, visto que a linha entre apenas compartilhar a violência e agir de modo violento é muito tênue, isso é o que nos mostra alguns dados da Anistia Internacional, enquanto cerca de 58 ativistas dos direitos humanos foram mortos de janeiro a agosto de 2018, dentre eles, em sua maioria, militantes do Movimento Sem Terra, indígenas e trabalhadores rurais (ANSTIA INTERNACIONAL, 2017).

A indispensabilidade de verificar as ramificações das mídias sociais é passo fundamental para que o convívio da sociedade com elas, se torne, na medida do possível, pacífico e responsável.

4 ADENDO ACERCA DA BANALIDADE DO MAL NO CASO MARIELLE FRANCO

O Caso Marielle acarretou uma série de acontecimentos e reflexões na sociedade em sua totalidade. Nessa seara, uma das reflexões que pode ser obtida, além das acima expostas, é de como a sociedade reage às ações violentas. Em tal contexto, a propagação das *Fake News* e, principalmente, o seu "consumo", demonstram o quanto a sociedade banaliza os mecanismos da violência, como também aparenta sua alienação, pois o que se constata é uma sociedade que consome desenfreadamente, e não apenas objetos ou coisas, mas consome informação da pior maneira, com irresponsabilidade.

No consumismo desses discursos, sequer nota-se que estão carregados de ódio, sendo que diversas das *Fake News* espalhadas acerca de Marielle, estavam explicitamente carregadas de preconceito racial e repulsa às suas ações sociais e trabalhos que efetuava junto às comunidades. Assim, um discurso que propaga ódio e violência, é uma arma engatilhada para a ação de ódio ou violência. Nesse viés, pertinente colocar a declaração de Eichmann no livro "Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal", no momento de sua captura:

> "Eu, abaixo assinado, Adolf Eichmann, declaro de livre e espontânea vontade que uma vez que agora minha verdadeira identidade foi revelada, vejo claramente que é claramente inútil continuar tentando escapar do julgamento. Portanto expresso minha disposição em viajar a Israel para enfrentar uma corte de julgamento, uma corte de lei autorizada. Está claro e comprometido que receberei assistência legal e que devo tentar registrar por escrito os fatos sobre meus últimos anos de atividades públicas na Alemanha, sem nenhum embelezamento, a fim de que as futuras gerações tenham um quadro verdadeiro. Esta declaração eu faço de livre e espontânea vontade, nem por promessas recebidas nem por ameaças. Quero afinal estar em paz comigo mesmo. Como não consigo me lembrar de todos os detalhes, e como parece que misturo fatos, solicito assistência que ponha a minha disposição documentos e depoimentos que me ajudem em meu esforço de buscar a verdade" (ARENDT, pgs. 262 e 263).

Primeiramente, parece uma singela manifestação de colaboração com o aparato judiciário mobilizado em culpabilizá-lo Eichmann, entretanto considerando toda a sua participação na execução de milhares de judeus da maneira mais cruel imaginável, ao ler essa declaração de um homem que nem sequer lembra de todos os detalhes dos corpos que ajudou a matar, pode se observar, como o próprio nome nos sugere, o quanto a banalidade da violência e das mortes que Eichmann foi responsável, se mostra presente durante toda a narrativa do livro.

Eichamann não apenas sabia de toda a verdade dos fatos, como também não queria romper com sua alienação a ponto de entrar em contato com a realidade de mortes que ajudou a desenhar. Eichmann não queria encarar o fato de que "apenas executou ordens" sem exercitar seu senso crítico a respeito. Quantos de nós não nos comportamos como Eichamnn na sociedade atualmente? Quantos de nós apenas aceitamos a enxurrada de informações que temos acesso paulatinamente sem ao menos questionar sua fonte ou veracidade? O quão longe da realidade de Eichamann estamos?

Podemos não ter mais um holocausto bem em frente a nossos olhos, mas também nos cegamos às porcentagens estonteantes de índices de violência que surgem as mídias sociais todos os dias. Notoriamente, tapamos nossos olhos com ainda mais força e negamos a realidade com ainda mais afinco quando essas porcentagens tratam da morte da população negra que tem até 78,9% mais chances de sofrer homicídio quando comparado a outras raças (ATLAS DA VIOLÊNCIA, pg. 30). Esse tipo de índice não seria o suficiente para abrirmos os olhos?

Principalmente no que se refere ao abismo social em que se encontra a sociedade brasileira?

É deveras simples apenas receber as informações e reproduzi-las sem o mínimo de consciência, da mesma maneira que foi fácil para Eichmann apenas acatar ordens: “Eichamann, há que lembrar-se, insistiu veementemente que era culpado apenas de ‘ajudar e instigar’ a realização dos crimes de que era acusado, que ele próprio nunca havia cometido nenhum ato aberto” (ARENDT, pg. 268). A medida de responsabilidade de Eichmann não diminuiu por não estar executando os assassinatos, assim como a responsabilidade da sociedade não diminui quando negligência e banaliza a violência, não é por não estarem executando mortes que não são menos culpados. Nesse viés, Hannah expõe a responsabilidade de Eichamann:

> “Mas ‘em tal enorme e complexo crime como este que estamos agora considerando, no qual muitas pessoas participaram, em vários níveis e em várias espécies de atividade – os planejadores, os organizadores, e aqueles que executavam os atos, segundo seus vários níveis –, não há muito propósito em se usar os conceitos normais de aconselhar e assistir a perpetração de um crime. Pois esses crimes foram cometidos em massa, não só em relação ao número de vítimas, mas também no que diz respeito ao número daqueles que perpetraram o crime, e a medida em que qualquer dos muitos criminosos estava próximo ou distante do efetivo assassinato da vítima nada significa no que tange à medida de sua responsabilidade. Ao contrário, no geral *o grau de responsabilidade aumenta quanto mas longe nos colocamos do homem que maneja o instrumento fatal com suas próprias mãos’* (ARENDT, pg. 268).

Ou seja, nos isentar da reflexão quando compartilhamos uma notícia falsa sobre determinada pessoa, ou quando compartilhamos informações que promovem o ódio gratuito às minorias, nos desobrigando do discernimento tangente às desigualdades sociais, políticas e estruturais, nos coloca, igualmente, na condição de culpa de Eichmann.

Aceitarmos os estereótipos produzidos pelas mídias sociais, e o reproduzimos sucessivamente, reforçando preconceitos e alastrando desigualdades, também nos envolve no conceito de culpa coletiva abordado por Hannah, demonstrando quanta força provém da opinião pública e como somos feitos de massa de manobra, diretamente pela mídia e indiretamente por quem a manipula:

> "Achamos isso difícil, mesmo que não inteiramente impossível, de acreditar; existem algumas, embora não muitas, provas contra você nessa questão de motivação e consciência que podem ficar além de toda dúvida. Você disse também que seu papel na Solução Final foi acidental e que quase qualquer pessoa poderia ter tomado seu lugar, de forma que potencialmente quase todos os alemães são igualmente culpados. O que você quis dizer foi que onde todos, ou quase todos, são culpados, ninguém é culpado. Essa é uma conclusão realmente bastante comum, mas que não estamos dispostos a aceitar. E se não entende nossa objeção, recomendaríamos a sua atenção a história de Sodoma e Gomorra, duas cidades bíblicas que foram destruídas pelo fogo do céu porque todo o povo delas havia se tornado igualmente culpado. Isso, incidentalmente, nada tem a ver com a recém-nascida idéia de 'culpa coletiva', segundo a qual as pessoas são culpadas ou se sentem culpadas de coisas feitas em seu nome, mas não por elas — coisas de que não participaram e das quais não auferiram nenhum proveito. Em outras palavras, culpa e inocência diante da lei são de natureza objetiva, e mesmo que 8 milhões de alemães tivessem feito o que você fez, isso não seria desculpa para você" (ARENDT, 218).

Assim, conforme demonstrado por Hannah, a instauração de culpa no consciente coletivo do corpo social dificilmente é verificada, ao passo que diante da banalização das violências, a culpa é omitida e, muitas vezes, não é sequer levada em consideração. Entretanto, a morte de Marielle não é apenas mais uma morte onde os culpados ainda não foram encontrados, pois indiretamente a autoria é da sociedade em sua completude.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo trazer à luz reflexões acerca do uso das tecnologias. Não apenas a necessidade de racionalização no seu manuseio, mas também as consequências do desleixo em sua gestão. Pretendeu também, ampliar os caminhos para conhecimento das implicações da imaturidade da relação entre sociedade e mídias sociais. Concluindo-se que o poder contido no discurso, tal como sua transmissão através dos veículos midiáticos, intervém diretamente na formação de opiniões sem embasamento e engajadas no senso comum.

A breve incorporação do Caso Marielle com a história de Eichmann, corrobora com a máxima de que a história se repete, e que mesmo tendo ocorrido um episódio lamentável como o holocausto, quando nos bloqueamos à veracidade dos fatos – que só poderá ser alcançada mediante o exercício constante do senso crítico – ele pode estar na iminência de ocorrer novamente. Isso se não ponderarmos que, diante

das estatísticas atuais de violência e disparidades sociais, por meios indiretos ele já vem ocorrendo.

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal.** São Paulo: Editora Schwarcs LTDA, 2000.

Anistia Internacional. Disponível em: https://anistia.org.br/noticias/ataques-letais-mas-evitaveis-assassinatos-e-desaparecimento-de-defensores-dos-direitos-humanos/ - Acessado em: 06 de mai. de 2018.

Atlas da Violência. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017 – Acessado em: 06 de mai. de 2018.

BUDÓ, Marília De Nardin**. Mídia e Controle Social: Da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural.** Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

CASAGRANDA, Edison Alencar. **O Poder Constituinte em Hannah Arendt e Jürgen Habermas: Aspectos Jurídicos e Formativos.** Ijuí: Editora Unijuí, 2017.

Carta Capital. Disponível em: http://justificando.cartacapital.com.br/2018/03/20/deputado-e-juiza-sao-acusados-de-crime-de-odio-contra-marielle-franco/ - Acessado em: 06 de mai. de 2018.

Fake News. Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/psol-recebe-15-mil-denuncias-de-fake-news-contra-marielle-franco.ghtml – Acessado em: 06 de mai. de 2018.

Fake News. Disponível em: http://www.boatos.org/politica/marielle-franco-comando-vermelho.html – Acessado em: 06 de mai. de 2018.



A DISSEMINAÇÃO DE *FAKE NEWS* NO CASO MARIELLE FRANCO: IMPLICAÇÕES POLÍTICAS E A APLICABILIDADE NA LEI

Eduarda Cadaval da Rosa[47]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o episódio de disseminação de *fakenews* vinculadas à vereadora Marielle Franco no atual contexto político e social brasileiro,bem como procurar suporte na legislação disponível e identificar maneiras de controlar a difusão de notícias falsas. Como metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos da personalidade; Marielle Franco; Fake News.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No dia 14 de março de 2018, a vereadora Marielle Franco do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) foi assassinada a tiros junto de seu motorista, Anderson Pedro Gomes. Após sua morte, começaram circular nas redes sociais notícias falsas vinculando a vereadora à facções criminosas, criando e distorcendo informações sobre o seu passado. A divulgação dessas *fakenews* por páginas e pessoas públicas alcançaram proporções alarmantes e tiveram o caráter de deslegitimar a sua atuação política, bem como justificar as causas da sua morte. Deste modo, este trabalho busca refletir sobre a seguinte questão: Qual o tratamento jurídico utilizado nos casos de violação aos direitos da personalidade, especificamente na disseminação das*fakenews*no caso Marielle?

Para responder a essa questão de pesquisa, a metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizada a análise bibliográfica, documental e jurisprudencial acerca da temática. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos.

Sob a necessidade de reunir informações acerca do tratamento jurídico aplicado à propagação de informações falsas, esse trabalho foi dividido em dois itens temáticos, nos quais foram abordadas a problemática da violação dos direitos da personalidade, o caráter político da disseminação de notícias falsas, a falta de

[47] Acadêmica do I semestre de Direito pela Universidade Regional do Alto Uruguai e das Missões – URI Câmpus Santiago. E-mail: eduardacadaval@hotmail.com

legislações efetivas e que, de modo indispensável, possam reverter de maneira razoável as suas consequências, e a preocupação com a manutenção da democracia, onde espera-se uma sociedade com pluralismo de ideias, mas que nenhuma se sobreponha ou tente invalidar a outra.

2 FAKE NEWS NO CONTEXTO POLÍTICO BRASILEIRO: O caso Marielle

As notícias falsas ganham maior força de propagação dependendo da atual situação de compreensão crítica da parte da sociedade à qual ela é vinculada, assim como a sua origem e o grau de popularidade e alcance das pessoas que as propagam (KANFFER et. CARVALHO, 2018).

Elas se alastram de maneira viral nas redes sociais, mas ganham ainda mais força e possuem um notório objetivo em ações políticas, onde tendem a influenciar a posição da sociedade. A facilidade de disseminação dessas notícias se dá também pelos filtros de conteúdo presente nas redes sociais que, “ao entregarem aos usuários resultados e informações individualizadas a partir de inferências sobre o que este gostaria de ver [...] acabam por inserir inadvertidamente os usuários em “bolhas” ideológicas e culturais de informação”(SILVA, 2018, p. 4), assim os indivíduos acabam se relacionando e interagindo com quem possua o mesmo posicionamento e opinião, muitas vezes aceitando de maneira passiva o que for exposto.

As notícias associadas à vida pregressa de Marielle trouxeram junto de si discursos de ódio e explicito posicionamento político contrário ao da vereadora. Posições contrárias são essenciais para a manutenção da democracia, entretanto, a divulgação de notícias falsas para persuadir a população e incentivar discursos de ódio não pode ser banalizada e considerada válida para uma sociedade democrática. A problemática ganhou força nas eleições para presidente nos Estados Unidos e reflete o confronto entre as notícias falsas e a democracia, episódio que também ocorreu nas últimas eleições gerais brasileiras, mas com menos intensidade.

Para a identificação de notícias falsas é necessário, inevitavelmente, a checagem da fonte e de fontes de apoio, mas ainda assim, quando divulgada por

sites aparentemente confiáveis ou até mesmo por pessoas públicas nas redes sociais, é necessário um olhar crítico acerca do assunto, principalmente se com aquela informação alguém ou algum posicionamento sairá beneficiado ou demasiadamente ultrajado.

A atual tendência brasileira à vincular posicionamentos sociais e de defesa aos direitos humanos à ideologias de esquerda, desmerecendo-os como temas importantíssimos para o suporte da democracia em qualquer disposição política, como também a polarização entre ideais de esquerda e direita, bem como os discursos de ódio que tendem a deslegitimar ambas posições políticas fizeram com que as notícias falsas sobre a história da vereadora fossem amplamente disseminadas. Como exemplo dessas notícias, temos a publicação da desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) Marilia Castro Neves na rede social *Facebook*:

> "A questão é que a tal Marielle não era apenas uma 'lutadora', ela estava engajada com bandidos! Foi eleita pelo Comando Vermelho e descumpriu 'compromissos' assumidos com seus apoiadores. Ela, mais do que qualquer outra pessoa 'longe da favela' sabe como são cobradas as dívidas pelos grupos entre os quais ela transacionava." (Fonte: BERGAMO, Monica. Folha de S. Paulo, 2018)

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) abriu procedimento para averiguar os fatos após o PSOL e a Associação Brasileira de Juristas para Democracia entrarem com duas representações no CNJ contra a magistrada devido a publicação feita na rede social.

A existência de um viés político tomado com a propagação dessas notícias, principalmente por pessoas públicas e determinadas páginas de cunho ideológico, somado à proximidade de novas eleições presidências no Brasil, causa ainda mais preocupação e traz a necessidade de leis realmente eficazes no combate de *fakenews* na internet, pois elas ferem diretamente a democracia, transformando sites e páginas das redes sociais em instrumentos de alienação em massa, perfazendo com que a sociedade converta-se em uma grande massa de manobras políticas.

3 A SIGNIFICAÇÃO DAS FAKE NEWS E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: Responsabilização civil e penal

As *fakenews*que indicam uma explicita intenção de desmerecer e degradar a imagem de uma pessoa, como as difundidas após a morte da vereadora Marielle, podem ser caracterizadas no nosso Código Penal como crimes contra honra (injúria, calúnia e difamação), além de ter aplicação no Código Civil como nos artigos 17 e 20 que versam sobre os direitos da personalidade:

> Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.
> 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.

Os direitos da personalidade, presentes no Código Civil de 2002, são componentes dos direitos fundamentais, direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, são prerrogativas individuais, inerentes a pessoa humana, esegundo Francisco Amaral “direitos subjetivos, que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (apud Gonçalves, 2014, p. 186).

Além disso, a divulgação de notícias falsas pode ser aplicadadiretamente ao art. 5º, inciso X da Constituição Federal,onde “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas” e no inciso V, onde “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem” (BRASIL, 1988).

No caso de Marielle, como as notícias foram publicadas após a sua morte, as partes legítimas, como sua filha e seus pais podem requerer a proteção do estado sobre os artigos supracitados. Há ainda, no art. 21 do Código Civil brasileiro, a possibilidade do juiz adotar as medidas necessárias para cessar a divulgação das notícias que violam os direitos da personalidade.

Entretanto, a característica política da divulgação de *fakenews* demanda um suporte legislativo superior à aplicação somente nos direitos da personalidade. A Lei de Imprensa, revogada em abril de 2009, englobava no seu art. 16 a criminalização da publicação e divulgação de notícias falsas quando: I - causassem perturbação da

ordem pública ou alarma social, II - desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituição financeira ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica, III - prejuízo ao crédito da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município e IV - sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos imobiliários no mercado financeiro (BRASIL, 1967).

Porém,o aparato jurídico disponível não dispõe diretamente de legislação sobre disseminação de notícias falsas nos meios de comunicação. A falta de leis explícitas, mesmo com a existência do Marco Civil da Internet, baseia-se na discussão sobre o limite da atuação do Estado para garantir direitos fundamentais como os direitos da personalidade assegurados no art. 5º da Constituição Federal, em detrimento dos direitos à liberdade de expressão e à informação, garantidos pelo mesmo artigo.

A liberdade de expressão é assegurada por diversos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, além disso, é garantida na nossa Carta Magna sobre o art. 5º nos incisos IX, XIV, XXXIII e LXXII, salienta-se, ainda, o art. 220:

> 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. (grifo nosso) (BRASIL, 1988).

Sobre essa problemática, os direitos da personalidade compreendem um conjunto de limites à liberdade de expressão e informação, não existindo, porém, o detrimento ou a superioridade de um direito sobre o outro, “mas haverá cessão de eficácia de um ao outro no caso específico e sob determinadas condições” (SOUZA, 2017, p. 23). Sendo assim, de acordo com Barroso:

> A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos - hierárquico, cronológico e da especialização - quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Esses são os casos difíceis, assim chamados por comportarem, em tese, mais de uma solução possível e razoável. Nesse cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. infra) é a técnica a ser utilizada pelo

> intérprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à escolha do bem ou direito que irá prevalecer em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da razoabilidade. (BARROSO, 2010 p. 244, apud KANFFER E CARVALHO).

A liberdade de expressão não possui caráter absoluto já que a Constituição Federal "imputou àquele que se exceder, a responsabilidade de reparar o dano causado, sendo observado o princípio da proporcionalidade" (BALEM, 2017, p. 6). Prevalece, portanto, o princípio da razoabilidade para a resolução do conflito entre direitos fundamentais.

Mesmo sem a existência leis concretas sobre o tema, devido aos impasses anteriormente citados, o Marco Civil da Internet, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, versa, no seu art. 19 sobre temas importantes para limitar conteúdos danosos, onde:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, **o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.**
> § 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
> § 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.
> § 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, **poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet**, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. (grifo nosso) (BRASIL, 2014).

Sendo assim, o provedor será notificado e deverá tirar do ar o conteúdo dentro do prazo assinalado, sob a possibilidade de, caso não o faça, seja responsabilizado civilmente. A responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação de uma obrigação, que é um dever jurídico originário, e destina-se a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial provocado pelo autor do dano. (GONÇALVES, 2014)

No caso das notícias falsas o juiz poderá ainda antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida, pois causam danos de difícil reparação e possuem caráter prejudicial à coletividade.

No entanto, o inciso 1º solicita identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, o que em redes sociais como o *Facebook* é de difícil identificação pelo fato de nem sempre compartilharem uma mesma publicação e sim criarem diversas outras. Em casos como esse, a solicitação poderá ser feita sobre o endereço eletrônico(URL) de páginas com grande alcance, inevitavelmente, não tendo a abrangência desejada.

Se tratando do contexto político, no inciso 1º do art. 57-H da Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, é crime a contratação direta ou indireta de grupo de pessoas com a finalidade específica de emitir mensagens ou comentários na internet para ofender a honra ou denegrir a imagem de candidato, partido ou coligação. Criminalizando, ainda, no inciso 2º, as pessoas contratadas. Entretanto, não versa a disseminação de informações falsas.

A grande importância dada atualmente ao tema e a falta de leis específicas nos traz a necessidade de inciativas para a solução do problema, para isso, o Tribunal Superior Eleitoral criou o Conselho Consultivo sobe Internet e Eleições, tendo as seguintes atribuições:

> I - desenvolver pesquisas e estudos sobre as regras eleitorais e a influência da Internet nas eleições, em especial o risco das *fakenews* e o uso de robôs na disseminação das informações;
> II - opinar sobre as matérias que lhe sejam submetidas pela Presidência do TSE;
> III - propor ações e metas voltadas ao aperfeiçoamento das normas. (Portaria TSE nº 949 de 7/12/2017)

Criou também, junto do Ministério da Defesa, da Polícia Federal, do Comitê Gestor da Internet (CGI) e da Agência Nacional da Inteligência Brasileira (ABIN) um grupo de trabalho com o objetivo de combater a propagação de *fakenews*.

Além disso, em dezembro de 2017 o Tribunal Superior Eleitoral(TSE) aprovou 10 resoluções sobre regras das Eleições Gerais de 2018. O então ministro e atual presidente do TSE, Luiz Fux, pronunciou-se sobre a preocupação da Corte em atuar preventivamente contra as *fakenews* e *junk news*: “tão logo saibamos que há empresas já preparando essas estratégias nocivas, vamos atuar através de medidas cautelares cabíveis e encartadas no nosso poder de polícia”.

Essas iniciativas podem garantir futuramente uma legislação específica para o combate de notícias falsas, observando o princípio da razoabilidade entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade, bem como a necessidade de punições no âmbito das eleições, mas, sempre que possível, priorizando a promoção do pluralismo político — princípio fundamental citado no art. 1º da Constituição Federal —, regulamentando de maneira mais eficaz as publicações feitas na internet e definindo melhor a responsabilidade acerca dos conteúdos divulgados.

4. CONCLUSÃO

A liberdade de expressão além de ser uma “dádiva” da democracia, é um de seus motores. Através da liberdade de criar e disseminar ideias, de contrariar o que nos é imposto e de reivindicar melhorias, com pluralismo de convicções é que podemos garantir o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito. Entretanto, o uso indevido e ilícito desse regalo que nos é de direito, é antagônico ao perfeito funcionamento da democracia, pois além de poder atingir diretamente a honra, a dignidade, a imagem, entre outros direitos fundamentais da pessoa humana, consegue disseminar inverdades com a finalidade de manipular toda uma sociedade.

A família da vereadora Marielle Franco, todas as pessoas próximas, além das que conheciam e apreciavam seu trabalho, sofreram diretamente as consequências do uso indevido da liberdade de expressão. Esse episódio nos demonstrou, ainda, uma infeliz característica que por óbvio se fará presente durantes as eleições presidências de 2018: a propagação de notícias falsas para manipular opiniões.

Portanto, se faz necessário a efetivação das iniciativas tomadas, e que tenham por resultado a criação de leis amplas e eficientes, que possam abranger os inúmeros casos prejudiciais à democracia, usando o princípio da razoabilidade entreo conflito de direitos fundamentais, sendo claro que a liberdade de expressão deve prevalecer quando seu objetivo não for a degradação de outrem através de inverdades e discursos de ódio, prejudiciais para a sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

BALEM, Isadora Forgiarini. **O impacto das fakenews e o fomento dos discursos de ódio na sociedade em rede: A contribuição da liberdade de expressão na consolidação democrática**. In: 4 CONGRESSO INTERNACIONAL DIREITO E COMTEMPORANEIDADE: mídias e direitos sociais na sociedade em rede. *Anais...* Santa Maria (RS): Universidade Federal de Santa Maria, 2017. Disponível em: <http//www.ufsm.br/congressodireito/anais>. Acesso em: 01 mai. 2018.

BERGAMO, Monica. **Desembargadora diz que Marielle estava engajada com bandidos e é 'cadáver comum'.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2018/03/desembargadora-diz-que-marielle-estava-envolvida-com-bandidos-e-e-cadaver-comum.shtml?loggedpaywall?loggedpaywall> Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Marielle: CNJ abre procedimento para investigar manifestações de desembargadora.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86376-marielle-cnj-abre-processo-para-investigar-manifestacoes-de-desembargadora> Acesso em: 01 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.***Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF,11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 30 abr 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.**Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.*Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm> Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.**Regula a liberdade de rnanifestação do pensamento e de informação.*Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 10 fev. 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5250.htm>. Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997.** Estabelece normas para as eleições. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1º out. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm> Acesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **TSE aprova 10 resoluções sobre regras das Eleições Gerais de 2018**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-

tse/2017/Dezembro/tse-aprova-10-resolucoes-sobre-regras-das-eleicoes-gerais-de-2018> Acesso em: 30 abr. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte Geral**, 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Responsabilidade Civil**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

KANFFER, Gustavo G. B.; CARVALHO, Gustavo A. C. L. O tratamento jurídico nas notificas falsas (fakenews)**.** In: **Revista Consultor Jurídico.** Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/opiniao-legislacao-dispoe-ferramentas-combater-fake-news> Acesso em: 30 abr. 2018

SILVA, Evandro Rabello da.**Fakenews, algoritmos e democracia: O papel do direito na defesa da sociedade aberta.**2018. 81 p. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

SOUZA, Antonio José de. **Colisão de direitos fundamentais**: liberdades de expressão versus direitos da personalidade. 2017. 104 p. Monografia (Bacharelado em Direito) - Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, São Luís, 2017.



EXTINÇÃO DOS TÍTULOS DE CRÉDITO? A DUPLICATA ESCRITURAL EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE

Francine.Rivas Fumaco Gonçalves[48]
Angélica Chechi[49]
Roger Soares Gonçalves[50]

RESUMO: O avanço tecnológico exige das pessoas a adequação às inovações apresentadas. Para tanto, o presente trabalho, busca esclarecer o impacto da evolução digital principalmente na duplicata fiscal, confrontando-se com a cartularidade, Constatou-se a imprescindível desmaterialização desses títulos viabilizando o comércio eletrônico que se mostra seguro graças à certificação digital.

Palavras-chave: Títulos de Crédito; Duplicata Fiscal; Cartularidade; Avanço Tecnológico.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O crédito já faz parte da sociedade desde a antiguidade, remontando a Idade Média, como sinônimo da demonstração de confiança, gerando a entrega de algo na expectativa que a outra parte vá honrar com o pagamento possibilitando assim, a aquisição de mercadorias e prestação de serviços com o pagamento facilitado. Essa prática que evoluiu da simples troca de produtos excedentes, denominada escambo, se tornou mais segura com o surgimento dos títulos de crédito, uma forma material de provar o direito, substituindo grandes somas por um papel, denominado de cártula, representativo do crédito, podendo ser citado, como títulos extrajudiciais, a letra de câmbio, a nota promissória, o cheque e a duplicata fiscal.

O crédito aumenta o poder de compra dos consumidores e otimiza as relações empresariais, pois graças à segurança e à facilidade de negociação, circulam os direitos creditícios regulamentados pelo Código Civil, leis especiais e o Código de Processo Civil. Dessa forma, o artigo é resultado de pesquisas bibliográficas e decisões jurisprudenciais, buscando fazer uma análise geral dos títulos de crédito abordando conceitos, contexto histórico, princípios e

[48] Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada- URI, campus Santiago/RS. E.mail:Francine_fumaco@hotmail.com
[49] Mestre em Direito pela URI - Sto. Ângelo (2016).). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada- URI, campus Santiago. Especialista em Docência no Ensino Superior pela URI, campus Santiago. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Atualmente é professora tempo integral da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santiago. Coordenadora do núcleo de mediação e arbitragem da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e do Grupo de Estudos em Mediação. E.mail para contato: chechiangelica@gmail.com
[50] Acadêmico do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada- URI, campus Santiago/RS. E.mail:rogersoaresg@yahoo.com.br

regulamentações, mitigando o princípio da cartularidade, com viés na emissão e eficácia da duplicata escritural ou eletrônica.

A inegável importância dos títulos de crédito se revela com a sua utilização, em plena era tecnológica, agilizando as transações comerciais que passam a depender de um simples comando no computador, assegurados pelo certificado digital. Não obstante, trouxe um impasse em relação a legislação e ao princípio da cartularidade, que pressupõe a existência de um documento físico, como o papel, em face dos títulos de crédito eletrônicos.

2 TÍTULOS DE CRÉDITO

Primeiramente é preciso entender qual o conceito de título de crédito, por que existem vários documentos que comprovam um direito, mas nem todos são considerados títulos de crédito no sentido jurídico (COELHO, 2012).

O Código Civil de 2002, em seu art. 887, traz um conceito, sobretudo principiológico acerca dos títulos de crédito afirmando ser o “documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei".

Dessa forma, o pedido preenchido em uma loja na compra de um bem que será entregue em casa é apenas um comprovante de legitimação, já que esse documento comprova a aquisição, mas não pode ser considerado um título de crédito, pois não está elencado na lei e o direito de recebimento do bem não está necessariamente vinculado à apresentação desse papel, não sendo necessário para o exercício do direito, ao contrário dos títulos de crédito (MAMEDE, 2013).

São diferentes também os títulos de legitimação, que embora sejam de apresentação obrigatória como os títulos de crédito, não traduzem de forma literal e autônoma o crédito como, por exemplo, os ingressos para o cinema, passagens de ônibus. Para ser um título de crédito deve seguir a forma prescrita em lei, existindo alguns requisitos genéricos e outros específicos para cada tipo, sendo que o seu descumprimento o torna inválido (MAMEDE, 2013).

Existem três aspectos principais que diferenciam os títulos de crédito dos demais documentos, primeiro que ele se refere apenas a relações creditícias, não

podendo constar no título nenhuma outra obrigação diferente, por exemplo, dos contratos de locação, que asseguram o direito do crédito ao aluguel, mas, além disso, expõe outros tipos de obrigação. Um exemplo de relação unicamente creditícia e que não é um título de crédito, seria a apólice de seguro (COELHO, 2012).

A segunda diferença é que o título de crédito possui natureza executória, que não é exclusiva sua, mas serve como forma de diferenciação, já que lhe dá a facilidade de executar de forma judicial o seu direito, não sendo possível em qualquer documento de crédito, quando então a cobrança deverá ser feita por meio de ação de conhecimento (ou monitória), normalmente mais morosa que a execução e, em terceiro lugar, o título de crédito pode ser negociado, circulando o crédito, transferindo com mais segurança o direito de recebimento do valor por uma terceira pessoa que antecipa o crédito, em troca da titularidade do título (COELHO, 2012).

O crédito faz parte da nossa história desde a antiguidade, é basicamente uma relação de confiança entre dois sujeitos, o que o concede (credor) e o que dele se beneficia (devedor), sendo de grande importância para a economia à circulação do crédito, que se faz pelos títulos de crédito que são seu principal instrumento, servindo como prova da relação jurídica (MAMEDE, 2013).

Na Idade Média, época em que houve uma intensificação das atividades mercantis surgiram vários institutos jurídicos e uma época próspera do desenvolvimento do comércio, gerando a necessidade de facilitação das práticas cambiárias. Ocorreu um aumento na circulação de papéis que representavam direitos de crédito que até então só poderiam ser exercidos pelos agentes originais da relação creditícia surgindo a chamada cláusula à ordem, podendo o credor a partir de então, transferir o direito de crédito a outra pessoa (LEMOS, 2013).

Pode-se dizer, então, que foi na Idade Média, por volta do século XIII que surgiram os títulos de crédito, sendo o primeiro deles a Letra de Câmbio. Tinham como objetivo facilitar as negociações e o transporte, já que devido as grandes distâncias havia perigo de extravio, além das diversidades de moedas, bastando serem substituídas por um pequeno papel, a cártula, que seria mais facilmente transportada em uma longa viagem, exigindo dinheiro ou bens por ela (LEMOS, 2013).

No Brasil , com a chegada da família real,em 1808, os portos foram abertos e teve origem o direito comercial, o qual utilizava as leis portuguesas e em caso de lacuna as da Espanha e França. Somente em 1850 surge o Código Comercial Brasileiro (Lei 556 de 25 de junho de 1850), baseado nos Códigos de Comércio de Portugal, da França e da Espanha (LEMOS, 2013).

O desenvolvimento do comércio internacional resultou na necessidade de uma lei que uniformizasse os títulos de crédito e foi a Primeira Guerra Mundial (1919 a 1925) um marco importante para o início das primeiras negociações. Para tanto, em 1930 na Convenção de Genebra foi assinado um compromisso, por diversos países, de elaborarem leis que integrassem as disposições tratadas no encontro (LEMOS, 2013).

Essa segurança e facilidade não ficam restritas ao credor e o devedor, mas se estende para toda a sociedade, já que o título pode ser posto em circulação com valor autônomo em outras negociações. A circulação do crédito, por exemplo, Fulano recebe como pagamento um título com promessa para sessenta dias e para pagar uma conta sua, endossa esse título, passando-o adiante e no fim desses sessenta dias essa terceira pessoa receberá o dinheiro do devedor de Fulano (MAMEDE, 2013).

Os títulos de crédito são regidos por diversas fontes legais nacionais e internacionais. Uma das mais importantes é a Lei Uniforme de Genebra (LUG), regulamentada pelo Decreto nº 57.663 de 24 de janeiro de 1966. Em que pese ser esta Lei um acordo internacional, ficou reservado no próprio Decreto nº 57.663/66, a aplicação da lei pátria ante a uma discordância com a LUG. A própria letra de câmbio regida na LUG, por exemplo, está regulamentada no Decreto nº 2.044/1908 que "Define a letra de câmbio e a nota promissória e regula as operações cambiais". Em caso de divergência, aplica-se o último.

O Código Civil de 2002 contém normas sobre os títulos de crédito em seus artigos 887 a 926, que devem ser aplicados somente quando compatível com a legislação especial ou para suprir lacunas deixadas por esta.

O artigo 887 do Código Civil demonstra a necessidade da apresentação do documento para obtenção do direito, sendo unânime o conceito dado por CesareVivante e adotado no ordenamento considerando o título de crédito um

documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido que só produzirá efeito quando preenchido os requisitos da lei. Sua definição salienta aos títulos de crédito as características de um documento material e corpóreo, onde se conclui que havendo a falta do documento, o título não terá validade. Realça, ainda, o mestre italiano que o documento é literal, ou seja, apenas será valido o que nele está escrito. A autonomia mencionada trata-se da independência das obrigações (VIVANTE, 2003).

Os títulos de crédito que tenham por objeto crédito em dinheiro deverão utilizar a moeda nacional, só sendo permitido o uso de moeda estrangeira nos casos previstos pelo Decreto – lei 857/1969 *in verbis*:

> Art 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.
> Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior: (Vide Lei nº 9.529, de 1997).
> I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;
> II - aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens e serviços vendidos a crédito para o exterior;
> III - aos contratos de compra e venda de câmbio em geral;
> IV - aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, excetuados os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;
> V - aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país.
> Parágrafo único. Os contratos de locação de bens móveis que estipulem pagamento em moeda estrangeira ficam sujeitos, para sua validade a registro prévio no Banco Central do Brasil.

Eles precisam atender aos requisitos de validade de qualquer ato jurídico, previstos no artigo 104 do Código Civil sendo o agente capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma, prescrita ou não defesa em lei e, preencher os requisitos próprios do direito cambiário que são aplicados de forma genérica, como a data de emissão, a indicação precisa dos direitos que confere e a assinatura do emitente, e ainda os requisitos específicos de cada tipo, como a Lei do Cheque e das Duplicatas.

A assinatura pode ser feita com qualquer tipo de caneta, qualquer cor, bem como a lápis, e no caso de cheque e duplicata pode ser utilizado a chancela eletrônica. Entretanto a impressão da digital não poderá substituir a assinatura, sendo necessário que o analfabeto utilize procurador constituído por instrumento público, para poder emitir título de crédito (MAMEDE, 2013).

O surgimento dos títulos de crédito para dinamizar as operações mercantis evidenciava duas características essenciais, quais sejam, a negociabilidade e a executividade. A negociabilidade trata-se da facilidade em que o crédito circula, sendo que quem possui o título, antes de ser operado o protesto, pode dispor dele livremente. Ocorrendo, assim, a transferência para seus próprios credores ou dando-o para garantir alguma relação jurídica que o integre.

Portanto, quando ocorre a emissão do título não se realiza uma promessa de pagamento direcionada de forma exclusiva para o beneficiário, mas para uma pessoa indeterminada, que em sua data de vencimento deverá conter a posse do título.

A respeito da executividade, os títulos são dotados de grande eficiência na sua cobrança, ou seja, nessa situação basta apenas a apresentação em juízo do título para que seja iniciado o processo de execução. Nesse caso, será dispensada a prévia ação de conhecimento (GONÇALVES, 2011).

A executividade se refere a facilidade de execução judicial, desde que preenchidos os requisitos legais.

3 PRINCÍPIOS CAMBIÁRIOS

Os princípios são essenciais para garantir a circulação e demais diferenças dos demais títulos. Existem também alguns princípios que regem os títulos de crédito e são considerados essenciais como a literalidade, a autonomia e a cartularidade. Outro elemento que não é geral, mas de suma importância é a independência ou substantividade.

O princípio da literalidade prevê que todos os elementos do título, como o tipo de crédito, correção monetária, multa, entre outros, devem estar expressos, não podendo ser exigido o que não estiver literal no próprio título. Assim, o que foi

acertado entre as partes em documento anexo não tem validade jurídica, como por exemplo, quando for pago parcialmente a dívida, deve constar o pagamento no próprio título, pois caso seja transferido a terceiro, poderá ser cobrado novamente o valor já acertado. A literalidade é um princípio que assegura às partes da relação cambial a correspondência entre o teor do título e o direito que ele representa (RAMOS, 2014).

Só quem detém a sua posse pode obter seu direito, inclusive para propositura de ação de execução, não sendo nem mesmo permitido a utilização de cópia autenticada já que poderia gerar enriquecimento indevido, caso já tenha sido transferido o título à terceiro, gerando duplicidade do direito (COELHO, 2012).

O princípio da autonomia é considerado o mais importante princípio do direito cambiário, pois ele traz segurança nas relações cambiais e reforça as principais características dos títulos: a negociabilidade e a circulabilidade. É importante ressaltar que existem dois princípios decorrentes da autonomia, são eles: abstração e inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé (RAMOS, 2014).

Na abstração o título se separa daquele que lhe deu origem. É evidente que todo título de crédito se origina devido a uma relação jurídica, porém ele deverá romper, definitivamente o vínculo com tal negócio. Nesse princípio, a causa inicial do negócio poderá ser oposta somente entre o credor originário e o devedor. Já na inoponibilidade das exceções aos terceiros de boa-fé, o portador deverá exercer seu próprio direito, nesse caso, não será derivado de relações anteriores (GONÇALVES, 2011).

Eles são considerados autônomos, já que podem documentar mais de uma obrigação e a inviabilidade de uma delas não interfere nas outras garantindo, por exemplo, os direitos do terceiro de boa-fé. Caso haja problemas entre os participantes da relação originária não precisam nem sequer ser investigados pelo terceiro, pois independente de irregularidade, invalidade ou ineficácia na relação original o seu direito estará garantido (COELHO, 2012).

O princípio da cartularidade, evidencia que o direito de crédito citado na cártula não existe sem ela, ou seja, não poderá ser transmitido sem sua tradição, nem ser exigido sem sua apresentação.

4 A VIRTUALIZAÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO

A informática tem revolucionado o cotidiano das pessoas e as inúmeras relações pessoais e interpessoais. A desmaterialização dos títulos de crédito não é algo novo. Newton De Lucca, pioneiro no trato da questão no Brasil, informa que esse fato teve início na França, no ano de 1967, quando se passou a utilizar uma letra de câmbio que não era materializada. Nesse caso, o comerciante passou a remeter seus créditos ao banco por meio de fitas magnéticas, acompanhadas de um borderô de cobrança, não existindo nem circulação do título, nem sua tradicional materialização do ponto de vista da cartularidade (DE LUCCA,1985).

Nesse cenário o Direito tem recebido em decorrência do desenvolvimento da tecnologia da informação, como a criação do comércio eletrônico e os inúmeros contratos praticados naquele ambiente; o sistema de pregão eletrônico da Bolsa de Valores; o cumprimento das obrigações tributárias acessórias por meio da internet e a criação do SPED – Sistema Público de Escrituração Digital – e da NF-e – Nota Fiscal Eletrônica; entre outros. Especificamente no campo dos títulos de crédito a informática também vem trazendo mudanças importantes há algumas décadas, como será visto quanto à duplicata, por exemplo, especialmente pelo § 3º do art. 889, o qual prevê a possibilidade da emissão de título por computador.

A emissão de título de crédito por computador tem recebido a denominação de título de crédito eletrônico ou virtual, ou seja, é o título emitido por meio eletrônico, não materializado em papel (o título é real, mas não é impresso em papel). Os títulos eletrônicos podem ser chamados de títulos escriturais ou virtuais, sento toda a operação realizada pela internet, sem a emissão de certificado, um dos primeiros documentos desse tipo é a debênture (LEMOS, 2013).

Os títulos de crédito eletrônicos possuem amparo legal nos artigos 225 e 887 do Código Civil brasileiro, abaixo transcritos:

> Artigo 225: A dinâmica das relações empresariais determinou que a cártula e as formalidades previstas na confecção, emissão e circulação fossem adaptadas para que se mantivessem em vigor os títulos de crédito.
> [...]
> Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

Atendendo as novas necessidades, o legislador pátrio já faz menção à possibilidade da representação cambial, por via eletrônica, no art. 889, § 3º do Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002)*, in verbis*:

> Art. 889. Deve o título de crédito conter a data da emissão, a indicação precisa dos direitos que confere, e a assinatura do emitente.
> [...]
> § 3o O título poderá ser emitido a partir dos caracteres criados em computador ou meio técnico equivalente e que constem da escrituração do emitente, observados os requisitos mínimos previstos neste artigo.

A informática está presente, cada vez mais, na virtualização das operações mercantis afetando também os princípios da cartularidade e o da literalidade constituindo exceção as duplicatas, que poderão ser quitadas pelo legítimo portador do título, em documento em separado, conforme o art. 9º da Lei das Duplicatas (COELHO, 2012).

A Lei de Duplicatas prevê duas exceções em relação a esse princípio, quando se trata de duplicata mercantil ou de prestação de serviços, sendo permitido ao credor protestá-la, apenas fornecendo ao cartório os elementos que a individualizam e a possibilidade de execução judicial da duplicata mercantil não restituída pelo devedor, desde que protestada por indicações e acompanhada do comprovante da entrega e recebimento das mercadorias (COELHO, 2012).

4.1 O destino dos princípios da catularidade e da literalidade

Pelo princípio da cartularidade o exercício do direito (literal e autônomo) representado por um título de crédito pressupõe a sua posse, pois somente quem exibe a cártula (o papel, que representa o título) pode exigir a satisfação do direito que está documentado no título. Assim, em geral, quem não tem a posse do título não pode ser presumido credor.

Para Newton De Luccacartularidade significa a necessidade de apresentação do documento para o exercício do direito. Com isso, para instruir a petição inicial de uma execução judicialé necessária a exibição do original, não podendo ser cópia

autenticada. A necessidade da cártula original evita o enriquecimento sem causa de oportunistas, como hipoteticamente alguém que já foi credor daquele título, mas agora não é mais por tê-lo transferido a outra pessoa. TullioAscarelli (1969), ao tratar da teoria geral dos títulos de crédito, situa o título de crédito como um documento, mas não necessariamente documento cartular. Uma exceção a isso (e ao princípio da cartularidade) ocorre quando o devedor não devolve a duplicata (que lhe foi enviada para aceitação).

A Lei de Duplicatas, no seu art. 13, § 1º, prevê a possibilidade do protesto por indicação, sem a duplicata original quando não devolvida pelo credor. Nesse caso, a execução pode ser instruída com o comprovante de entrega da mercadoria, pois o título original foi retido pelo devedor.

Quanto ao princípio da literalidade, “literal” quer dizer que vale apenas o que está escrito, ou seja, o que efetivamente está estampado no título. Os atos firmados em documentos separados entre as partes, ainda que válidos entre elas, não irão produzir efeitos perante os terceiros. É o caso do recibo separado, que não produz consequência jurídica perante o terceiro de boa-fé que recebeu o título, pois este não sabia que o título tinha sido quitado devido ao fato de não constar a quitação no corpo do título de crédito. Logo, a quitação deve constar no próprio título (CASTRO in PENTEADO, 2004).

No caso de pagamento parcial, quem paga apenas uma parte de um título deve exigir a quitação parcial no corpo do título, para evitar a transmissão pelo valor total a terceiro de boa-fé (CASTRO in PENTEADO, 2004). Outro exemplo é o aval (garantia dada em títulos de crédito, que apenas é válido se constar no corpo do título ou folha anexa, pois, do contrário, será considerado inexistente (art. 31 do Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966 – conhecido como Lei Uniforme – LU).

6 DUPLICATA VIRTUAL E O BOLETO BANCÁRIO

Para uma melhor compreensão do tema, necessário definir a duplicata mercantil e, posteriormente, adentrar no tema duplicata virtual. Para tanto, duplicata mercantil é o título de crédito criado a partir de uma compra e venda mercantil ou prestação de serviços, sendo emitida pelo vendedor contra o comprador que

efetuará o pagamento, sendo que o devedor (principal) da duplicata é o sacado, que é o comprador; porém este não é o emitente do título, mas sim o credor.

O regime jurídico da duplicata é a Lei n. 5.474/68 - Lei da Duplicata – LD –, aplicando-se o Decreto n. 57.663/66 - Lei Uniforme - no que couber em matéria de emissão, circulação e pagamento (LD, art. 25), além dos princípios do direito cambiário (cartularidade, literalidade, autonomia etc.) e regras sobre aval, vencimento e outras.

Acerca do protesto da duplicata vale mencionar que conforme a Lei do Protesto - Lei n. 9.492/97; art. 1º: “Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”. O protesto da duplicata pode ocorrer pela falta de pagamento, falta de devolução do título ou pela falta de aceite (LD, art. 13, caput). O credor que não efetuar o protesto no prazo de trinta dias do vencimento perde o direito de regresso contra os coobrigados – endossantes e avalistas (LD, art. 13, § 4º).

É importante destacar que a Lei de Protesto menciona que não cabe ao Tabelião o exame de datas do título existindo, dessa forma, um conflito aparente de normas (Lei n. 9.492/97, art. 9º). Como regra geral, é necessário o título de crédito original para efetuar o seu protesto, mas no caso de duplicata, se o comprador não devolveu o título, poderá se realizar o protesto por indicação (LD, art. 13, § 1º, cc. art. 14). Essa regra está alinhada com a Lei do Protesto, que em seu art. 8º, parágrafo único, dispõe que o Tabelionato de Protesto poderá recepcionar as indicações a protesto de duplicata mercantil e de prestação de serviço, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados.

Quanto à execução judicial da duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não, a petição deve ser instruída com o título (LD, art. 15, I). Porém, para a execução judicial de “duplicata sem aceite” ou “duplicata não devolvida”, será necessária a prova do protesto juntamente com o comprovante de entrega da mercadoria ou prestação de serviço a fim de instruir a petição (LD, art. 15, II). Os empresários deixaram de emitir duplicatas em papel e passaram a emitir uma relação das duplicatas emitidas por meio eletrônico. Esta relação é conhecida como

borderô, do qual constam os números das duplicatas, correspondendo tais números aos das respectivas notas fiscais-faturas (BOITEUX, 2002).

O borderô é remetido ao banco por via eletrônica (atualmente via internet, no passado por outros veículos como o disquete). Assim, o banco emite e encaminha aos sacados (devedores), para que efetuem o pagamento na rede bancária, um documento de cobrança (boleto bancário) com os dados dos sacadores. Se determinado boleto deixar de ser pago, o banco comunica-se com o Tabelionato de Protesto, também por via eletrônica e envia a indicação dos dados do título, ao invés do próprio título impresso em papel ou o seu respectivo boleto bancário, para se efetuar o protesto. O comprovante da entrega da mercadoria ou prestação de serviços é substituído por uma declaração do sacador de que tal documento encontra-se em sua posse, a fim de exonerar o banco de responsabilidade (BOITEUX, 2002).

Na prática bancária a duplicata remetida por meio informatizado é chamada de duplicata escritural, onde a partir dos registros informatizados, o emitente pode remeter, por meio de transferência eletrônica de dados, a “duplicata”, ou seja, os dados constantes na nota fiscal, para cobrança. O banco emite, aos respectivos devedores, um boleto de cobrança para cada duplicata escritural (SILVA, 2008).

A duplicata não é remetida para o aceite do devedor. Ao invés disso, é enviado um boleto bancário para que se faça o pagamento, ou seja, a determinação do artigo 6º da Lei das Duplicatas não é cumprida na maioria das vezes (SILVA, 2008).

Com a utilização do meio magnético para fins de registro do crédito, o aceite por presunção tende a substituir definitivamente o ordinário, considerando que a duplicata não se materializa mais num documento escrito, passível de remessa ao comprador (COELHO, 2012).

A aceitação da duplicata virtual e o seu reconhecimento como representativo de crédito, vem reconhecido na doutrina e nas decisões jurisprudenciais. O Tribunal de Justiça em sua jurisprudência também admite a execução da duplicata virtual:

> EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. REQUISITOS. DUPLICATA VIRTUAL. 1. Possibilidade da emissão e da indicação a protesto de duplicata "virtual" em substituição da cambial física. Lei 9.492/97, art. 8º, §

> ún. e art. 889, § 3º, do Código Civil. 2. A duplicata "virtual", acompanhada da respectiva fatura, do comprovante da entrega da mercadoria e do instrumento do protesto detém executividade. Requisitos demonstrados à espécie. 3. Recurso provido. (TJ-SP 21299876520178260000 SP 2129987-65.2017.8.26.0000, Relator: Melo Colombi, Data de Julgamento: 14/09/2017, 14ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/09/2017)
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. DUPLICATA VIRTUAL. Revela-se desnecessária a instrução da execução com cópia da duplicata virtual ou de boleto bancário, desde que instruída a ação com prova do negócio jurídico, protesto do título e comprovante da entrega da mercadoria/ prestação dos serviços. Hipótese em que não foram acostadas as respectivas notas fiscais/ faturas comprobatórias do creditamento de valores nos cartões disponibilizados aos empregados da parte executada, com o respectivo reconhecimento de recebimento por parte do devedor. NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO. UNÂNIME". (Apelação Cível Nº 70075556639, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Julgado em 23/11/2017).(TJ-RS - AC: 70075556639 RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Data de Julgamento: 23/11/2017, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/11/2017).

E mais, o art. 614, inciso I, do Código de Processo Civil, ao tratar da execução judicial não exige que o suporte do título seja o papel. Dispõe o artigo 614: "Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I - com o título executivo extrajudicial".

Verifica-se no processo judicial brasileiro o abandono gradativo do meio físico (papel) caminhando para o processo eletrônico, haja vista a Lei n. 11.419/2006 cujo objetivo é a informatização do processo judicial. Para efeitos processuais a Lei n. 11.419/2006 prevê em seu art. 11 que o documento eletrônico é expressamente admissível como meio de prova. A força probante deste tipo de documento passa a equivaler à do documento tradicional quando este apresentar determinados requisitos. Conforme dispõe o caput do art. 11 da Lei n. 11.419/2006: "Os documentos produzidos eletronicamente e juntados aos autos do processo eletrônico com garantia da origem e de seu signatário, na forma estabelecida nesta Lei, serão considerados originais para todos os efeitos legais. " (CASTRO in PENTEADO, 2004).

Resta esclarecer que a assinatura digital é uma das maneiras de utilizar o Certificado Digital ICP-Brasil, documento eletrônico, garantida pelo artigo 10 da Medida Provisória nº 2.200-2/2001. Dessa forma, o objetivo é conferir a presunção da veracidade jurídica dos signatários nas declarações dos documentos eletrônicos.

Com a assinatura digital, uma empresa ou algum departamento eliminam o uso do processo manual de assinaturas, ou seja, a remessa física de documentos, causando a redução de custos (FRONTINI, 1996).

No âmbito do STJ, em voto proferido como relatora do Recurso Especial n. 1024691/PR, após citar o artigo já referido de Paulo Salvador Frontini, a ministra Nancy Andrigui expressou em parte de voto:

> EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATA VIRTUAL. PROTESTO POR INDICAÇÃO. BOLETO BANCÁRIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE RECEBIMENTO DAS MERCADORIAS. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO JUDICIAL DO TÍTULO DE CRÉDITO ORIGINAL. 1. As duplicatas virtuais - emitidas e recebidas por meio magnético ou de gravação eletrônica - podem ser protestadas por mera indicação, de modo que a exibição do título não é imprescindível para o ajuizamento da execução judicial. Lei n. 9.492/97. 2. Os boletos de cobrança bancária vinculados ao título virtual, devidamente acompanhados dos instrumentos de protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços, suprem a ausência física do título cambiário eletrônico e constituem, em princípio, títulos executivos extrajudiciais. 3. Recurso especial a que se nega provimento. Trecho do voto da Relatora: (...) “Os usos e costumes desempenham uma relevante função na demarcação do Direito Comercial. Atualmente, os hábitos mercantis não exigem a concretização das duplicatas, ou seja, a apresentação da cártula impressa em papel e seu encaminhamento ao sacado. É fundamental, portanto, considerar essa peculiaridade para a análise deste recurso especial, a fim de que seja alcançada solução capaz de adaptar a jurisprudência à realidade produzida pela introdução da informática na praxe mercantil - sem, contudo, desprezar os princípios gerais de Direito ou violar alguma prerrogativa das partes. É importante ter em vista, ainda, que a má interpretação da legislação aplicável às transações comerciais pode ser um sério obstáculo à agilidade negocial, de maneira a tornar a posição do Brasil no competitivo mercado internacional cada vez mais desvantajosa.” STJ. RESP 1024691/PR. 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrigui. DJe 12/04/2011.

Uma das vantagens da emissão da duplicata fiscal, assim como dos demais títulos de crédito é a circulação por meio do endosso. Não obstante, o parágrafo 3º do artigo 889 do Código Civil autorizar a emissão do título por meio de caracteres eletrônicos, a assinatura de vários endossantes e avalistas não tem as regras claras e precisas como o título no meio físico, mas devido ao avanço da tecnologia, podem ser apostos em um arquivo eletrônico, mediante o uso de assinatura digital e certificação eletrônica.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os usos e os costumes sempre nortearam o direito empresarial, sendo notório o incremento das transações eletrônicas, em consonância com a agilidade do comércio. Esse avanço tecnológico que proporciona maior agilidade à prática comercial tem como consequência a desmaterialização do título de crédito, como no caso da utilização das duplicatas.

Vale destacar que a emissão e o pagamento de boletos bancários tornaram-se uma prática corriqueira no comércio ficando evidente a substituição da cártula pelo meio eletrônico. Nessa linha, o Código Civil de 2002 em seu artigo 889, no parágrafo 3º, autorizaa emissão de títulos de crédito por meio eletrônico.

Conforme analisado, de forma sucinta, a duplicata virtual desde que atendidos os requisitos da Lei Uniforme de Genebra ((Decreto nº 57.663/66-LUG) e a Lei das duplicatas (nº 5.747/68) é perfeitamente reconhecida no mundo jurídico, pois o aceite não precisa ser necessariamente realizado no próprio título; o protesto pode ser feito eletronicamente por meio de indicação; e a legislação admite a execução de duplicata não aceita, desde que protestada, acompanhada do comprovante de entrega do produto (ou prestação de serviço) e sem que tenha havido recusa de aceite pelo sacado.

O artigo enfrenta essa realidade e a relativização ou extinção do princípio da cartularidade, devido à falta de exigência de um documento em meio físico, o que não é mais motivo para insegurança, pois embora tanto o meio físico como o virtual sejam passíveis de adulteração, já existem no meio eletrônico tecnologias para detectá-las e também para garantir a autenticidade como os certificados digitais.

Em que pese todos os benefícios e facilidades que a informática nos trouxe, a doutrina ainda é tímida com relação aos títulos de crédito eletrônicos e verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro precisa evoluir e buscar o regramento da virtualização dos títulos de crédito para atender as novas exigências do meio empresarial.

REFERÊNCIAS

BOITEUX, Fernando Netto. **Títulos de crédito**: (em conformidade com o novo código civil). São Paulo: Dialética, 2002, p. 50-51.

BRASIL. Decreto nº 57.663, de 24 de janeiro de 1966. **Promulga as convenções para adoção de câmbio e nota promissória**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d57663.htm. Acesso em: 05 mai.2018.

BRASIL. Decreto Lei nº857 de 11 de setembro de 1969. **Consolida e altera a legislação sobre moeda de pagamento de obrigações exequíveis no Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0857.htm. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.474 de 18 de julho de 1968.**Dispõe sobre as duplicatas, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5474.htm. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jan. 2002; 181o da Independência e 114o da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. **Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Acordão de decisão que acolheu recurso reconhecendo a executividade da duplicata virtual.** Relator: Melo Colombi. 14 de setembro de 2017 Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/464452957/apelacao-apl-10076255520168260019-sp-1007625-5520168260019?ref=juris-tabs. Acesso em: 07 mai. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso de apelação.** AC: 70075556639 RS, Relator: Paulo Sérgio Scarparo, Data de Julgamento: 23/11/2017, Décima Sexta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 30/11/2017. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/526683525/apelacao-civel-ac-70075556639-rs. Acesso em: 05 mai. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acordão de decisão que negou provimento ao recurso especial RESP 1024691/PR.** partes 3ª Turma. Relatora Min. Nancy Andrigui. DJe 12/04/2011. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19125909/recurso-especial-resp-1024691-pr-2008-0015183-5-stj/relatorio-e-voto-19125911?ref=juris-tabs. Acesso em: 05 mai. 2018.

CASTRO, Raphael Velly de. **Notas sobre a circulação e a literalidade nos títulos de crédito eletrônicos.** In: PENTEADO, Mauro Rodrigues (Coord.). Títulos de crédito: teoria geral e títulos atípicos em face do novo Código Civil, títulos de crédito eletrônico. São Paulo: Walmar, 2004. p. 397-398-399

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial.**volume 1: direito de empresa. 16. ed. — São Paulo : Saraiva, 2012

DE LUCCA, Newton. A cambial-extrato. **Revista dos Tribunais** São Paulo:, 1985.

FRONTINI, Paulo Salvador. **Títulos de crédito e títulos circulatórios: que futuro a informática lhes reserva?** Rol e funções à vista de sua crescente desmaterialiação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 730, ago. 1996. p. 60.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de crédito e contratos mercantis**, Vol. 22. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

LEMOS, F, DUTRA, M. **O Título de Crédito Eletrônico no Direito Brasileiro**. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 17, n. 16, p. 149-178, ago. 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/428-1644-1-pb_1.pdf. Acesso em: 07 mai de 2018.

MAMEDE, G. **Manual de Direito Empresarial**. 8º ed. São Paulo: Atlas, 2013.

RAMOS, André Luiz Santa. **Direito Empresarial Esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

SILVA, Marcos Paulo Felix da. **Títulos de crédito no Código Civil de 2002**. Curitiba: Juruá. 2008.

VIVANTE, Cesare. **Instituições de Direito Comercial**. GAMA, Ricardo Rodrigues (trad.). 3. ed. Campinas: LZN, 2003.



O SOCIOAMBIENTALISMO COMO PARADIGMA PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA SOCIEDADE COMTEMPORÂNEA

Ricardo Cancian[51]
Janaína Vilanova Munchen[52]
Fabiana Barcelos da Silva Cardoso[3]

RESUMO: O desenvolvimento sustentável é considerado atualmente como um dos grandes problemas na sociedade comtemporânea, tendo em vista a grande escassez dos recursos naturais fato esse que afeta diretamente o meio ambiente como um todo. Diante do problema enfatizado, o presente artigo tem como objetivo traçar um breve panorama do desenvolvimento sustentável no Brasil desde seu surgimento até nossa atualidade, realizar uma analise sobre a crise ambiental vivenciada na atualidade, bem como, enfatizar o socioambientalismo como possível meio de aplicabilidade do desenvolvimento sustentável na sociedade atual, preconizando a educação ambiental e a proteção do meio ambiente. A metodologia utilizada no presente artigo foi de pesquisa bibliográfica através do método de abordagem dedutivo, compreendendo desde obras literárias, artigos, bem como, materiais retirados de páginas da web, tendo em vista que parte-se da análise da questão social e ambiental no desenvolvimento sustentável.

Palavras-Chave: Socioambientalismo; Desenvolvimento; Sustentável; Educação Ambiental; Crise Ambiental.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A transformação da sociedade e o advento das tecnologias trouxeram uma severa realidade em relação ao meio ambiente. A degradação ambiental é atualmente uma grande preocupação para a sociedade, onde o incentivo acelerado ao consumismo e o crescimento econômico e populacional, contribuíram intensamente para crise ambiental que se vivencia atualmente.

[51] Graduando em Ciências Biológicas pela URI Campus Santiago, RS; Técnico em Radiologia pela FASCLA Santa Maria, RS. E-mail: ricardo.cancian@gmail.com
[52] Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Santiago (2008). Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil pelaUniversidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Santiago. Técnica em Informática pelo Instituto Estadual de Educação Professor Isaías, Santiago, RS. E-mail:jv-munchen@hotmail.com
[3] Orientadora: Mestre em Direito. Atualmente é professora titular e também Coordenadora da Pós Graduação*lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil - nível Especialização, do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Santiago.

A problemática ambiental é um tema de grande importância, mas nas últimas décadas se intensificou.Os avanços tecnológicos permitem à sociedade ter um maior conhecimento dos reflexos que a degradação e exploração desenfreada dos recursos naturais acarretarão à população.

É indispensável observar que os conflitos existentesrelacionados neste tema, devem ser analisados não apenas como uma crise de escassez de recursos, ou ainda,por uma comunidade que busca a solução no próprio desenvolvimento sustentável, mas também em sua natureza a questão ambiental deve ser analisada internamente à questão social.Logo, deve estar correlacionada ao socioambientalismo. Portanto, evidentemente deve-se pensar na sociedade como num todo e não na sua individualidade.

A grande problemática surge diante da grande complexidade que é a temática ambiental na realidade comtemporânea, ou seja, atualmente vivencia-se uma crise ambiental muito grande, levando ao empasse sobre a possibilidade de se conseguir a educação ambiental e como consequência a proteção ambiental apenas na individualidade. Como conceber uma nova perspectiva que seja capaz de integrar meio ambiente e a sociedade que o envolve e quais são os caminhos para que possamos ter uma proteção ambiental diante dos diversos desafios sociais impostos pela realidade atual. Nesse sentido, o objetivo do presente artigo é analisar a introdução de um novo paradigma ora denominado socioambientalismo como possível meio de efetivação a educação ambiental e proteção do meio ambiente para um desenvolvimento sustentável adequado.

O presente texto está estruturado da seguinte maneira: num primeiro momento, reflete-se sobre o Desenvolvimento Sustentável desde seu surgimento até os dias atuais, falou-se tambémsobre a Crise Ambiental que vivencia-se atualmente, por último,discorreu-sesobre o Socioambientalismocomo ferramenta de educação ambiental no desenvolvimento sustentável.

2 O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

As promessas de progresso e o crescimento populacional trouxeram consigo uma grande preocupação sobre como poderia-se desenvolver com qualidade levando em consideração que os recursos estão cada vez mais escassos. O desenvolvimento sustentável propõe a sustentabilidade em todos os setores, em especial nos recursos naturais tais como a agricultura bem como dos recursos não renováveis, como a água, ar, solo, pois os mesmos são considerados essenciais à vida humana e precisam ser sustentáveis para atender às necessidades básicas de sobrevivência humana.

Seu conceito surgiu durante a Comissão deBrundtland, na década de 1980,quando a primeira ministra norueguesa, Gro Harlem Brundtland, apresentou aseguinte definição para o conceito: “[...] É a forma com que as atuais gerações satisfazem assuas necessidades sem, no entanto, comprometer a capacidade de gerações futurassatisfazerem as suas próprias necessidades” (RELATÓRIO BRUNDTLAND, 1988, s.p.). Pode-se entender por desenvolvimento sustentável como o meio que a sociedade encontra para idealizar suas necessidades e vontades sem que possa prejudicar o meio ambiente, ou seja, deve priorizar a proteção ambiental.

Logo,

> O desenvolvimento sustentável é um processo de aprendizagem social de longo prazo, que por sua vez, é direcionado por políticas públicas orientadas por um plano de desenvolvimento nacional. Assim, a pluralidade de atores sociais e interesses presentes na sociedade colocam-se como um entrave para as políticas públicas para o desenvolvimento sustentável. (BEZERRA e BURSZTYN, 2000, s.p.).

O desenvolvimento sustentável não é algo que se aprende instantaneamente, mas sim, é algo que deve ser ensinado desde o berço familiar através da educação ambiental. É nítido que o aprendizado relacionado com as questões ambientais não deve apenas ser ensinado no meio escolar, este deve complementar o aprendizado que se obtêm no âmbito familiar, ou seja, é um aprendizado de longo prazo.

Numa sociedade, a Educação Ambiental é convocada a se conscientizarsobre os riscos socioambientais que decorrem da relação entre o homem e a natureza.

Essa proposta é primordial para que o homem perceba e possa agir sobre os impactos ambientais sofridos pela degradação do meio ambiente provocada por ele mesmo.

Ao que se percebe, os problemas ambientais não são recentes e atualmente nos deparamos com o seu agravamento gerado pela própria humanidade.As discussões sobre a Educação Ambiental surgiram de uma necessidadeHistórica, que desde meados dos anos1960 já se discutia a relação do homem com a natureza tentando buscar alternativas para um mundo sustentável.

O Brasil considera como prioridade as questões ambientais, sendo considerado um país de destaque no cenário internacional em assuntos voltados ao meio ambiente.No país, já foram sediadas as duas mais importantes conferências internacionais sobre sustentabilidade da história conforme veremos no decorrer do histórico a seguir.

Em 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou um Capítulointeiro ao meio ambiente, e determina em seu Art. 225, inciso VI: "(...) Poder Público, promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988).

Em1991 através da Portaria 678/91 do MEC, foi determinado que a educaçãoescolar deveria contemplar a Educação Ambiental em todos os níveis de escolaridade. Enfatizou-se a necessidade de investirna capacitação de professores.

Em1992 A Organização das Nações Unidas – ONU realizou, no Rio de Janeiro,

a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD). A CNUMAD é mais conhecida como Rio 92, e faz menção à cidade que a abrigou. Também é conhecida como "Cúpula da Terra". Em média 179 países participantes da Rio 92 acordaram e assinaram a Agenda 21 Global, um programa de ação baseado em um documento de 40 capítulos, que constitui a maior tentativa já realizada de promover, em escala mundial, um novo padrão de desenvolvimento, denominado "desenvolvimento sustentável".

Cinco anos depois da Rio 92, realizou-se a Conferência Internacional sobreMeio Ambiente e Sociedade - Educação e Consciência Pública para a

Sustentabilidade, em Thessalonikionde representantes de 83 países relataram sobre a insuficiência dos resultados obtidos, entre as duas conferências.

Em 1999 foi promulgada a Lei nº 9.795 de 27 de abril de 1999 que institui a Política Nacional de Educação Ambiental.Já em 2000, foi lançado o documento Base para a Discussão da Agenda 21 Brasileira, logo após aconteceu a Rio+10, encontro esse que foi promovido pela ONU em Johannesburgo, África do Sul.

Em 2002, representantes de 193 países estiveram presentes na denominado Cúpula Mundial do Desenvolvimento Sustentável,que obteve como resultado a elaboração da Agenda Rio +10, que teve como foco ações para viabilizar a mudança ambiental nos próximos anos.

Em 2012 no Rio de Janeiro, é realizada a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, a Rio+20, assim denominada porquemarca os vinte anos de realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio-92), e tem por finalidade contribuir para a definição da agenda do desenvolvimento sustentável para as próximas décadas. O objetivo principal dessa Conferência é a renovação do compromisso político com o desenvolvimento sustentável, levando em consideração a avaliação do progresso e das lacunas na implementação das decisões adotadas pelas principais cúpulas sobre o assunto e do tratamento de temas novos e emergentes.

É notável que o Brasil tem uma relação primordial em implementar a educação ambiental para a preservação do meio ambiente não apenas preocupando-se com ele próprio, mas em conscientizar o mundo todo sobre a relevância em se proteger o meio ambiente.

Já superou-se o conceito de desenvolvimento sustentável, como sendo uma maneira em se buscar a satisfação sem comprometer o meio ambiente dessa forma, fica claro a necessidade em se adotar medidas para conservar esses recursos, não tão somente para que eles continuem disponíveis futuramente, mas também para diminuir ou eliminar os impactos ambientais gerados pela exploração predatória.

Assim, o ambiente, incluindo desde as florestas, as demais áreas naturais, a água, o solo, dentre outros elementos necessitam de cuidado extremos para que continuam disponíveis para as novas gerações, e que não haja nenhum tipo de prejuízo para a sociedade e o meio ambiente.

Por conseguinte, fica claramente evidenciado o papel que o desenvolvimento sustentável tem na sociedade atual, levando em consideração que o Brasil é oprincipal país a preocupar-se com o meio ambiente mundialmente, é inevitável que o grande papel do desenvolvimento sustentável é que a sociedade em geral aprenda a educar os cidadãos para que ajam de modo responsável e com sensibilidade, conservando o ambiente saudável nopresente e para que possa desfrutá-lo no futuro, e para que isso de fato seja possível deverá sofrer várias modificações tanto interiormente, como pessoa, quantonas suas relações diretamente com o meio ambiente.

Diante do exposto, percebe-se que a crise ambiental não é algo recente, ela existe a séculos, mas nos dias atuais está cada vez mais predominante.

Segundo jurista ambiental, “(...)A Questão Ambiental é uma questão de vida ou morte, não apenas de animais e plantas, mas do próprio homem e do planeta que o abriga”. (MILARÉ, 2005, p.50).

A principal causa da crise ambiental que se vivencia é o próprio homem que apenas preocupa-se em retirar da natureza os recursos necessários para satisfazer suas necessidades e vontades e não se importa em repô-las de maneira alguma. Parece ser da natureza humana esse egocentrismo de querer não importando o custo que se irá pagar futuramente.(ASSIS, 2011, pg. 256).

O ser humano não está se preocupando com o futuro aparente do meio ambiente, esquecendo-se de que semedidas urgentes não forem tomadas para que a relação homem/natureza se modifique, as gerações futuras, ou seja, seus filhos, netos, bisnetos talvez não possam desfrutar da natureza da mesma maneira que desfrutamos.

Frente a isso, (...)é explicitamente necessário, então, repensar nossa relação homem/meio ambiente. E um dos tantos meios possíveis, senão o mais importante deles para “educar” nossas atitudes, é através da Educação.(DALENOGARE, 2017, pg.9).

A educação é parte da cultura de uma sociedade, e logo, parte-se do princípio de que para se obter uma boa educação não basta apenas esperar que as escolas idealizem isso, mas que venha de berço, ou seja, que comece no meio familiar, e seja passada de geração para geração.

As famílias da sociedade contemporânea não se preocupam com o meio ambiente pois os resultados da degradação por mais que já sejam aparentes ainda não os afetam por completo, e isso gera uma comodidade em não se preocupar com a sua preservação.

Portanto,

> [...] não há dúvida que a atual trajetória da humanidade é insustentável a longo prazo, diante da intensidade com que vem sendo desgastado o meio ambiente, ficando demonstrada a falácia da perspectiva de que ele seria uma fonte de recursos inesgotável. O planeta está gravemente enfermo.(DALENOGARE, 2017, pg.13).

Sendo assim, mostra-se necessário uma educação ambiental que torne eficaz o desenvolvimento sustentável, para tanto surgiu um instituto que segundo doutrinadores através dele isso seria possível de se alcançar, instituto esse denominado “socioambientalismo”.

3 SOCIOAMBIENTALISMO

A problemática ambiental nasceu, no Brasil entre 1786 e 1888, como reação ao modelode exploração colonial da época. Opropulsor do surgimento do socioambientalismo, foram asarticulações políticas entre os movimentos sociais e ambientais.Logo,

> [...] o socioambientalismo foi construído a partir da ideia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se a partir da concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade. (SANTILLI, 2005, p. 14).

Esse institutonasceu tendo como pressuposto principal a ideia de que as políticas públicas ambientais apenas teriam eficácia social e desenvolvimento sustentável se incluíssem as comunidades locais promovendo uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais. Assim, trouxe consigo o novo paradigma de desenvolvimento sustentável,

não apenas no aspecto ambiental, mas também o social, supervalorizando a pluralidade e a participação social na gestão ambiental.

O termo socioambiental refere-se aos problemas e processos sociais, tendo em conta sua relação com o meio ambiente, ou seja, é a relação da sociedade com o meio ambiente. É também visto como uma análise sociológica do pensamento ambientalista contra o consumismo e a degradação ambiental, segundo Eduardo Strucchi, presidente da ONG "Estamos preparados". (SANTILLI, 2005, s.p).

Os principais marcos do socioambientalismo são a Conferência de Estocolmo em 1972; a Lei 6.938/1981, tratando pela primeira vez o meio ambiente de forma sistêmica instituindo a Política Nacional do Meio Ambiente e o SISNAMA e a ECO 92.

Nas décadas de 80 pensava-se em um socioambientalismo na sua individualidade. Apenas na atualidade é que passou-se a entender que o pensamento deveria focar-se na relação da sociedade com o meio ambiente.

O movimento socioambiental no Brasil:

> [...] se desenvolve sustentado na concepção de que os países pobres e subdesenvolvidos submetidos à suportar a desigual e injusta distribuição dos riscos ambientais, devem priorizar a promoção de um novo paradigma de desenvolvimento que promova para além de uma sustentabilidade estritamente ambiental (espécies, ecossistemas e processos ecológicos), uma sustentabilidade social que seja capaz de contribuir para a redução da pobreza e desigualdades sociais através da disseminação de valores como a justiça social e ambiental (SANTILLI, 2005, pg. 26).

Ao que percebe-se esse movimento é capaz de promover e valorizar a diversidade cultural através da consolidação de um processo democrático que permita aefetiva participação social nas questões ambientais, ou seja, a incorporação de políticas públicas que permitam a participação da sociedade nas questões que envolvam o meio ambiente.

Nas palavras de Juliana Santilli,

> O socioambientalismo passou a representar uma alternativa ao conservacionismo/preservacionismo ou movimento ambientalista tradicional, mais distante dos movimentos sociais e das lutas políticas por justiça social e cético quanto à possibilidade de envolvimento das populações tradicionais na conservação da biodiversidade (2005, p.35).

Pode se afirmar que os movimentos ambientais e as políticas públicas, buscam apenas meios de remediar a degradação concentrada do meio ambiente, buscando soluções práticas e eficazes sob uma perspectiva um tanto quanto ambientalista,que visam apenas com que os recursos não se esgotem, e que lhes permitem de certa forma o crescimento econômico sem afetar a natureza.

> O socioambientalismo foi uma forma de organização social surgida como reação a crise ambiental, com o objetivo principal de demonstrar que as comunidades locais devem ser incluídas nas políticas públicas e em todas as demais atividades relacionadas a proteção ambiental e ao desenvolvimento econômico e social que possam envolver a coletividade, pois elas detêm conhecimentos e práticas de manejo ambiental que não podem ser negligenciadas. (GALLI, 2007, pg. 26).

Portanto, tendo em vista o que já fora relatado, percebe-se que o movimento socioambientalismo, surge como paradigma ou como uma ferramenta para se obter uma educação ambiental que afete não somente a individualidade, mas sim uma comunidade/sociedade inteira na perspectiva de que se possa alcançar um desenvolvimento sustentável que objetive a proteção do meio ambiente para que as futuras gerações possam dele desfrutar com consciência.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo ficou evidenciado que a crise ambiental não é algo recente, já vem se arrastando por décadas. Mas é evidentemente claro que na atualidade deve-se ter uma preocupação maior, pois o meio ambiente está cada vez mais degradado.

Ainda nos dias de hoje o que foi feito é insuficiente para tentar mudar a realidade das questões ambientais. A sociedade humana atualmente é altamente insustentável., muito deve ser feito para poder amenizar os grandes problemas que a humanidade vem enfrentando nos últimos tempos, problemas esses denominados como os principais causadores do desequilíbrio ocorrido entre homem/natureza, que são eles: o crescimento acelerado da população e a degradação dos recursos naturais.

O principal meio para se transformar essa situação é através da educação. É notória a importância de educar os cidadãos para que ajam de modo responsável e com sensibilidade, conservando o ambiente saudável no presente, para que no futuro as novas gerações possam fazer parte dele também.

Isso só é possível se a sociedade tomar consciência de que algo realmente deve ser feito, e certamente se ela agir em conjunto provavelmente poderá alcançar o objetivo principal: a educação ambiental, para que se chegue ao tão esperado desenvolvimento sustentável, mas isso é considerado um processo longo e cuidadoso, pois é necessário a conscientização e principalmente uma mudança de comportamento, e essa mudança precisa acontecer através da nossa própria consciência, para que a sociedade, em conjunto faça a sua parte de cuidar e respeitar o ambiente que vivemos e dependemos para sobreviver.

Portanto, para que ocorra o desenvolvimento sustentável é necessário que haja uma harmonização entre o desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente. Em consequência disso, resulta-se em uma melhor qualidade de vida e o uso racional dos recursos da natureza.

REFERÊNCIAS

A CRISE AMBIENTAL: uma análise jus-sociológica. <disponível em: http://www.webartigos.com/artigos/a-crise-ambiental/2726/>. Acessado em: 12/10/2016.

ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de antropologia jurídica**/ Olney Queiroz Assis, Vitor Frederico Kümpel. — São Paulo : Saraiva, 2011.

BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (cood.). **Ciência e Tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente e dos Recursos
Naturais Renováveis: Consórcio CDS/ UNB/ Abipti, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.***Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 05 maio. 2018.

DALENOGARE Mauro Hildebrando GassenPerazzollo. **Direito Ao Meio Ambiente Equilibrado:** Um Estudo Sobre a Alfabetização Ecológica Como Uma Alternativa De

Proteção Às Futuras Gerações. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões Campus Santiago, 2017.

Evolução do Socioambientalismo no Sistema Jurídico Brasileiro. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,evolucao-do-socioambientalismo-no-sistema-juridico-brasileiro,50965.html. Acesso em: 13/05/2018.

GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável**. Curitiba: Juruá, 2007.

MILARÉ, Édis – **Direito do Ambiente**/ --9. Ed., atual. E ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

O Desenvolvimento sustentável. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/desenvolvimento-sustentavel.htm Acesso em: 06 maio. 2018.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. São Paulo: Peirópolis, 2005.



SOCIEDADE DE CONSUMO, INFORMAÇÃO ONLINE E ALTERNATIVAS SUSTENTÁVEIS: NOVAS TECNOLOGIAS COMO INSTRUMENTO FOMENTADOR DA SUSTENTABILIDADE[53]

Alisson Galvão Flores[54]
Jerônimo Siqueira Tybusch[55]

RESUMO:O presente artigo possui como objetivo discorrer sobre a relação da sociedade de consumo com o meio ambiente, quais os reflexos do comportamento do homem moderno para a natureza, ocasionados através do constante desenvolvimento tecnológico e mudança dos habitos cotidianos da atual sociedade e, também, quais as possibilidades se criar mecanismo que promova habitos sustentáveis, gerando uma concietização e uma nova percepão do meio ambiente, por meio de novas tecnologias de informação e comunicação. Diante o exposto este trabalho possui como questionamento: Há a possibilidade de se criar um instrumento que promova a sustentabilidade frente ao consumismo, por meio de novas tecnologias de comunicação e informação? Como metodologia, a teoria de base escolhida foi a sistêmico-complexa, como matriz teórica, já que permite um enfoque interdisciplinar entre direito, política, cultura, ecologia e ciência. Quanto ao método de procedimento, faz-se uso da análise bibliográfica e documental, utilizando como técnica de coleta de dados a produção de fichamentos e resumos expandidos. Por fim, pode-se concluir que as novas tecnologias podem, de fato, tornar-se aliadas de práticas de preservação do meio ambiente.

Palavras-chave: Sustentabilidade; Meio Ambiente; Sociedade de Consumo; Novas Tecnologias.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo possui como pretensão analisar, em específico, o modo como a sociedade pós-moderna percebe a natureza e, também, o consumo em massa, o qual se constitui como fator predominante para a atual crise ambiental. Pode-se afirmar que o consumo inconsciente, oriundo do modelo do sistema

[53]Trabalho indicado para o GT Consumo, Meio Ambiente e Sustentabilidade

[54]Autor. Advogado. Pós-graduando em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Graduando do Curso de Formação de Professores para Formação Profissional – UFSM. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai de das Missões – URI– Campus de Santiago. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da UFSM. E-mail: alisson_direito@outlook.com

[55]Orientador. Professor da Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Doutor em Ciências Humanas – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito Público – Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Graduado em Direito – Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Professor Coordenador do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da UFSM E-mail: jeronimotybusch@ufsm.br

capitalista gerou a manutenção irracional dos recursos naturais, sem qualquer preocupação com os efeitos na natureza e no homem.

Sem dúvidas, uma das principais características dos tempos atuais é o desenvolvimento tecnológico, tal avanço ocasionou mudanças significativas no cotidiano da sociedade. À vista disso, a sociedade passou a ser considerada como sociedade consumo, devido ao um novo paradigma oriundo da ideia de adquirir.

Nesse contexto, a sociedade de consumo tornou-se mais exigente em relação às mercadorias, houve mudanças drásticas na paisagem e mudanças de costumes na rotina da população. A percepção que o ser humano passou a ter da natureza como um objeto limitado a satisfazer as necessidades da espécie humana, gerou um afastamento do homem da natureza, o qual atribuiu valor de capital aos recursos.

Considerando que se está vivendo na era do desenvolvimento tecnológico, salienta-se a necessidade de uma concientização da população em relação ao consumo através da ampliação da percepção do meio ambiente e mudança nos valores do indivíduo, para que se desenvolva alternativas sustentáveis para os fatores negativos da sociedade de consumo. Diante deste cenário, o artigo busca responder o seguinte questionamento: Há a possibilidade de se criar um instrumento que promova a sustentabilidade frente ao consumismo, por meio de novas tecnologias de comunicação e informação?

Como metodologia, a teoria de base escolhida foi a sistêmico-complexa, como matriz teórica, já que permite um enfoque interdisciplinar entre direito, política, cultura, ecologia e ciência. Quanto ao método de procedimento, faz-se uso da análise bibliográfica e documental, utilizando como técnica de coleta de dados a produção de fichamentos e resumos expandidos.

O artigo se divide em dois itens temáticos, no primeiro intitulado “O MEIO AMBIENTE SOB UMA PERSPCTIVA DA SOCIEDADE DE CONSUMO: Consequências do Consumismo Desenfreado e a Necessidade de se Promover um Consumo Equilibrado”, o qual será abordada a relação entre sociedade de consumo com a natureza e quais os impactos de um consumismo desenfreado. No segundo, denominado “NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO: Em busca de uma Realidade Sustentável”, onde será apresentada uma possível utilização da

tecnologia como meio de promover uma concietização sobre os fatores desfavoráveis da sociedade de consumo, através da informação.

2 O MEIO AMBIENTE SOB UMA PERSPCTIVA DA SOCIEDADE DE CONSUMO: Consequências do Consumismo Desenfreado e a Necessidade de se Promover um Consumo Equilibrado

Desde a aparição da espécie humana no planeta o homem causa impactos na natureza, porém, o homem primitivo não perturbava a ordem no mundo. No entanto o homem moderno transforma descomedidamente o mundo natural com sua tecnologia, com a falsa percepção de que a natureza possui recursos infinitos para satisfazer apenas as necessidades da humanidade.

Sobre essa questão, François Ost afirma:

> O ser humano desde seus primórdios atua e interfere na natureza, modificando-a e destruindo-a para a satisfação de suas necessidades. É preciso afastar a ilusão de uma coexistência da humanidade com uma natureza intocada. Só pelo fato de existir, o homem é um peso para os ecossistemas pois retira recursos do meio ambiente para sua sobrevivência e rejeita as matérias já usadas (OST, 1995, p. 30).

Nesse sentido, é necessário que ocorra a quebra dessa racionalidade em relação a percepção que o ser humano possui da natureza e, também, do meio ambiente, vez que, o ser humano compõe-se como parte integrante deste meio. Ao buscar valores que norteiem uma harmonia no convívio do ambiente com as demais espécies que habitam o planeta, se faz necessária uma análise crítica do princípio antropocêntrico, muitas vezes causador da destruição inconsequente dos recursos naturais.

Assim, afirma Elisabeth Ramos:

> Seja como for, a visão atual de natureza, potencializada pela tecnologia, herdou o projeto de denominação assentado no dualismo homem-natureza, na qual a última é instrumentalizada em benefício do primeiro. Em outras palavras, universalizou-se a postura – que se tornou dogma – de transformar o conhecimento da natureza em instrumento de domínio da mesma (RAMOS, 2010, p. 83).

Portanto, deve-se considerar que as reservas do meio ambiente são finitas e que a natureza não é fonte inesgotável de recursos. Isto é, é necessário que haja a construção de uma nova visão do ser humano para com o meio ambiente, com o intuito de que a natureza não seja reduzida apenas aos interesses exclusivos da espécie humana.

Uma das principais características da sociedade pós-moderna certamente está no avanço tecnológico frente ao consumismo em massa e suas implicações relacionadas ao meio ambiente. Conforme a sociedade evoluiu tecnologicamente, houve mudanças no cotidiano do ser humano, tais mudanças tiveram impactos significativos a partir da inserção de novas tecnologias em seu cotidiano, estas tecnologias passaram a facilitar as atividades diárias e promoveram uma expectativa de vida maior da população.

Contudo, percebem-se mudanças radicais na paisagem, as áreas verdes de árvores e campos foram substituídas por edificações, tais transformações também interferiram no hábito e modo de consumir, com o processo de globalização o que antes era renovável agora é visto como descartável, por consequência a procura por produtos aumentou, conforme salienta Boa Ventura de Souza Santos (2011, p. 26) “[...] estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo”. A facilitação no processo de comunicação entre as pessoas das mais diversas localidades, aprimoramento dos meios de transportes para um maior fluxo de mercadoria, constituem-se como responsáveis pelo fortalecimento de uma sociedade de consumo, vez que incrementaram os processos de produção de produtos e ampliaram a variedade de opções dos destinatários na relação de consumo.

Para Zygmunt Bauman "a sociedade de consumo não é nada além de uma sociedade do excesso e da fartura – e, portanto, da redundância e do lixo farto" (2007, p. 111). Nessa perspectiva, o autor, defende que a estratégia de mercados, da sociedade e da indústria de consumo é a [...] não satisfação dos desejos e a crença firme e eterna de que cada ato que visa satisfazê-los deixa muito a desejar e pode ser aperfeiçoado – são esses os volantes da economia que tem por alvo o consumidor (2007 p. 106).

De acordo com Néstor Garcia Canclini (2006, p. 60), a definição de consumo consiste no "[...] conjunto de processos socioculturais em que se realizam a apropriação de uso dos produtos [...]", de forma similar, Bauman, afirma que:

> [...] o consumismo é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes, e, por assim dizer, neutros quanto a regime, transformando-os na principal força propulsora e operativa da sociedade. O consumismo chega quando o consumo assume o papel-chave que na sociedade de produtores era exercida pelo trabalho (BAUMAN, 2008, p.41).

Por isso, é correto afirmar que a sociedade atual vive sob influência do ato de consumir, pela incessante insatisfação do que se tem e pelo desejo que aquisição, pelo estímulo da compra. Ao explorar o mercado a procura de bens de consumo, a sociedade é atraída para lojas pela perspectiva de encontrar a satisfação de um prazer momentâneo.

Sociedade de consumo é um termo bastante utilizado para representar os avanços do sistema capitalista. A expressão "sociedade de consumo" refere-se a uma forma de consumo puramente materialista que põe o apoderamento do dinheiro em um plano superior na vida, para Lipovetsky (2007, p. 24) "A dinâmica de expansão das necessidades se prolonga, mas carregada de novos significados coletivos e individuais", ou seja, haveria agora um tipo de "hipermaterialismo".

Sendo assim, é a permanente não-satisfação e a infelicidade da população que fazem prosperar a sociedade de consumo, que:

> [...] tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora enquanto o desejo continua insatisfeito; mais importante ainda, quando o cliente não está "plenamente satisfeito" – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham sido verdadeira e totalmente realizados (BAUMAN, 2008, p. 63).

A sociedade continua sedenta de consumo, entretanto, nos tempos atuais, de forma objetiva por parâmetros mais íntimos. Preocupações referentes ao sentido da vida estão em furor, como a qualidade de vida, por exemplo e se sobrepõem ao consumo ao consumo isento de reflexividade. A sociedade de consumo nada mais é

do que um jogo de emoções consumistas em detrimento da razão, o qual gera comportamentos impulsivos, à vista disso, sempre haverá uma instabilidade de desejos resultante em uma tendência de consumo constante.

É correto afirmar que tal tendência harmoniza-se com a de liquidez, de Bauman, onde nada se permanece seguro. Todavia, diante deste cenário, a sociedade atual, ou seja, a sociedade de consumo produz uma das maiores problemáticas para a natureza, em face do consumismo exacerbado o descarte do lixo produzido. Passamos de uma sociedade de produtores para uma sociedade de consumidores, isto é, ao arquétipo central não é mais o trabalhador e sim o consumidor, logo, a valorização do ser humano se dá através da sua capacidade de consumir, gerando uma produção de lixo monumental e ocasionando uma sociedade insustentável.

Para Fátima Portilho, pode-se concluir que:

> [...] a Sociedade de Consumo tem sido considerada, basicamente, de três maneiras diferentes. (...) Como uma sociedade capitalista. (...) como uma sociedade racional e utilitária, feita, simplesmente, por consumidores praticando o ato de consumir (...) sociedade simbólica e de sinais e significados, enfatizando a construção e fortalecimento das identidades individuais e sociais através da aquisição e uso de bens (...) A Sociedade de Consumo seria mais bem explicada como uma mistura contraditória entre os elementos presentes nas três abordagens. (PORTILHO, 2010, p.104-105).

Diante este cenário, especialmente nas questões ambientais que afetam a sociedade e o uso das tecnologias informacionais, analisar o Direito sob um novo prisma, é fator preponderante para que haja novas alternativas que busquem solucionar tais dilemas. É necessário que se faça uma análise reflexiva sobre a utilização de recursos naturais e o que leva a sociedade exigir cada vez mais a utilização desses recursos.

Diante o exposto, através da análise sobre os danos ambientais ocasionados pelo consumo excessivo, observa-se a necessidade de buscar alternativas sustentáveis. Utilizando-se do avanço tecnológico e dos meios de informação e comunicação, seria possível a construção de um novo paradigma de consumo consciente e sustentável? Nos argumentos a seguir exarados, serão apresentadas novas possíveis alternativas que com o auxílio de aplicativos de celulares, websites

e a internet podem ser utilizados promovendo um consumo sustentável para o meio ambiente.

3 NOVAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO: Em busca de uma Realidade Sustentável

O homem moderno reduziu os recursos que a natureza possuem e oferecem a simples objetos que possuem apenas a finalidade de satisfazer as necessidades da espécie humana. Bem como, a partir desta conjuntura, o desenvolvimento econômico e tecnológico ocupam um papel preponderante quando se versa dos impactos ao meio ambiente, a relação da sociedade com a natureza sob o capitalismo é uma relação de violência e está baseada na separação, entre seres humanos de um lado e a natureza de outro.

Neste raciocínio, Serge Moscovici, leciona o seguinte:

> A maior parte das sociedades – e notoriamente as sociedades modernas – formou-se *contra* a natureza, determinada a explorá-la e a transformá-la pela violência. Uma veiolência no sentido estrito do termo, na medida em que se pensa e age para dominá-la, combatê-la ou forá-la (MOSCOVICI, 2007, p. 32).

Se faz fundamental que haja reconhecimento de que é necessária uma profunda mudança de percepção e de pensamento para garantir a nossa sobrevivência, “(...) requerem uma mudança radical em nossas percepções, no nosso pensamento e nos nossos valores” (CAPRA, 1996 p. 14). Do mesmo modo MOSCOVICI (2007, p. 32) adverte que requer “(...) uma sociedade *pela* natureza, uma visão que permite modificá-la em vista da natureza, uma nova ciência que nos ensina inserí-la em nossa natureza”.

O meio ambiente tem sido tratado pelo homem moderno como um mero negócio, gerando uma desvinculação da natureza com indivíduo, ocasionando as atuais problemáticas ambientais.No entanto, Frijof Capra atenta que:

> São problemas sistêmicos, o que significa que estão interligados e são interdependentes. (...) Em última análise, esses problemas precisam ser

> vistos, exatamente, como diferentes facetas de uma única crise, que é, em grande medida, uma crise de percepção (CAPRA, 1996, p. 14).

Entretanto, Enrique Leff (2006, p. 294) alude que “(...) a complexidade ambiental é o entrelaçamento da ordem física, biológica e cultural; a hibridação entre a economia, a tecnologia, a vida e o simbólico”, sendo assim, é necessário que se faça uma compreensão do meio ambiente como uma rede, em que as perturbações afetam o sistema, como um todo. O referido autor, em outra obra destaca que:

> A crise ambiental, entendida como crise de civilização, não poderia encontrar umasoluçã pela via da racionalidade teórica e instrumental que constrói e destrói o mundo. Apreender a complexidade ambiental implica um processo de desconstrução e reconstrução do pensamento; [...] Esta racionalidade dominante descobre a complexidade de seus limites, em sua negatividade, na alienação e na incerteza do mundo economizado, arrastado por um processo incontrolável e insustentável de produção (LEFF, 2003, p. 16).

Portanto, é notório que o atual paradigma de consumo e meio ambiente não se encontrem de frma sustentável, vez que o consumidor quer ter seus desejos satisfeitos, fazendo com que consumir seja necessário, pois é uma necessidade a qual ja foi forjada pel sistema de mercado.Para solucionar esse conflito e haver a aproximação entre o homem e o meio ambiente, se faz necessário o fim do comportamento individualista e simplificado para que, então, ocorra ascensão de condutas solidárias que resultem em uma sustentabilidade ambiental.

No entanto, Ulrich Beck (2010, p. 37),explica essa contradição afirmando que “a emergência da sociedade de risco, significa a entrada da modernidade em uma nova era de incertezas, em que a ciência e a tecnologia assumem papéis proeminentes”. Assim, os meios de comunicações, os quais produzeminformações tornam-se cada vez mais necessários, pois, a sociedade na era das incertezas precisa estar informada, necessita saber se o uso de tecnologias de fato, produz benefícios à natureza.

Em face disso, alguns movimentos ambientais utilizam a internet para divulgar e promover suas ideias, com o intuito de mobilizar pessoas e conscientizar para ações e participações em questões de interesse ambientais, como explica Castells:

> Os ciberativistas organizam-se em um ambiente virtual, como o Facebook, o twitter, um site, um blog, com a intenção de propagar suas ideias através de uma militância ativa e atuante tanto na internet como nos ambientes tradicionais, mobilizar para uma causa, criar espaços de discussões e trocar informações. Surge, assim, o ciberativismo ou ativismo digital, um mecanismo da ação política que ocorre no meio virtual, e é definido como movimentos sociais que se configuram em ações coletivas que buscam transformar valores e instituições da sociedade e que se manifestam na e pela internet (CASTELLS, 2003, p.115).

Neste contexto, o acesso à informação ambiental, através dos meios de comunicação e das tecnologias de informação, permite que a população obtenha uma cosciência da real necessidade de uma postura ativa na tomada de decisões referentes ao meio ambiente. Enquanto ferramenta de comunicação, as novas tecnologias possibilitam que qualquer pessoa, em qualquer momento, compartilhe dados, informações e conhecimento.

Portanto, o desenvolvimento de tecnologias na era da informação, da sociedade de consumo, é capaz de permitir um plano de acesso à informação, por meio de aplicativos e redes sociais com a finalidade de divulgar dados e informações necessárias para maior participação da sociedade em questões relacionadas ao meio ambiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o advento da internet a informação, através dos meios de comunicação, se democratiza, vez que qualquer cidadão pode acessar, compartilhar e inserir informações na rede. Tornando o espaço virtual um instrumento útil e ideal para os movimentos ambientalistas que buscam proporcionar uma conscientização por parte da população, que envolvam temáticas ambientais.

Sendo assim, o presente trabalho buscou responder o seguinte questionamento: Há a possibilidade de se criar um instrumento que promova a sustentabilidade frente ao consumismo, por meio de novas tecnologias de comunicação e informação? Para isso, o artigo foi dividido em dois itens temáticos. Na primeira parte foi analisada a relação entre sociedade de consumo e natureza e quais os impactos de um consumismo desenfreado, no segundo item, buscou-se

apontar o modo que a crise ambiental atingiu a sociedade de consumo, quais as possíveis mudanças necessárias, juntamente com o advento da internet.

Portanto, conclui-se que os meios de comunicação, através de informação, se destacam, pois além de promover informações referentes a realidade ambiental, na sociedade de consumo, facilita a participação dessa sociedade. Para que assim, possa haver uma mudança na percepção que o ser humano possui da natureza, quebrando o paradigma ocidental dominante, através de mudanças de hábitos, costumes e valores, e consequentemente, proporcionando um consumo de modo sustentável e se satisfaça de fato, as reais necessidades da atualidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

. **Vida para consumo:** transformação das pessoas em mercadoria**.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

CANCLINI, Néstor García**. Consumidores e cidadãos**: conflitos multiculturais da globalização. Tradução de Maurício Santana Dias. Rio de Janeiro: UFRJ, 2006.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Trad. Newton R. Eichemberg. São Paulo, SP: Cultrix, 1996.
CASTELLS, M. A Galáxia da Internet: Reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

LEFF, Enrique**. Pensar a Complexidade Ambiental.** São Paulo: Cortez, 2003.

. Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza. Trad. Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006

LIPOVETSKY, Gilles. **A FELICIDADE PARADOXAL**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo, Companhia das Letras, 2007.

MOSCOVICI, Serge. NATUREZA: Para Pensar Ecologia. Rio de Janeiro: MAUAD X, 2007.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade Ambiental, Consumo e Cidadania**. São Paulo: Cortez, 2010.

RAMOS, Elisabeth Cristmann. O processo de constituição das concepções de natureza:uma contribuição para o debate na Educação Ambiental. **Revista Ambiente e Educação**. Vol. 15. Rio Grande 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os processos da globalização**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). A globalização e as ciências sociais. 4ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.



O CONSUMISMO AMBIENTALMENTE INSUSTENTÁVEL

Kellen Cristine Vargas da Silva[56]

RESUMO: O presente artigo vai abordar a sociedade e o consumo, bem como as suas transformações ao longo dos anos a partir das suas origens históricas, verificando que o consumismo tem causado muitos impactos ao meio ambiente. O objetivo é demonstrar que a população consome de maneira a satisfazer seus desejos, principalmente, supérfluos, não levando em consideração que as suas atitudes podem causar danos ambientais. Neste sentido, surge a problemática da pesquisa, a saber, em que época e quais foram às mudanças na sociedade acerca do consumo? A degradação ambiental, em virtude da exploração exagerada dos recursos naturais,é decorrente da esfera da produção ou consumo?Será utilizada a técnica de pesquisa bibliográfica e o método de abordagem dedutivo. Assim, pode-se concluir que o consumo humano passou por mutações significativas desde os primórdios até os dias de hoje, bem como se tem utilizado de recursos naturais escassos para a sua satisfação e gerando, portanto, impactos à natureza, que necessita de políticas de consumo sustentável para prevenir sua exaustão.

Palavras – chave: Sociedade; Consumo exagerado; Impacto ambiental.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estudo do tema: O consumismo ambientalmente insustentável é de extrema relevância para a sociedade, visto que todos os seres humanos são consumidores de bens ou serviços diariamente, seja para fins necessários ou supérfluos. No entanto, o padrão de consumo social tem-se demonstrado, do ponto de vista ambiental, insustentável, de modo que não respeita os limites de reprodução natural, levando ao esgotamento dos seus recursos.

No primeiro momento, serão abordadas as transformações ocorridas na sociedade, principalmente voltadas ao consumo individual e da moda, em vez de consumo familiar e de pátina, como eram antigamente. Em segundo lugar, será estudado acerca das consequências do consumo para o meio ambiente, bem como a necessidade de incentivar à prática das políticas de consumo sustentável.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que as pessoas associam o consumo à felicidade e ao bem estar, por isso adquirem objetos que muitas vezes não são considerados necessários, apenas para sua satisfação pessoal. Demais

[56]Pós Graduanda em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional pela Instituição Verbo Jurídico.Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santiago/RS. Endereço eletrônico: kellen_vargas@hotmail.com.

disso, o tempo de vida das mercadorias se tornou curto, fazendo com que sejam descartados muito cedo, gerando acúmulo de lixo. É objetivo, também, mencionar que se consome muito mais do que a capacidade da natureza, por isso os padrões de consumo devem ser modificados, fazendo com que a população consuma produtos sustentáveis e até mesmo deixe de adquirir bens, se for preciso.

Para finalizar, temos como problemática: Em que época e quais foram às mudanças na sociedade acerca do consumo? A degradação ambiental, em virtude da exploração exagerada dos recursos naturais, é decorrente da esfera da produção ou consumo?

2 SOCIEDADE, CULTURA E CONSUMO

Inicialmente, cumpre referir que consumir é uma prática de toda sociedade humana, quer para satisfazer as necessidades básicas ou as dispensáveis. (BARBOSA, 2004).

Segundo Lívia Barbosa, faz-se necessário entender a diferença entre sociedade de consumo e cultura de consumo, bem como acerca das mudanças na cultura material ao longo dos anos.

Pode-se dizer que a Revolução do Consumo e Comercial antecedeu a Revolução Industrial e grandes invenções tecnológicas, temos como exemplo, a produção de roupas por meio de artesãos externos ou domésticos que se iniciaram antes das invenções mecânicas da indústria de tecidos. Assim, não é possível afirmar que as invenções tecnológicas e a Revolução Industrial foram responsáveis pela criação de condições materiais para que a população pudesse consumir em maior escala. (BARBOSA, 2004).

Do ponto de vista econômico, as pessoas podem ser vistas como insaciáveis ou propícias a consumir, na medida em que quanto mais auferem, mais destinam à aquisição de bens e mercadorias. (BARBOSA, 2004).

Por volta do século XVI em diante, ocorre o surgimento de novas mercadorias, tais como: alfinetes, botões, brinquedos, rendas, fitas, veludos, louça para a casa, fivelas de cinto, cadarços, jogos, plantas ornamentais, alimentos diferentes, bebidas, produtos de beleza, enfim objetos que não eram considerados

como necessários e que foram disponibilizados para muitos segmentos sociais. Com a chegada do romance ficcional moderno, as pessoas passaram a se interessar mais pela leitura e buscar novas formas de lazer. Além disso, foram criados novos meios de consumo e vendas, com o objetivo de alcançar novos mercados de consumidores. (BARBOSA, 2004).

Há que se considerar duas importantes mudanças ocorridas, a transição do consumo familiar para o individual, bem como o consumo de pátina para o consumo da moda. (BARBOSA, 2004).

No que se refere às sociedades tradicionais, os responsáveis pela produção e consumo eram os próprios familiares e grupo doméstico que produziam para a sua subsistência. Cada família fazia parte de um grupo de status, dentre muitos outros que compunham o corpo social. Cada grupo possuía seu modo de vida definido, seu estilo próprio de roupas, atividades de lazer, alimentação, bens de consumo e comportamento, na medida em que, não havia espaço para escolhas individuais, sendo estas subordinadas e condicionadas às escolhas previamente definidas em seu grupo familiar. (BARBOSA, 2004).

Frisa-se, por oportuno, que as leis suntuárias eram responsáveis, em parte, por regular o modo de vida de cada grupo de status, haja vista que estabeleciam aquilo que poderia ser consumido e o que era proibido para determinados segmentos sociais, com a finalidade de evitar o luxo e definir a posição social. (BARBOSA, 2004).

Na época, a colocação social estabelecia o estilo de vida das pessoas, em que pese não possuíssem condições financeiras de mantê-la, sob pena de serem excluídas da sociedade da corte. (BARBOSA, 2004).

A partir da sociedade contemporânea, rompe-se a dependência entre o status social e o estilo de vida e a independência referente à renda. Em consequência, não há mais leis, instituições e códigos que determinam suas escolhas, mas surgem a liberdade de escolha individual e autonomia nas decisões, de modo que podem escolher como desejam viver. (BARBOSA, 2004).

Ademais, as tendências não eram substituíveis, à medida que a população não mais se interessasse por elas ou que não fosse determinante para diferenciação dos segmentos sociais. (BARBOSA, 2004).

Nos dias atuais, existem inúmeros grupos, tribos urbanas e pessoas criando suas próprias tendências. Por sua vez, não existem mais grupos responsáveis por orientar a população nas suas escolhas, nem vigem as leis suntuárias que determinavam e, até mesmo, restringiam o que poderia ser consumido por todos. A partir de então, cada ser humano faz a sua escolha, de acordo com seu gosto e vontade própria, como se fosse juiz de suas próprias ações. (BARBOSA, 2004).

Em consequência disso, todas as pessoas podem ser consumidoras, desde que possuam condições financeiras para arcar com o preço do produto. É possível ser e ter aquilo que se almeja, independente da renda, idade e classe social a que pertença, basta escolher. (BARBOSA, 2004).

Outrossim, àqueles que não possuem renda compatível com produtos caros e de luxo podem fazer uso de mercadorias similares e “piratas”, construindo e lançando no mercado de consumo novas tendências, pois o importante é conhecer e saber usar aquilo que está na moda. (BARBOSA, 2004).

A inclusão na sociedade está ligada às questões de bom ou mau gosto de cada pessoa e das tendências do momento. (BARBOSA, 2004).

No que diz respeito ao estilo de vida e identidade, tornaram-se opcionais e voláteis, eis que dependem do estado emocional de cada um. Além de que, cada pessoa possui sua individualidade representada no seu modo de vestir, comer, no seu corpo, casa, carro, etc. (BARBOSA, 2004).

A transição da sociedade tradicional para sociedade de consumo também foi marcada pela transformação do consumo de pátina para consumo da moda. A pátina se refere à marca do tempo deixada nos objetos, demonstrando que eram usados e pertenciam a mesma família por diversas gerações, isto é, os pertences tinham vida longa e proporcionavam status aos seus donos. (BARBOSA, 2004).

Em contrapartida, o consumo da moda tem como característica a pequena duração e a ênfase no novo e individual, no sentido de que quanto mais mudavam os estilos, menor era a vida útil dos produtos. (BARBOSA, 2004).

Em meados do século XIX, na Inglaterra, França e Estados Unidos, surgiram novos métodos de venda e marketing, assim como as vitrines voltadas para a rua com manequins feitos de papelão prensado, demonstrando para toda a população

as roupas que estavam sendo usadas no momento e as que iam ser e, assim, espalhando as últimas tendências. (BARBOSA, 2004).

Neste período, lojas como o Bon Marché, em Paris e MarbleDryGoods, em Nova York tiveram papel importante na sociedade, visto que propagaram a moda e deram acesso a ela para todos os segmentos sociais. Estimulavam o desejo de compra nas pessoas, facilitando que vissem as mercadorias nas vitrines, mas não as obrigava a adquirir. Também, foi criado por Aristide Boucicaut, proprietário da loja Bom Marché o financiamento por meio do crédito direto ao consumidor. (BARBOSA, 2004).

Vale ressaltar que, tais lojas trouxeram padrões que perduram até os dias de hoje, como o autosserviço, preço fixo da mercadoria, comercialização de vestuário e lar em um mesmo estabelecimento, facilitando ao consumidor e recebendo lucros por meio da rápida circulação de estoque e menor valor dos produtos. (BARBOSA, 2004).

2.1 Sociedade de Consumo

Conforme (Barbosa, 2004), na visão de Karl Marx a sociedade de consumo é baseada no lucro e responsável por influenciar os consumidores a adquirirem bens como se fossem necessários, não trazendo nenhum tipo de felicidade, satisfação e harmonia, se encaixam neste contexto a propaganda e o marketing.

Lívia (Barbosa, 2004) inicia seu estudo sobre o assunto, baseada no livro *Cultura do Consumo e modernidade*, de Don Slater, apontando o entendimento do autor do livro no sentido de que a cultura do consumidor é uma cultura do consumo, em que pese não utilize o termo sociedade do consumo.

Refere que, para Don Slater a cultura do consumidor, a sociedade contemporânea tem dois lados. Lado negativo, porque valoriza as pessoas pelo que elas possuem e não pelo que elas verdadeiramente são, demonstrando ser materialista. Positivo, eis que prepondera a liberdade de escolha e soberania do indivíduo. (BARBOSA, 2004).

Cita, ainda, que a sociedade contemporânea recebe recursos materiais financeiros e culturais, possibilitando que os objetos que são produzidos, logo sejam

adquiridos, não deixando nenhum espaço para que a economia seja controlada e para a vigência de leis suntuárias. (BARBOSA, 2004).

Quanto à impessoalidade e universalidade, diz-se que são impessoais porque não são produtos criados para pessoas e classes determinadas, assim como universais, porque todos tem acesso à mercadoria, independente de classe ou status social, necessitando apenas de condições para arcar com os custos decorrentes de compra. (BARBOSA, 2004).

Para ser consumidor, basta escolher de forma particular, sem qualquer interferência ou impedimento de outrem. (BARBOSA, 2004).

Fala-se que os consumidores se comportam de maneira insaciável com relação às suas necessidades, visto que buscam viver de maneira a satisfazer seus intentos. Do mesmo modo, acredita-se que o sistema exige crescimento contínuo da população para que possam sobreviver, gerando em cada um a necessidade de terem seus objetivos alcançados. (BARBOSA, 2004).

A identificação da sociedade atual é gerada a partir das escolhas individuais de cada um. Ocorre que, existem dúvidas se o indivíduo está exercendo a liberdade de escolha ou se submetendo a interesses econômicos maiores escondidos pelo marketing e propaganda. “Será o consumo uma arena da liberdade e escolha ou de manipulação e indução? Terá o consumidor efetivamente escolha? Ele é súdito ou soberano, ativo ou passivo, criativo ou determinado?” (BARBOSA, 2004, p. 35).

Também foi objeto de estudo da autora Lívia Barbosa, a obra *Cultura de Consumo e pós modernismo*, de Mike Featherstone que menciona a existência de três teorias sobre o tema: a produção do consumo, os modos de consumo e o consumo dos sonhos, imagens e prazeres. Quanto à produção do consumo, a necessidade de serem criados novos mercados e ensinar a população para serem consumidoras, fez com que a indústria se utilizasse do marketing e da propaganda para atrair e influenciar a mente das pessoas. Por sua vez, o modo de consumo considera os bens instáveis, já que quanto mais se espalham e se tornam conhecidos pela coletividade, deixam de ser um diferencial para muitos e logo se inicia um novo ciclo, com um novo produto. Assim, as tendências passam pelo processo da obsolecência cultural programada. A terceira teoria se refere ao grande sentimento de satisfação em adquirir sonhos e desejos encontrados no imaginário

do mercado de consumo, na medida em que se materializam em locais como shopping centers, parques temáticos e lojas de departamentos. (BARBOSA, 2004).

Para finalizar seu estudo, Lívia Barbosa fez análise acerca do livro *A ética romântica e o espírito do consumismo moderno*e o artigo "I Shop therefore I knowthat I am: The MetaphysicalBasisofModernConsumerism" [Eu compro logo sei quem sou: as bases metafísicas do consumismo moderno], de Colin Campbell. A autora menciona sobre as considerações de Campbell, o qual vê a emoção e o desejo da subjetividade humana como características do consumismo moderno, eis que as pessoas almejam muito mais por adquirir bens do que satisfazer as suas reais necessidades. Cita, ainda, que o consumismo moderno facilita a resolução das crises de identidade. (BARBOSA, 2004).

Foram elementos importantes na construção da sociedade moderna, o romantismo e a mudança na concepção das fontes de prazer, decorrendo da estrutura hedonista, ou seja, da busca pelo prazer como propósito de vida e da subjetividade moderna. (BARBOSA, 2004).

Demais disso, menciona sobre a insaciabilidade dos consumidores modernos, pois na medida em que um dos seus anseios ou "necessidades" é satisfeito, já existem outros a sua espera, sem contar que este ciclo não cessa nem se interrompe. Trata-se de uma série de infindáveis "necessidades vitais", que não são meras insatisfações ou eternos "querer mais", mas é a insaciabilidade para com novos produtos. (BARBOSA, 2004).

Livia Barbosa diz que Campbell relaciona a origem da insaciabilidade com a mudança no padrão de gratificação das pessoas, ocorrido por volta do século XVII, ocasião em que ocorre a transição do hedonismo tradicional para o moderno, em que permite com que as pessoas invoquem motivações através da sua imaginação, inclusive, na ausência de qualquer sentimento gerado pelo mundo externo. (BARBOSA, 2004).

No que tange ao hedonismo moderno, o sujeito tem controle absoluto do seu imaginário, é o artista da sua imaginação, retira imagens ou situações existentes da sua memória tornando-as melhores, diferentes e distintamente agradáveis para si. O indivíduo é ator, diretor e plateia dos "filmes" que cria na mente, com o objetivo de

tornar este momento auto ilusivo mais intenso, prazeroso e sem limites. (BARBOSA, 2004).

Faz-se relevante apresentar a relação entre o *daydream,* que é um mecanismo de controle da imaginação, a vida cotidiana e o consumo, visto que do ponto de vista do hedonismo moderno, os bens e produtos são responsáveis por detonar os *daydreams,* pois os indivíduos não buscam nos produtos e serviços a satisfação das necessidades, mas almejam o prazer na vivência auto ilusiva. Desta forma, o ato fundamental de consumir não está ligado à seleção, compra ou uso do produto adquirido, mas alcançar prazer imaginativo através da imagem que o produto trás, considerando que consumir de verdade seria resultado de um hedonismo mentalístico. (BARBOSA, 2004).

A autora observa que, de acordo com Campbell, diferente de outros pensamentos acerca da sociedade de consumo moderna, consumir não está relacionado ao materialismo, tendo em vista que se a satisfação estivesse em adquirir bens e acumulá-los não haveria o descarte dos mesmos, mas o que os indivíduos buscam alcançar na vida real é o prazer vivenciado no imaginário. Além disso, cada mercadoria nova, que é adquirida, leva o sujeito a viver os prazeres na imaginação. Entretanto, ocorre que ao adquirir novo bem logo passará pela desilusão e terá que investir em outras novas mercadorias para satisfação. (BARBOSA, 2004).

De acordo com Fátima Portilho, a sociedade de consumo não tem proporcionado aos consumidores uma vida digna e boa, na medida em que relaciona e reduz a satisfação com o consumo elevado, fazendo com que as pessoas trabalhem em excesso para viver de forma ostentatória e deixem de aproveitar momentos de lazer em família (PORTILHO, 2005).

Sucede-se um ciclo em que os momentos de lazer, tempo livre e felicidade se tornam obrigatórios e sofrem intervenção através da troca monetária, ou seja, é possível calcular o quanto se está satisfeito, por meio da comodidade, das mercadorias e dos signos alcançados. (PORTILHO, 2005).

Há mais de dois mil anos o consumismo vem sofrendo críticas e sendo alvo de debate acerca da vida de luxo ao invés da vida modesta, bem como contra ostentação, desperdício e hedonismo. (PORTILHO, 2005).

Fátima Portilho cita o entendimento dos autores Heller e Fehér, mencionando que antigamente os burgueses e proletários buscavam desempenho no trabalho e na sociedade pós industrial, mas que agora têm como atividades fundamentais o lazer e o consumo, que se tornaram a fonte principal de identidade cultural e participação na vida coletiva. (PORTILHO, 2005).

Frisa-se, por oportuno, que consumir não se trata apenas de escolher, comprar, usar e, por fim, descartar. (PORTILHO, 2005).

Fátima Portilho também se manifesta no mesmo sentido de Lívia Barbosa, fazendo menção acerca da visão de Campbell, no sentido de que muitos autores não tratavam as questões do consumo como um problema e baseavam seus estudos apenas na esfera da produção (PORTILHO, 2005).

Segundo a autora, Campbell considera que a Revolução do Consumo complementa a Revolução Industrial, visto que esta não enfatizava a necessidade de mudanças nas relações envolvendo a compra de produtos, mas na produção dos mesmos. (PORTILHO, 2005).

Em continuidade às palavras de Lívia, a autora aborda que a Revolução consumista teve início justamente entre as classes média ou comercial, artesãos e pequenos proprietários rurais, os quais buscavam adquirir objetos que eram considerados de luxo na época, gerando surpresa para os pesquisadores, haja vista que tais setores viviam debaixo de tradições rígidas. (PORTILHO, 2005).

No entanto, entende-se que somente foi possível a concretização do consumo moderno, em virtude das inovações tecnológicas, econômicas e sociais. (PORTILHO, 2005).

Existem entendimentos de que a crescente procura se deve ao aumento do padrão de vida, isto é, decorre de mudanças econômicas na sociedade. Porém, Campbell afirma que foi o próprio interesse do consumidor que gerou o crescimento econômico. Afirma, ainda, que a tradição econômica é que foi a responsável pela disfunção comportamental do consumidor. Campbell não acredita na teoria político-econômica, mas nas transformações culturais que nortearam a ampliação da aquisição, ou seja, em virtude das circunstâncias sociais (PORTILHO, 2005).

Do ponto de vista cultural, tem-se o “Efeito Veblen de Emulação Social” relacionado ao consumo visível nas classes inoperantes. As classes ricas tiveram

considerável importância na constituição do caos aquisitivo, já que eram imitados pelos níveis hierárquicos inferiores, dando início às tendências ao consumo (PORTILHO, 2005).

Também houverem interpretações voltadas para o desenvolvimento, isto é, devido a inovações na capacidade comercial, técnicas de mercado, distribuição e propaganda. O controle da moda, nesta época, juntamente com o sentimento que as pessoas tinham em se igualar às outras, teriam papel importante para ilustrar a emulação dos consumidores e manipulação dos produtores. (PORTILHO, 2005).

O hedonismo e o Romantismo também foram citados como uma possibilidade de inclinação ao consumo, reduzindo as visões puritanas da época e trazendo a ideia de lazer, recreação, incentivo à leitura de romance, amor romântico e moda europeia ocidental. Indica-se o desenvolvimento cultural como responsável pela origem do hedonismo. A partir deste momento, passa-se a ver o consumo e o luxo como algo saudável e virtuoso. (PORTILHO, 2005).

O final do século XX e início do XXI estão sendo sinalizados por grandes transformações, como a globalização, desenvolvimento de novas tecnologias de informação, transição de mercados para a rede, novos papéis de gêneros, biotecnologia e debate acerca do meio ambiente, que influenciam nas experiências do consumo. Foram feitas análises acerca do passado e presente de luxo e acúmulo de riquezas, as quais demonstram que não haverá mais escassez de objetos desejáveis, caros e, até mesmo, escassos como carros, jóias e perfumes, mas de elementos necessários para a vida humana como o sossego, silêncio, espaço, ar puro, água potável, etc, ou seja, ocorrerá uma inversão de valores e desejos.

> O luxo do futuro despede-se do supérfluo e aspira o necessário, do qual se deve termer que fique à disposição tão somente das minorias. Desta forma, o luxo continuará sendo, como no passado, um adversário da igualdade. (PORTILHO, 2005, p. 89).

Os objetos de consumo possuem capacidade significante, isto é, um valor-signo, em razão disso, as propagandas, pesquisas motivacionais e promoções desempenham papel relevante durante o século XX. Chamamos as instituições responsáveis por dar valor a um bem de intermediários culturais. Os consumidores

adquirem o produto de acordo com o significado/valor que lhes é atribuído por meio do marketing (PORTILHO, 2005).

ZygmuntBauman descreve em sua obra *Vida para o consumo* que o "consumismo" é uma adaptação social decorrente do reaproveitamento de vontades, desejos e anseios humanos corriqueiros e permanentes, bem como neutros, que se tornam a mais importante força de impulsionar e operar da sociedade. (BAUMAN, 2008).

Em contrapartida às formas de vida precedentes, o consumismo relaciona a felicidade com a quantidade e intensidade de desejos sempre crescentes e não tanto à satisfação das necessidades, na medida em que, leva o consumidor ao uso imediato dos produtos e, consequentemente, a troca dos objetos que eram destinados a satisfazê-lo. (BAUMAN, 2008).

Segundo Bauman, Don Slater afirmou com exatidão que o consumismo associa a insaciabilidade dos desejos com a urgência, bem como o dever de "sempre procurar mercadorias para se satisfazer". (BAUMAN, 2008).

Na medida em que surgem necessidades novas, exigem-se mercadorias novas, que exigem outras necessidades e desejos. Assim, o surgimento do consumismo prevê uma era de "obsolecência embutida" dos objetos ofertados no mercado de consumo e marca um crescimento na indústria da remoção do lixo. (BAUMAN, 2008).

Os desejos inconstantes, as necessidades insaciáveis e a inclinação ao consumo e remoção instantâneos dos objetos, combinam com a nova liquidez do ambiente em que estão inscritas e o futuro previsível. (BAUMAN, 2008).

Em decorrência disso, Bauman menciona que o ambiente acima citado trás dificuldades de planejar, investir e armazenar para longo prazo, visto que impede o adiamento da satisfação, bem como a cautela, sensatez e razoabilidade. (BAUMAN, 2008).

Ademais, os objetos, mesmo que valiosos, perdem seu valor e atratividade rapidamente.A sociedade consumista, nos dias atuais, busca apressadamente e de forma impulsiva adquirir e juntar, mas também, age de maneira muito mais acentuada e instantânea descartando e substituindo objetos. A cada propaganda comercial é possível perceber, de forma sutil, a ideia de que "não se deve chorar

sobre o leite derramado", bem como o surgimento de novas promessas de felicidade. No momento em que a mercadoria tão desejada de ontem e os investimentos que geravam expectativas descumprem com a promessa de felicidade e satisfação, eles são abandonados. (BAUMAN, 2008).

Por outro lado, os mestres da arte de consumo entendem que a valoração de cada objeto está nas suas virtudes e limitações, isto é, por meio das falhas conhecidas ou que, no decorrer no tempo irão se revelar, é que surgirão renovação e rejuvenescimento imediatos, assim como novas sensações e sentimentos. Enfim, a sociedade de consumidores preza que, para se tornar perfeito é preciso que haja multiplicidade de objetos, ao invés de aperfeiçoá-los. (BAUMAN, 2008).

Nas palavras do autor, a sociedade de consumidores é: "E assim, permitam-me repetir, uma sociedade de consumo só pode ser uma sociedade do excesso e da extravagância – e, portanto, da redundância e do desperdício pródigo". (BAUMAN, 2008, p.112).

Pode-se dizer que, nos dias atuais as condutas gerenciais no meio executivo promovem um ambiente de urgência, ou até mesmo, transformam o estado de coisas comuns para emergência, instigando muitos gerenciados a tomarem decisões extremas, por atingirem o íntimo de suas ambições e expectativas. (BAUMAN, 2008).

Não há como escapar da chamada "tirania do momento", auxiliado e induzido pelo constante estado de emergência, assim como pelo tempo exaurido em virtude dos "novos começos" variados e desconectados. Desta forma, no que tange a vida de consumo, é preciso conhecer de forma rápida e esquecer, de maneira muito mais acelerada. Na verdade, acredita-se que a tarefa de esquecer é tão relevante quanto o aprendizado, se não for maior do que este. (BAUMAN, 2008).

3 O CONSUMO E O MEIO AMBIENTE

Acerca da sociedade ocidental moderna, a contar do Novo Ambientalismo, surgiram questões em oposição aos seus costumes ostensivos, perdulários, hedonistas e consumistas, os quais demonstram que têm um padrão de consumo ambientalmente insustentável (PORTILHO, 2005).

Diante da crise ambiental, ficou evidente que não é possível inserir a todos no universo do consumo, tendo em vista que os recursos naturais são finitos. Além disso, a natureza vem sofrendo exploração demasiada, fazendo com que o seu sistema de sustentação fique ameaçado, são exemplos, o esgotamento de recursos naturais renováveis e não renováveis, a desfiguração do solo, perda de florestas, poluição da água e do ar, perda da biodiversidade e mudanças climáticas. (PORTILHO, 2005).

É importante destacar que o consumo total da população excede ao da reprodução da natureza e da absorção de resíduos da ecosfera. (PORTILHO, 2005).

Em meados dos anos 60 e, até mesmo anteriormente, ocorreram debates acerca do consumismo na sociedade moderna, especialmente o *American wayoflife*, como responsável por danificar o ambiente, mas não foram priorizados. (PORTILHO, 2005).

Até a década de 70, as nações industrializadas e grupos científicos entendiam que o problema ambiental era devido ao crescimento demográfico. Em 1972, foi publicado o Relatório Limites do Crescimento, o qual defendia a ideia de que o meio ambiente não podia arcar com os custos do desenvolvimento tecnológico e industrial. (PORTILHO, 2005).

No entanto, após a Conferência de Estocolmo, os países em desenvolvimento se manifestaram no sentido de que a causa da crise era em função do modo de produção socialista ou capitalista dos países industrializados, visto que se utilizavam de muitos recursos naturais e energia do planeta, gerando poluição e impacto ambiental. (PORTILHO, 2005).

Em função disso, novas legislações, agências e instituições ambientais foram criadas, assim como foi investido em políticas voltadas para novas tecnologias, técnicas de produção limpa, ecoeficiência e produtos verdes, a fim de diminuir os resultados do ambiente decorrentes da produção capitalista. (PORTILHO, 2005).

Em 1987, foi publicado o Relatório da Comissão Mundial de Meio ambiente e Desenvolvimento (CMMAD) da ONU, ocasião em que propuseram o termo “desenvolvimento sustentável” na agenda política internacional. (PORTILHO, 2005).

Ocorre que, a contar da década de 90, foi possível observar melhor o impacto ambiental devido ao alto padrão de consumo das sociedades e classes

concorrentes, sendo necessárias novas discussões acerca do pensamento ambiental internacional. De agora em diante, o problema referente ao meio ambiente é redefinido, passando a ser relacionado aos altos padrões de consumo e estilo de vida, em vez de se preocupar com a produção.(PORTILHO, 2005).

Em 1992, a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), mais conhecida como a Rio 92, oportunidade em que foi assinada a Agenda 21 Global, a qual indicou o estilo de vida e consumo, em especial, dos países do Norte, como causadores da crise ambiental. (PORTILHO, 2005).

Segue abaixo a transcrição de parte dos textos da Agenda 21, Princípio 8º, da Declaração do Rio e Tratado sobre Consumo e Estilo de vida, os quais foram documentos que deram início a uma nova era no pensamento político ambiental internacional, demonstrando a necessária mudança nos padrões de produção e consumo:

> Enquanto a pobreza tem como resultado determinados tipos de pressão ambiental, as principais causas da deterioração ininterrupta do meio ambiente mundial são os padrões insustentáveis de consumo e produção, especialmente nos países industrializados. Motivo de séria preocupação, tais padrões de consumo e produção provocam o agravamento da pobreza e dos desequilíbrios. (http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global).
> Para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma qualidade de vida mais elevada para todos, os Estados devem reduzir e eliminar os padrões insustentáveis de produção e consumo, e promover políticas demográficas adequadas. (http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf).
> Os mais sérios problemas globais de desenvolvimento e meio ambiente que o mundo enfrenta decorrem de uma ordem econômica mundial caracterizada pela produção e consumo sempre crescentes, o que esgota e contamina nossos recursos naturais, além de criar e perpetuar desigualdades gritantes entre as nações, bem como dentro delas. Não mais podemos tolerar tal situação, que nos levou além dos limites da capacidade de sustento da Terra, e na qual vinte por cento das pessoas consomem oitenta por cento dos recursos mundiais. Devemos atuar para equilibrar a sustentabilidade ecológica eqüitativamente, entre os países e dentro dos mesmos. Será necessário desenvolver novos valores culturais e éticos, transformar estruturas econômicas e reorientar nossos estilos de vida. (http://www.aspan.org.br/tratado_ongs/7-consumo_estilo_vida.pdf).

De agora em diante, empresas políticas com influência passam a perceber que a atividade dos consumidores afluentes deve ser responsabilizada pelos transtornos ao meio ambiente universal. (PORTILHO, 2005).

Em 1994, a *Environmental ProtectionAgency*dos EUA, identificou o quanto é importante os padrões de consumo, com relação ao meio ambiente, bem como percebeu a necessidade de pesquisar acerca do tema.

Também demonstrou preocupação em proteger o meio ambiente, a Organização de Defesa dos Consumidores (ODC), que antes tinha como principal objetivo defender o poder de liberdade e escolha dos consumidores, que, no entanto, passou a incentivar o consumo menos predatório (PORTILHO, 2005).

Por sua vez, no final do século XX reaparecem discussões acerca da escassez e limites ecológicos, considerados o lado perverso do consumismo ocidental moderno. Até mesmo as atividades simples do cotidiano do ser humano como “ir às compras”, passam ser motivo de preocupação em virtude do meio ambiente. (PORTILHO, 2005).

Acrescenta-se, ainda, o surgimento das políticas de consumo, fruto da mudança de foco das políticas ambientais, que antes se dedicaram ao controle da poluição, à produção limpa e ao gerenciamento de recursos naturais.(PORTILHO, 2005).

Frisa-se, por oportuno, que após a Rio 92 não foram estabelecidas políticas de sustentabilidade, mas políticas ambientais. A agenda 21 tratou sobre assuntos gerais como melhorar a qualidade dos produtos, a propagação de informações ao consumidor e como aprimorar os meios econômicos que servem para incluir os custos referentes ao meio ambiente nos preços finais das mercadorias, distante de aconselhar de maneira a atingir o consumo sustentável.(PORTILHO, 2005).

Conforme Fátima Portilho, os problemas referentes ao consumo parecem ser apenas de países ricos, em vista da dificuldade em diminuir o consumo por pessoa *(per capita)* e, o uso indiscriminado dos recursos naturais nestes locais, no entanto, também estão presentes nas elites de países mais pobres.(PORTILHO, 2005).

Pode-se dizer que o deslocamento da produção para o consumo se deu em virtude dos seguintes motivos: as esferas da produção e consumo são separadas; regular a produção não é suficiente e já foi implementada com êxito; e o problema não está na produção. (PORTILHO, 2005).

A título de maiores esclarecimentos, são um dos transtornos ambientais decorrentes do consumo, os resíduos sólidos resultantes da disposição final das mercadorias.(PORTILHO, 2005).

Fátima Portilho descreve que o consumidor procura pela mercadoria e polui o ambiente, devendo ser responsabilizado por isso, conforme o entendimento de Ribemboim. Na medida em que o consumidor que causou o dano for responsabilizado, se estará defendendo os direitos daqueles que agem de forma correta (PORTILHO, 2005).

Ainda acerca do enfoque dado ao consumo, em concordância com a economia neoclássica, percebe-se a existência de exposições opostas, eis que de um lado diz-se que o consumidor é soberano, tem poder de escolha e confia nas escolhas individuais de consumo com fins de sustentabilidade. Por outro lado, diz-se que o consumidor é ator racional e que busca apenas satisfazer e aumentar o seu conforto. (PORTILHO, 2005).

Há que se atentar para o fato de que consumidor não é somente aquele individual, mas também pode ser o organizacional. Assim, casos referentes ao esgotamento dos recursos naturais podem ser empregados mais ao consumidor organizacional do que o individual, eis que suas aquisições podem gerar significante impacto ambiental.(PORTILHO, 2005).

Um dos fatores que ensejou o advento do consumo verde foi à emergência, a partir da década de 90, da preocupação com o impacto ambiental de estilos de vida e consumo das sociedades afluentes. Consumidor verde é aquele que opta em adquirir produtos com qualidade e preços bons, mas que principalmente não agridam a natureza. A atitude individual de cada um, em benefício ao meio ambiente, serve como estratégia e incentivo a mudança rumo à sustentabilidade. (PORTILHO, 2005).

Fátima Portilho descreve acerca de entendimento da *Consumers International,* no sentido de que muitos consumidores verdes auxiliam o meio ambiente através de simples atitudes, mas que não se sabe até que ponto seriamcapazes de abdicar de costumes de aquisição, custos altos e mudanças no estilo de vida para tanto (PORTILHO, 2005).

Sendo assim, a *Consumers International* faz críticas ao consumo verde, alegando que não bastariam apenas colocar no mercado produtos “mais verdes”, mas principalmente incentivar a redução do consumo e, até mesmo, se adaptar a não ter determinados bens (PORTILHO, 2005).

O consumo verde acredita que é possível enfrentar problemas decorrentes da sociedade e o meio ambiente apenas na via individual, mas a autora descreve que haveria esta possibilidade se o ser humano não se utilizasse da natureza.(PORTILHO, 2005).

Diante disso, o consumo verde perde espaço para o consumo sustentável, que visa desvincular o consumo social e o uso de recursos naturais. Além disso, passam a analisar os desiguais níveis de consumo.(PORTILHO, 2005).

A *Consumers International* definiu como sustentável: “satisfazer as necessidades e aspirações da geração atual sem comprometer a capacidade das gerações futuras satisfazerem as suas.” (PORTILHO, 2005, p.137).

A comissão responsável pelo relatório da OCSC em 2001 identificou elementos que devem estar presentes em debates sobre o consumo sustentável, quais sejam:

> 1) Deve ser parte de um estilo de vida sustentável em uma sociedade sustentável;
> 2) Deve contribuir para nossa capacidade de aprimoramento, em quanto indivíduo e sociedade;
> 3) Requer justiça no acesso ao capital natural, econômico e social para as presentes e futuras gerações;
> 4) Não significa necessariamente consumir menos, mas deve-se ressaltar que o consumo material deve se tornar cada vez menos importante em relação a outros componentes da qualidade de vida;
> 5) Deve ser consistente com a conservação e melhoria do ambiente natural;
> 6) Deve acarretar um processo de aprendizagem, criatividade e adaptação. (PORTILHO, 2005, p. 137).

São realizadas abordagens no âmbito político, na relação consumo-meio ambiente, que compreendem a formulação e implemento de políticas públicas, a criação de novos atores sociais e reconstrução da esfera pública. (PORTILHO, 2005).

O consumo sustentável e suas técnicas políticas tem se subordinado a visões do ponto de vista econômico e tecnológico. Sob o enfoque da economia neoclássica, trazem políticas de internalização de custos ambientais, remoção de subsídios

perversos e melhor informação dos consumidores, por meio das eco-taxas e eco-rotulagens. Quanto ao aspecto tecnológico, diz-se que os transtornos ambientais em virtude do consumo podem ser solucionados por meio de técnicas, na medida em que a causa dos problemas podem estar no design das mercadorias. (PORTILHO, 2005).

Muitas ideias acerca da política ambiental se deram em função da necessidade de gerir o consumo, mas não havia a preocupação com o nível de consumo desigual, do acesso aos recursos da natureza, dentre outros. (PORTILHO, 2005).

Ocorre que o consumo sustentável do mesmo modo que o consumo verde passou a mencionar sobre a necessidade de substituir bens e serviços por outros menos poluentes, em vez de discutir sobre a redução no volume de mercadorias e distribuição destes. (PORTILHO, 2005).

Faz-se necessária a fixação de metas para redução do uso dos recursos da natureza, por meio de uma política de consumo sustentável, levando em consideração a limitação natural da Terra e os anseios humanos e buscando equilibrar o que é ecologicamente necessário, socialmente desejável e, politicamente, atingível (PORTILHO, 2005, p.150).

No tocante à educação ambiental, estão em destaque as relacionadas à reciclagem de lixo e redução de desperdício. (PORTILHO, 2005).

Discute-se, ainda, sobre o papel que o consumidor deve desempenhar, havendo entendimentos de que fará pressão nas empresas para adotarem medidas de gestão ambiental, bem como o mesmo como o ator social (PORTILHO, 2005).

Conforme Lineu Belico dos Reis, Eliane A. Amaral Fadigas e Cláudio Elias Carvalho, o modelo de desenvolvimento econômico atual tem causado a exploração demasiada dos recursos naturais no uso de tecnologia de larga escala, produção de energia e, principalmente, no consumo exagerado e sem limites.

Os autores citam o Brasil e outros países em desenvolvimento como vivendo a cultura do desperdício. É extremamente importante a mudança de hábitos de consumo e participação da sociedade na busca pela sustentabilidade. (CARVALHO, 2005; FADIGAS, 2005; REIS, 2005).

Os autores afirmam que implementar padrões de consumo sustentável, a fim de reduzir o impacto causado ao meio ambiente, bem como atender as necessidades da população, não serão uma tarefa fácil. (CARVALHO, 2005; FADIGAS, 2005; REIS, 2005).

É recomendável a utilização de rotulagem com instruções ecológicas para auxiliar a população no momento das compras, assim como informar consumidores dos produtos sustentáveis existentes e, inclusive, sobre as consequências das suas opções e modo de consumo, com o objetivo de incentivar a aquisição de produtos saudáveis para o meio ambiente e criação de programas dirigidos ao consumidor, demonstrando os impactos já causados a natureza. (CARVALHO, 2005; FADIGAS, 2005; REIS, 2005).

Para finalizar, pode-se dizer que empresas internacionais tem entendido que os padrões de consumo da sociedade passarão por mudanças significativas à medida que os padrões de sustentabilidade forem sendo aplicados. (CARVALHO, 2005; FADIGAS, 2005; REIS, 2005).

4 CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, fica evidenciado que a Revolução do Consumo teve início antes mesmo da Revolução Industrial, demonstrando que as pessoas tem tendência a consumir, pois quanto mais trabalham e recebem seu salário buscam adquirir bens. A partir do século XVI surgiram novos tipos de mercadorias e modos de vendas, gerando interesse na sociedade acerca das novidades.

Pode-se afirmar como um marco e início da sociedade contemporânea à mudança para o consumo individual e da moda, na medida em que as pessoas puderam tomar suas próprias decisões acerca daquilo que lhes agradava, bem como tiveram a oportunidade de adquirir o que desejam, desde que pudessem arcar com os valores dos produtos e serviços. Quanto à moda, tornou-se algo instantâneo, de curto tempo de duração e feito para diversos estilos, a fim de agradar a todos os gostos. O marketing e a propaganda exercem o papel de instigar o desejo de compra nas pessoas.

Percebe-se que as pessoas são movidas, inúmeras vezes, por suas emoções e sonhos, fazendo do consumo a busca pela satisfação e felicidade. Além disso, tendem a se igualar às outras, a fim de fazer parte de um determinado grupo caracterizado por um estilo específico.

No tocante ao consumo e o meio ambiente, é notório que os recursos naturais são finitos e, estão sendo explorados demasiadamente, haja vista que o consumo da população é maior, se comparado à reprodução da natureza, bem como da absorção dos resíduos da ecosfera.

Havia entendimentos de que os problemas ambientais eram decorrentes do crescimento demográfico ou em função do modo de produção humano, mas a partir da década de 90 ficou comprovado que são em virtude do alto padrão de consumo e estilo de vida social.

Faz-se necessário, portanto, reduzir o consumo da coletividade e educar, a fim de que adquiram produtos mais sustentáveis, bem como implementar políticas de consumo sustentável. É importante, também, criar novos atores sociais, reconstruir a esfera pública e fixar metas para a redução do uso dos recursos naturais.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Lívia. **Sociedade de Consumo.**Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo**: A transformação das pessoas em mercadoria. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CONFERÊNCIA das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.**Agenda 21 Global, capítulo 04.**Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global>. Acesso em 11 mai. 2018.

CONFERÊNCIA das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2018.

PORTILHO, Fátima. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. Ed. São Paulo: Cortez, 2005.

REIS, Lineu Belico dos; FADIGAS, Eliane A. Amaral; CARVALHO, Cláudio Elias. **Energia, Recursos Naturais e a Prática do Desenvolvimento Sustentável.** 1. ed. São Paulo: Manole, 2005.

TRATADO sobre consumo e estilo de vida. Disponível em: <http://www.aspan.org.br/tratado_ongs/7-consumo_estilo_vida.pdf>. Acesso em: 11 mai. 2018.



POLIAMOR: A INFLUÊNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA BUSCA DA LIBERDADE DE AMAR

Denise Lacortte[57]

RESUMO: Diante das mudanças antropológicas, entre outras, lentamente, está sendo abandonada a visão estagnada do que vem a ser família e como a mesma deve ser composta. Novas estruturas e formas de famílias surgiram, dentre elas, as poliafetivas. Diante disso, o presente trabalho busca examinar a influência dos movimentos sociais na inserção do amor na instituição familiar. Ainda, tem como objetivo, elucidar o conceito de poliamor. Nessa linha, a problemática do artigo gira em torno da demonstração da importância dos movimentos sociais, em especial, o feminista, para a origem do poliamorismo, como uma nova modalidade de relação familiar. Considerando a academia como um ambiente de construção de pensamento crítico acerca da realidade, é interessante o debate visando a busca de mecanismos que vão de encontro à satisfação das demandas sociais. Para tanto, inicia-se com a análise do conceito de família, a variação que vem sofrendo sob a atuação dos movimentos sociais. Em seguida, parte-se em busca da elucidação do tema apresentado, o poliamor e suas espécies. Tudo isso devidamente embasado livros, revistas jurídicas, artigos científicos, teses, dissertações pertinentes ao assunto.

Palavras-Chave: Família; Poliamor; Movimentos Sociais.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A origem da família antiga não se encontra no afeto natural, o amor não era valorizado. Todavia, o amor passou a influenciar na escolha do parceiro com a finalidade de formar família. A união por conveniência passou a ser repudiada e o amor, essencial nas relações. A família contemporânea é menos conservadora, mais democrática e humanizada. Assim, o homem se permite viver relações amorosas seguindo seu sentimento.

A evolução social é evidente e tem possibilitado a desconstrução de algo que seria indicado como “normal” como, por exemplo, a monogamia, a qual, até então, era considerada dentro da normalidade, do habitual. Têm surgido indivíduos dispostos a viver relacionamentos amorosos nada triviais, como o poliamor. Importante ressaltar que os movimentos sociais tiveram grande influência na transformação familiar e no surgimento do poliamor. Isso, porque é através desses que ocorre a libertação.

[57] Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Faculdade IDC – Instituto de Desenvolvimento Cultural; Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santiago; Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo; E-mail: adv_deniselacortte@hotmail.com

1 A INFLUÊNCIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA TRANSFORMAÇÃO DA FAMÍLIA

Conforme a Bíblia, livro sagrado dos cristãos, Deus criou o homem e a mulher, à sua imagem e semelhança, e incumbiu-lhes de crescerem e multiplicar. Ordenou, ainda, a união em uma só carne, levando Jesus a pregar o casamento monogâmico e indissolúvel.

A palavra família deriva do latim *familia* que se origina de *famulus,* designando o servidor, o criado. A família era compreendia como o *locus* onde o *pater* reinava, abrigando, além deste, a esposa, os filhos, o patrimônio, os criados e os servos (NADAUD, 2002, p. 22).

Câmara Cascudo (2004, p. 668-673) ensina que família era o conjunto de pessoas que viviam sob o mesmo teto, as quais dependiam e obedeciam à mesma autoridade e proteção. Pode-se dizer que era o primeiro grupo estável formado sob as leis incontestáveis que objetivavam a unidade, reunidos os elementos que se referem à criação, sustento, defesa e educação.

A partir do momento em que o Direito e o Estado se apropriam, sob a autoridade masculina, da ordem das ideias, o parentesco da linhagem feminina acaba por ruir. Houve a substituição pela agrupação em torno da instituição, que tem como chefe, senhor e sacerdote, o pai, o marido, dando origem ao pátrio poder (FACHIN, 2003, p. 57).

Com o desenvolvimento de sociedades mais complexas, através da qual os laços sanguíneos eram cada vez mais soluto entre a população, surge a importância no Direito da Roma Antiga a expressão “família natural”, constituída apenas por um casal e seus filhos. Diferente dos clãs, que se formavam a partir da relação de parentesco com um ancestral comum, a “família natural” romana originava-se através de uma relação jurídica, o casamento.

A partir de então, a instituição família passou a ser normatizada, vedando-se ou criando empecilhos para a dissolução da relação conjugal e para a adoção, ignorando-se a importância do afeto em tais relações. Por longos anos, a família desempenhou, em conjunto, a atividade de trabalho, mas, a partir da década de 60, o feminismo e os movimentos de liberação sexual, ao ganharem feição

revolucionária, atacaram a noção de família até então compreendida como um modelo centrado no matrimônio e na submissão (inclusive jurídica) da mulher e dos filhos ao poder patriarcal (SCHREIBER, 2013, p. 298).

O movimento feminista expôs críticas ao casamento, qualificando-se como mecanismo de institucionalização da mulher como propriedade do homem, dando margem ao surgimento de valores como o carinho, a intimidade, a honestidade, a igualdade, a não exclusividade e a autonomia relacional (HARITAWORN; LIN; KLESSE, 2006, p. 517-518). Importante ressaltar que o pensamento feminista traz conceitos de utopias libertárias tradicionais, como opressão, liberdade, igualdade, justiça, emancipação, solidariedade, poder e dominação (SCHERER-WARREN, 2014, p. 29).

Contudo, as feministas inovaram em virtude de uma visão mais radical, considerando que a transformação social, incluindo a libertação da mulher, consequentemente, virá a mudança, para melhor, de todas as relações humanas, ou seja, o feminismo, ainda que tenha como núcleo central, as mulheres, atinge, positivamente, também, os homens e gera a mudança social. (H. Eisenstein, 1984, p. 14). Nesse sentido, Alain Touraine (1999, p. 139) assevera que o movimento das mulheres penetrou profundamente “nas condutas pessoais, nas relações familiares, nas concepções do direito e da educação”.

Ainda na década de sessenta, a revolução sexual, assim como uma variedade de movimentos sociais baseados na luta por direitos, ampliaram o conhecimento sobre gêneros, sexualidade, raça e habilidade (NOËL, 2006, p. 602). Muitas pesquisas realizadas nessa época examinaram os relacionamentos não monogâmicos como *swing*, troca de companheiros (*mate-swapping*) e casamento aberto, com foco quase que exclusivo em relações heterossexuais entre mais de duas pessoas brancas (SHEFF, 2011, p. 490).

Com o deslocamento das populações para a cidade e, principalmente, o início do trabalho assalariado das mulheres - transformando a autonomia e subjetividade desta população em decorrência de uma maior liberdade individual -, o casamento motivado pelo amor se tornara uma realidade possível (FERRY, 2012).

O capitalismo oportunizou o amor no casamento e, em consequência, o amor pelos filhos, na medida em que, no período medieval, o casamento acontecia por

razões mais pragmáticas, como a necessidade de manutenção da linhagem ou a garantia da própria subsistência. Isso ocorria, principalmente, no meio rural, em que a geração de muitos filhos era necessária como garantia de mão-de-obra, inclusive em decorrência do alto índice de mortalidade infantil (FERRY, 2012).

Os movimentos sociais dos anos setenta e oitenta, também, contribuíram, indubitavelmente, através de ações e pressões organizadas, para a obtenção de vários direitos sociais novos, que foram inscritos em leis na nova Constituição brasileira de 1988 (GOHN, 2010, p. 20). E assim, o conceito de família foi sendo alterado.

No que tange ao assunto, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf explana:

> [...] desde o início dos tempos, a face da família mudou, avançando e retrocedendo, conservando-se e alternando-se, reinventando-se, enfim, para buscar na atualidade, a recepção incondicional do ser humano, tendo em vista suas necessidades, possibilidades e preferências valorativas, contemplando como objetivo maior o pleno desenvolvimento da sua personalidade, potencialidades, em face da sua dignidade intrínseca, visando o alcance da felicidade e do bem-estar social. (MALUF, 2012, p. 246)

Na visão de Teresa Celina de Arruda Alvim Wambier,

> a cara da família moderna mudou. O seu princpipal papel, a que nos parece, é de dar suporte emocional ao indivíduo, foi substituído por um grupo menor,em que há flexibilidade e eventual intercambialidade de papéis e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito a laços afetivos. (WAMBIER, 1993, p. 83)

Portanto, a característica diferenciadora da família pós-moderna é o afeto, de forma que ela pode ser conceituada como uma organização ou grupo social fundado principalmente nos laços de afetividade (DIAS, 2013, p. 42). Luc Ferri (2012) defende o amor como o paradigma fundante do novo humanismo ou da nova espiritualidade laica, que caracteriza a sociedade contemporânea.

A palavra *amor* concentra inúmeros significados, entre eles, se encontram, afeição, compaixão, querer bem, misericórdia, paixão, desejo, libido. Normalmente, amor refere à formação de um vínculo emocional com alguém, é uma postura que se

adota em face da vida, em face do outro, diante da própria existência e sobrevivência humana.

De acordo com Luis Alberto Warat (2004, p. 41), o amor e a afetividade são básicos no ser humano, precisamos todos amar e ser amados. O amor é um modo de vida, dá sentido à vida sem ter em si nenhum propósito e as coisas vivas são transformadas. Para o autor, o amor é uma situação improvável, que permite ao homem o rompimento com a ferida narcísica e abertura para uma condição de vulnerabilidade. Na visão de Luis Alberto Warat (2007), o amor é ativo e construtor de mundo e quando alguém consegue amar, já não é mais a mesma pessoa.

Existem algumas teorias que buscam definir as espécies de amor romântico, das quais cita-se três: a teoria do apego, a teoria dos estilos de amor e a teoria triangular (MALUF, 2012, p. 107). Destaca-se que a *teoria triangular* caracteriza o amor dentro do contexto de relações interpessoais por três componentes distintos, quais sejam, intimidade, paixão e compromisso.

A intimidade pode ser definida como o sentimento de ligação estreita, proximidade e conexão existente em uma relação. A paixão une o romance, a atração física e a consumação sexual e, abrange, ainda, elementos como o desejo, o pensamento obsessivo, a idealização e a adoração. Quanto ao compromisso, pode ser a curto prazo e a longo prazo. No primeiro caso, este ocorre quando decidimos que gostamos da outra pessoa, no segundo, este ocorre pela manutenção do relacionamento (AMADO, 2010, p. 113-117).

Consoante a teoria triangular do amor os três componentes (intimidade, paixão e compromisso), comunicam-se e formam sete diferentes tipos de experiências amorosas: amor à primeira vista, amor companheiro, amor de fato, amor verdadeiro, amor platônico, amor não correspondido, amor impossível e poliamor.

Quanto ao poliamor, pode-se afirmar que, nessa modalidade de amor, temos a presença de uma relação que comporta vários parceiros, e que pode ser estável, responsável, consensual, enriquecedora e duradoura, não sendo sinônimo de promiscuidade (MALUF, 2012, p. 122). E, como bem assevera o Luis Alberto Warat (2004, p. 43), o amor é a melhor forma de administração de um conflito e é por esse

motivo que não há conflito no poliamor, pois todos se amam e compreendem o sentimento de seu(s) companheiro(s).

Matheus Gonçalves França informa que a partir da década de 90, o termo “poliamor” passou a se popularizar:

> O termo “poliamor”, segundo pesquisadoras/es que se debruçaram anteriormente sobre o tema (CARDOSO, 2010; HARITAWORN et al, 2006; PILÃO, 2012; RUST, 1996; SHEFF, 2005), teria surgido na década de 1990, em dois momentos distintos – um ligado a vertentes ditas mais esotéricas, com um fundo espiritualista e pagão, e outro ligado a uma perspectiva considerada mais cosmopolita. [...] Ainda em termos históricos, o primeiro momento aconteceu em um evento na cidade de Berkeley, no estado da Califórnia (Estados Unidos), que objetivava criar um glossário transcendentalista, reunindo neopagãos que pertenciam à então chamada Igreja de Todos os Mundos. Ainda segundo os/as autores/as citados/as, o momento posterior se deu no âmbito da internet, quando foi criado, em 1992, um grupo de discussões online que utilizou o termo polyamory (poliamor, em inglês) como substitutivo de não-monogamia. (FRANÇA, 2016, p. 52-53)

Nessa época, grupos de mulheres, dentre outros, organizaram-se em razão de sua atuação na política, criando redes de conscientização de seus direitos e frentes de lutas contra as discriminações. Da mesma forma, o movimento dos homossexuais foi às ruas com passeatas e protestos (GOHN, 2010, p. 21).

Jin Haritaworn, Chin-ju Li e Cristian Klesse (2006, p. 518) aduzem que o poliamor, assim como os fenômenos sociais baseados na não monogamia sempre vincularam-se à ideologia de libertação sexual, a qual teve muita influência nas práticas e nos debates políticos em diversos movimentos sociais.

Vale registrar, também, que a cultura homossexual desenvolveu o discurso de relacionamentos sexuais e íntimos fundamentado na não monogamia. Da mesma forma, os bissexuais, pois tiveram experiências com pessoas de diferentes gêneros e orientações sexuais. Ainda, os autores esclarecem:

> “[...] Os movimentos da comunidade das décadas de sessenta e setenta foram atores importantes na experimentação de novas formas de relacionamentos, famílias, sexualidade e politica. [...] Eles baseavam-se, frequentemente, em críticas feministas, gays e socialistas sobre a família, a monogamia e a propriedade privada [...].” (HARITAWORN; LIN; KLESSE, 2006, p. 518).

Portanto, acredita-se que o poliamor emergiu a partir da união de vários discursos baseados na libertação sexual, com o objetivo de promover e espaço e o conjunto de valores éticos favorável a estilos de vida alternativos e a relacionamentos íntimos, sexuais e/ou amorosos que não observavam o senso comum da cultura da "monogamia compulsória" (HARITAWORN; LIN; KLESSE, 2006, p. 518).

Para Melita J. Noël (2006, p. 602-603), o poliamor nasceu, nos anos noventa, do contexto cultural de movimentos sociais, como uma estrutura de relacionamento em que a pessoa poderia optar por amar e manter relações sexuais com mais de uma pessoa ao mesmo tempo, havendo comunicação mútua e aberta acera dessas escolhas. Portanto, acredita-se que o poliamor revelou-se através da união de uma série de movimentos sociais progressistas (HARITAWORN; LIN; KLESSE, 2006, p. 517).

Sem dúvidas, os movimentos sociais exprimem forças sociais organizadas que une as pessoas como campo de atividades e de experimentação social. Tais atividades geram criatividade e inovações socioculturais. Como bem colocado por Maria da Glória Gohn (2010, p. 13-14), "a experiência que são portadores não advém de forças congeladas do passado, mas quando resgatada, dá sentido às lutas do presente. A experiência se recria cotidianamente, na adversidade de situações que enfrentam".

Os movimentos sociais apresentam uma necessidade. Na opinião de Alain Touraine (1999, p. 127), procura demonstrar a existência de um conflito central. E, de fato, as ações sociais coletivas de caráter sócio-político e cultural oportunizam diferentes formas da população se preparar e manifestar seus anseios, suas demandas. As ações podem diversificar da simples denúncia, pressão direta, onde se pode citar, mobilizações, marchas, concentrações, passeatas, etc., até as pressões indiretas (GOHN, 2010. p. 13).

Tilman Evers (1984, p. 14 e 18) é muito esclarecedor ao asseverar que "o potencial transformador dos movimentos sociais não é político, mas sociocultural. [...] Eles buscam construir sua identidade como autopercepção realista de suas próprias características, potencialidades e limitações, superando falsas identidades outorgadas de fora".

Ilse Scherer-Warren (2014, p. 33) aduz que o homem é livre e, dessa forma, deve ser o sujeito de seu destino pessoal e da histórica. E, nesse contexto, entende-se que o momento histórico e cultural no qual a família se encontra introduzida, é extremamente importante para lhe caracterizar, lhe definir.

2 O POLIAMOR

O poliamorismo é a possibilidade de uma pessoa, concomitantemente, possuir dois ou mais relacionamentos sérios e duradouros. Ainda, se faz necessário a existência de um sentimento de família em cada uma das relações, extinguindo a ideia de concubinato e monogamia. Esclarece, ainda, que, na visão dos poliamoristas, o amor é essencial à natureza humana, e como recurso infinito que é, deve ser vivido em toda sua plenitude (MOREIRA, 2014, s.p.).

Para os autores Pilão e Goldenberg (2012, p. 64), o poliamor “nasce da plena consciência de que podemos amar mais de uma pessoa ao mesmo tempo”. Destarte, da mesma forma que é possível amar todos os filhos de forma igualitária, pode-se amar dois ou mais companheiros e conviver harmonicamente com eles em ambiente familiar.

Ainda, Matheus Gonçalves França (2016, p. 54), em pesquisa de campo, concluiu que o poliamor caracteriza-se principalmente pela possibilidade de todas as partes envolvidas no relacionamento estarem abertas para amar mais de uma pessoa simultaneamente, assim como, serem amados reciprocamente. É necessário que haja um sentimento de família em cada uma das relações, excluindo a ideia de concubinato e monogamia. Deve haver boa fé na formação dessas famílias.

Na verdade, os poliamoristas não compactuam com o incentivo à noção de monogamia, porém, julgam a falta total desse sentimento como combustível para relações efêmeras, solúveis e volúveis, como um resultado de certa promiscuidade (FRANÇA, 2016, p. 24).

Matheus Gonçalves França disserta sobre o assunto em pauta:

> Amor romântico, para poliamoristas, é um sentimento que implica em comportamentos sociais visando exclusividade nas relações, isto é, sugere em amar uma pessoa de cada vez, posto que não há desejo sexual e

> sentimento amoroso por mais ninguém, salvo pela pessoa amada. Esta perspectiva alude à noção de fidelidade, entendendo esse conceito como pilar da exclusividade no relacionamento amoroso. Para poliamantes, o amor romântico é instrumento de violência e opressão nas relações afetivas; é a idealização de um sentimento que implica necessariamente na monogamia e que reitera afetos por eles/as considerados nocivos, tais como o ciúme, a possessividade, a angústia pela iminência da infidelidade, entre outros. (FRANÇA, 2016, p. 24)

Os poliamoristas criticam ao que Zygmunt Bauman denomina “amor líquido”, em seu livro que traz o mesmo título, uma vez que esse autor assegura que a modernidade e a pós-modernidade são causadoras de afetos individualistas e efêmeros. Para o autor (BAUMAN, 2004, p. 19), “em vez de haver mais pessoas atingindo mais vezes os elevados padrões de amor, esses padrões foram baixados”.

Diante disso, Matheus Gonçalvez França (2016, p. 24) questiona: O que seria elevado padrão de amor, o amor monogâmico? O que seria esse sentimento rebaixado, noites avulsas de sexo? Poliamoristas não permanecem nos extremos, nos polos contrários, porque acreditam que é possível amar, sim, e muito, mais de uma pessoa inclusive. Mas, pensam que esse afeto e esse sentimento não se resumem a uma noite de prazer sexual.

Ainda de acordo com Zygmunt Bauman (2004, p. 25), “o desejo quer consumir, o amor quer possuir”. O que poliamoristas vão contra é à ideia da promiscuidade emergente quando se enxerga o outro apenas pelas vias do desejo sexual, do consumo, da vontade de consumir (FRANÇA, 2016, p. 25).

O discurso poliamorista se qualifica por crer-se mais igualitário, livre, honesto e mais “amoroso”, por se entender como o “único relacionamento que afirma ser possível e preferível que todos amem a mais de uma pessoa ao mesmo tempo” (PILÃO E GOLDENBERG, 2012, p. 108).

Importante distinguir o poliamor da prática de infidelidade, com ou sem adultério, entendido este em seu sentido estrito, de relacionar-se sexualmente com outrem, que não o cônjuge ou companheiro. A infidelidade ocorre quando não subsiste mais o fator vital que sustenta o relacionamento amoroso, “mas subsiste o medo de romper com uma situação conhecida” (MALUF, 2012, p. 428). Romper o dever de fidelidade é romper a confiança, o que não ocorre no poliamor, pois todos os envolvidos nessa relação, consentem.

Rafael da Silva Santiago (2015, p. 153) aduz que qualquer estudo alusivo ao poliamorismo deve ter como premissa inicial a existência de inúmeros tipos de poliamor. Nesse sentido, pelo fato de a quantidade de pessoas que vivem essa relação não possuir um limite teórico, os modelos de relações de poliamor são, da mesma forma, teoricamente ilimitados (EMENS, 2003, p. 23-35).

Destarte, é inviável padronizar todos os comportamentos poliamorosos, todavia, é possível identificar alguns modelos relacionais, quais sejam: a) polifidelidade, b) poliamorismo aberto, c) poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados e d) poliamorismo individual.

A polifidelidade é um dos modelos mais populares e pode ser denominada, também, de casamento entre um grupo fechado, pois se assemelha a um matrimônio com mais de duas pessoas. Nesse caso, existe relações amorosas, íntimas e/ou sexual entre um grupo fechado de pessoas (CARDOSO, 2012).

Normalmente, os membros da relação (homens e mulheres de quaisquer orientações sexuais) residem juntos na mesma casa e convivem uns com os outros, como fazem os cônjuges em um casamento. Ainda, destaca-se que os praticantes costumam não manter relações sexuais com pessoas de fora do grupo (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014b).

Contudo, existem organizações de poliamoristas que consentem o envolvimento de seus componentes com pessoas não inseridas no relacionamento inicial, de modo a possibilitar que os seus parceiros mantenham relações amorosas, íntimas e/ou sexuais com “pessoas de fora” (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014b). Esse é o modelo aberto de poliamor.

Já no poliamorismo com redes de relacionamentos íntimos hierarquizados há a presença de grupos de indivíduos com variados níveis de compromisso e de interligação pessoal, que compartilham a crença no poliamor. Progridem no contexto de relacionamentos abertos (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014b), de modo que, em geral, decorre do aludido modelo aberto de poliamorismo. Aqui, as relações estão hierarquicamente organizadas.

Fala-se em relações primárias, relações secundárias, relações terciárias, etc. (CARDOSO, 2012), com o objetivo de descrever os distintos níveis de envolvimento dos indivíduos nas relações inseridas nessas redes. Segundo (KLESSE, 2006, p.

568), os adeptos do poliamor de redes de relacionamentos íntimos hierarquizados costumam utilizar o termo “parceiro”, para se referir aos integrantes de seus múltiplos relacionamentos, que variam de acordo com o grau de intimidade, proximidade ou compromisso.

As relações primárias configuram o tipo de relacionamento mais próximo, em que seus integrantes disponibilizam boa parte de seu tempo, energia e prioridade ao outro – ou aos outros. Elas abrangem grande intimidade, atração e compromisso, em um nível de interligação semelhante ao dos cônjuges em um casamento. Caracterizam-se, ainda, pelo desejo dos parceiros de manterem um permanente relacionamento no decorrer de suas vidas (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014b).

As relações secundárias, da mesma forma, constituem um tipo de relacionamento próximo, porém, seus componentes dispõem de menos tempo, energia e prioridade ao outro do que nas relações primárias. Contudo, costumam incluir elementos pertinentes a essas relações, como o sexo e o suporte emocional, sem, no entanto, compartilhar a mesma intensidade de compromisso e valores. Vale frisar que há a possibilidade de abarcarem o desejo dos parceiros de manterem um permanente relacionamento no decorrer de suas vidas. Entretanto, essa possibilidade é menor que a das relações primárias.

Quanto às relações terciárias, salienta-se que os relacionamentos podem incluir o sexo e o suporte emocional uma única vez ou de forma marcantemente irregular no tempo, hipóteses em que essas relações não compõem uma parte consistente ou significativa da vida pessoas do poliamorista (THE POLYAMORY SOCIETY, 2014b).

O poliamorismo individual é formado de relações não primárias, em que os seus relacionamentos amorosos, íntimos e/ou sexuais são secundários (CARDOSO, 2012) ou até mesmo terciários. Assemelha-se ao poliamorismo individual, quando um indivíduo vive diversos relacionamentos sem um compromisso principal com qualquer dessas pessoas, de modo a não buscar um parceiro para viver um relacionamento de longo prazo (LOVING MORE, 2014b).

No Brasil, não autoriza-se a multiplicidade de relações entre pessoas já antes comprometidas, vivendo mais de uma relação ao mesmo tempo. Portanto,

casamentos múltiplos são vedados, como proibidos os concubinatos paralelos, pois a cultura brasileira não comporta uniões poligâmicas.

Afetividade, estabilidade, convivência pública e ostensiva são requisitos encontrados nas entidades poliamoristas. O poliamor diferencia-se da infidelidade, do adultério, da poligamia e da relação paralela por basear-se, acima de tudo, na aceitação de desejos afetivos compartilhados, na preocupação com a manutenção dos vínculos e na honestidade entre seus partícipes, cumprindo, assim, com o *telos* último das entidades familiares (RODRIGUES, s.d, p. 13).

A relação poliamorista permite uma melhor conexão com os próprios sentimentos, o que a distingue da relação monogâmica, apontada como uma relação fundada no aprisionamento das vontades individuais. A grande diversidade de sentimentos humanos torna inviável o estabelecimento de uma solução uniforme para o dilema do reconhecimento jurídico da entidade poliafetiva.

Todavia, pode-se adotar como resposta provisória a aceitação desta peculiar entidade afetiva; talvez, em determinadas situações e para determinadas pessoas, a "plena comunhão de vida" possa ser alcançada em relações que abarquem mais de um parceiro concomitantemente (PILÃO; GOLDENBERG, 2012, p. 65).

Como refere Maria Berenice Dias (2011, p. 50-1), condenar relações desse tipo à invisibilidade, não vai fazer com que elas desapareçam. Seria injusto o fato de esta forma de relação afetiva estar privada das garantias e direitos inerentes às entidades familiares.

Para Maria Berenice Dias, já passou-se a reconhecer que o conceito de entidade familiar não pode ser engessado no modelo sacralizado do casamento. Assim, o poliamorismo deveria ser reconhecido como entidade familiar:

> Negar a existência de famílias poliafetivas como entidade familiar é simplesmente impor a exclusão de todos os direitos no âmbito do direito das famílias e sucessório. Pelo jeito, nenhum de seus integrantes poderia receber alimentos, herdar, ter participação sobre os bens adquiridos em comum. Nem sequer seria possível invocar o direito societários com o reconhecimento de uma sociedade de fato, partilhando-se os bens adquiridos na sua constância , mediante a prova da participação efetiva na constituição do acervo patrimonial. (DIAS, 2013, p. 54)

Para a doutrinadora, descabe realizar um juízo prévio e geral de reprovabilidade frente as formações conjugais plurais e muito menos subtrair qualquer sequela à manifestação de vontade firmada livremente pelos seus integrantes. Não havendo prejuízo a ninguém, de todo descabido negar o direito de viver a quem descobriu que em seu coração cabe mais de um amor (DIAS, 2013, p. 54).

Nota-se a necessidade do direito em se adequar a esta nova modalidade de amar. Em breve o legislador terá que enfrentar os novos anseios sociais e criar mecanismos para reconhecimento e tutela jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em um primeiro momento, a afetividade nas relações de família era considerada como inerente ao organismo familiar, ou seja, presumida; posteriormente, a sua presença se tornou essencial para dar visibilidade jurídica ás relações das famílias. É notório que a formação da família na pós-modernidade se estabeleceu no afeto, no amor interpessoal e na valorização da dignidade do ser humano, observadas as particularidades de cada indivíduo.

Ressalta-se que cultura política não pode ser dada pronta ou, simplesmente, se introduzir na realidade de um determinado grupo. Ela passa a existir através de um processo conduzido pelas necessidades e valores de uma comunidade. Existe uma construção e, por fim, uma ação. E, sem dúvidas, os movimentos sociais foram de suma importância para que o homem pudesse assumir seus anseios, desejos e aspirações e, dessa forma, o amor foi inserido nos núcleos familiares.

Vale frisar que tal sentimento é decorrente da aceitação e da tolerância, do respeito às íntimas manifestações da alma humana, devendo estar em conformidade com o momento histórico atual, com a manifestação dos costumes, mas, acima de tudo, com o direito à liberdade individual.

Muitas formas de relacionamentos amorosos surgiram, inclusive, o poliamor, o qual tem natureza poligâmica, porém, defende a possibilidade de relações íntimas e duradouras com mais de um parceiro simultaneamente, sem configurar concubinato. Em suma, um sujeito direciona seu afeto para um, dois, ou mais outros

indivíduos, gerando núcleos distintos e concomitantes. Nesses relacionamentos encontra-se fidelidade, continuidade da união, participação de esforços, notoriedade pública e a posse do estado de casado.

Muitas mudanças aconteceram, muito se evoluiu, porém, ainda há intolerâncias com aquilo que foge dos padrões impostos pela sociedade. Ainda que seja perceptível o progresso, assim como os rompimentos de tabus, o preconceito gerado pela cultura e pela religião acaba por afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, ao deixar em desamparo aqueles que se dedicaram, conviveram e amaram seus companheiros por anos ou, simplesmente, repudiando, discriminando os poliamoristas.

A luta enfrentada pelos movimentos sociais continua, qual seja, transmitir às próximas gerações o direito alicerçado na tolerância e no amor. No caso em tela, deve-se compreender que cada pessoa, em seu espaço familiar, tem a liberdade para realizar sua própria dignidade e personalidade da forma que achar mais adequada, sob pena de frustração indevida de seu projeto íntimo de felicidade.

Caso algumas pessoas entendam que o poliamor satisfaz seus anseios existenciais enquanto membro de uma família, não se pode admitir qualquer ingerência nesse legítimo exercício da liberdade de orientação sexual e de constituição de entidade familiar. Ninguém pode definir o modo mais adequado para se alcançar a felicidade, senão o próprio titular dessa pretensão de felicidade.

REFERÊNCIAS

AMADO, Nuno Manuel da Silva. **Diz-me a verdade sobre o amor: a psicologia da atracção, da paixão e das relações amorosas**. Alfragide: Academia do Livro, 2010.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Estatuto da Família de Fato: antigo casamento de fato, concubinato e união estável.** São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2001.

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

CARDOSO, Daniel dos Santos. **Amando vária@s – individualização, redes, ética e poliamor.** Lisboa. 2010. 92 p. Dissertação (Mestrado em Ciências da

Comunicação). Faculdade de Ciências Sociais e Humanas. Universidade Nova de Lisboa.

_____. **Poliamor e Psicologia.** Palestra proferida no Núcleo de Estudantes de Psicologia da Universidade de Évora (Portugal) – NEPUE. 28.02.2012. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=6UL04xG5gNc. Acesso em: 12 jan. 2018.

CASCUDO, Luís da Câmara.**Civilização e cultura**. São Paulo: Global, 2004.

DIAS, Maria Berenice Dias. **Manual de Direito das Famílias**, 8ª ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

EMENS, Elizabeth F. Monogamy's Law: Compulsory Monogamy and Polyamorous Existence. **The University of Chicago:** public Law and legal theory working paper, n. 58, p. 1-85, fev. 2003.

EVERS, Tilman. **Identidade: a face oculta dos novos movimentos sociais.** Novos Estudos CEBRAP, São Paulo, 1984.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de família**: elementos críticos À luz do novo Código Civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRY, Luc. **A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica.** São Paulo: Objetiva, 2012.

FRANÇA, Matheus Gonçalves. **Além de dois existem mais: estudo antropológico sobre poliamos em Brasília/DF**. Dissertação de Mestrado. UnB, 2016.

GOHN, Maria da Glória (Org.). **Movimentos Sociais no início do Século XXI: antigos e novos atores sociais.** 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2010.

H. Eisenstein. ***Contemporary* Feminist Thought** (George Allen & Unwin, 1984), referido por Coole, op. cit., p. 131.

HARITAWORN, Jin; LIN, Chin-ju; KLESSE, Christian. Poly/logue: A Critical Introduction to Polyamory. **Sexualities**. Londres, v. 9, n. 5, p. 515-529, 2006.

HEGEL, G. W. F. **Grundlinien der Philosophie des Rechts.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

KLESSE, Christian. Polyamory ande its "Others": contesting the terms of non-monogamy. **Sexyalities.** Londres, v. 9, n. 5, p. 565-583, 2006.

_____. **The new debate on minority rigts (and potscript).** In: LADEN, Anthony; OWEN, David. **Multiculturalism and Political Theory.** Cambridge University Press. 2007. New York.

LOVING MORE. **What is polymory?**. Disponível em: <http:www.lovemore.com/faq/>. Acesso em: 03 nov. 2014b
MADALENO, Rolf. **A infidelidade e o mito causal da separação**. Revista Brasileira de Direito de Família, Síntese-IBDFAM: Porto Alegre, out-dez. 2001.

_____. **A União (Ins)Estável: Relações Paralelas**. Disponível em: <www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=323#sthash.Bv1r0kZU.dpuf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MOREIRA, Thácio Fortunato. **Poliamorismo nos tribunais**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 127, ago 2014. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15149>. Acesso em 17 dez. 2016.

NADAUD, Stéphane. **L'homoparentalité – une nouvelle chance pour la famille?** Paris: Fayard, 2002

NOËL, Melita J. Progressive polyamory: considering issues of diversity. **Sexualities**. Londres, v. 9, n. 5, p. 602-620, 2006.

PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias.** Revista Ártemis. vol. 13, jan - jun. 2012. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/viewFile/14231/8159>. Acesso em 03 fev. 2017.

RODRIGUES, Liz Helena Silveira do Amaral. **Amor plural: Características, diferenciações e possibilidade de reconhecimento de relações afetivo-familiares fundadas no poliamor.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f4cd0a689df7a66>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SÁ, Camila Franchi de Souza; VIECILI, Mariza. **As Novas Famílias: Relações Poliafetivas**. Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.1, 1º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc - ISSN 2236-5044.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **Poliamor e direito das famílias: reconhecimento e conseqüências jurídicas.** Curitiba: Juruá, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e Constituição.** São Paulo: Atlas, 2013. Livro Eletrônico.

SCHERER-WARREN, Ilse. Rede de Movimentos Sociais. 6. Ed. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

SHEFF, Elisabeth. Polyamorous, families, same-sex, marriage, and the slippey slope. **Journal of Contemporary Ethnography**. Londres, v. 40, n. 5, p. 495-501.

THE POLYAMORY SOCIETY. **How many styles of polyamory are there?** Disponível em: http://www.polyamorysociety.org/page14.html>.Acesso em: 06 de jan. 2018.

TOURAINE, Alain. **Iguais e Diferentes. Poderemos viver juntos?** Petrópolis: Vozes, 1999.

WAMBIER, Teresa Celina Arruda Alvim. **Um novo conceito de família – reflexos doutrinários e análise de jurisprudência**. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.), Direitos de família e do menor. 3. ed. Belo Horizonte; Del Rey, 1993.

WARAT, Luis Alberto. **A *Rua Grita Dionísio*! Direitos Humanos da Alteridade, Surrealismo e Cartografía**. Lumen Juris Editora, 2010.

_____. **Essa raridade chamada amor.** Disponível em: http://luisalbertowarat.blogspot.com.br/2007/08/essa-raridade-chamada-amor.html. Acesso 06 jan. 2018.

_____. **Surfando na pororoca: ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



A NATUREZA JURÍDICA DO ABORTO EUGÊNICO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Claiton Dalvan Gonçalves Eberhardt[58]
Adriane Damian Pereira[59]

RESUMO:O referido trabalho visa apresentar o aborto eugênico, como e onde foi o seu surgimento, posicionamento jurídico brasileiro. Mostrar que o aborto eugênico remete à seleção humana, discutido e em constante polêmica, e tem como objetivo a formulação de soluções passíveis para a proteção do feto, o qual venha a desenvolver doenças psíquicas ou físicas. Por intermédio de um estudo feito sobre esta polêmica, mostrar a interpretação que melhor atende ao direito, à justiça e ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, tendo em vista o feto e sua concepção, não remetendo à perfeição humana.

Palavras-Chave: Aborto eugênico; Seleção humana: Direito à vida.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No princípio da humanidade, diversos povos eliminavam pessoas quenasciam com deficiência, com má-formação e também pessoas doentes.

Durante a Primeira Guerra Mundial, o nome aborto eugênico foi mencionado em decorrência de mulheres vítimas de estupro e o aborto eugênico seria o modo para defender a raça de não multiplicar as doenças dos indivíduos. Na antiguidade já se discutia tal anomalia que se desenvolvia nos fetos, e nisso havia semelhanças com o aborto eugênico, no entanto segundo dados escritos na doutrina de Anelise Tessaro (Aborto Seletivo)[60], na Grécia antiga, os bebês nascidos com algum tipo de defeito físico eram deixados no alto de uma montanha em decorrência dos problemas que poderiam vir a desenvolver no futuro, eram então abandonados e morriam por não existir um meio de corrigirem. Em Roma, os nascidos sem

[58]Acadêmico do Curso de Direito da URI – Campus Santiago. Integrante da Linha de Pesquisa/Extensão GEDC/GEPCrim. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Justiça e Cidadania da URI – Campus Santiago. Email: claitondge@hotmail.com
[59]Mestre em Direito, Professora titular da disciplina de Biodireito do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI Campus Santiago.
[60]TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008. 128p

aparência humana eram arremessados de penhascos, com a justificativa de não serem pessoas.No Brasil, os índios matavam os bebês com algum defeito físico e também os gêmeos, os ilegítimos e os adultos que portavam moléstias graves, no entanto, com o cristianismo esses hábitos foram diminuídos, com o entendimento que a vida se iniciava no momento da concepção e então esse tipo de tratamento se identificou como homicídio.

Em 1883, Francis Galton, criou a teoria eugenista em seu livro Hereditary Genius, publicado em 1869. Este autor afirmava que, a seleção natural não era mais realizada entre os próprios homens, pois os governos e instituições protegiam os fracos, doentes e incapazes. E devido a essa proteção, a raça humana entrou em decadência e surgiram várias doenças que contaminam toda a sociedade. O estudioso Galton defendia o impedimento da proliferação dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos, enfim, ele propunha a eliminação de todos os seres “indesejáveis” como solução a esse mal que atacava toda a sociedade.

Entretanto, outros estudiosos trazem um conceito sobre o assunto diferente, sobre o aborto eugênico, também chamado de eugenésico, seletivo, profilático, piedoso ou eugenético é o “executado ante a suspeita de que o filho virá ao mundo com anomalias graves, por herança dos pais”. (COSTA, 2005, p. 393.)

Também, Guilherme de Souza Nucci na mesma linha define aborto eugênico como “a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos”.(NUCCI,2005, p. 573)

Então, partindo deste entendimento e pela grande importância do tema exposto, este estudo traz a contribuição no processo de debate e autoconscientização dos valores éticos, morais e jurídicos envolvidos em torno do aborto eugênico, que representa uma forma de eliminação dos seres humanos considerados imperfeitos, trazendo o questionamento da disponibilidade da vida humana.

2 ABORTO

O aborto é um tema muito polêmico, e as controvérsias já aparecem na sua conceituação. São vários os conceitos que se encontra nas doutrinas, mas os que merecem enfoque são o médico-legal e principalmente o jurídico.

O conceito médico-legal, mais especificamente da obstetrícia, é a interrupção da gestação dentro de um lapso de tempo predeterminado. Para conceituar o aborto, a medicina tem como parâmetro o tempo de gestação. Logo, aquela considera o aborto como a interrupção da gravidez feita até 20ª semana, com expulsão parcial ou total dos produtos da concepção.[61]

No âmbito jurídico, é pacífico nas doutrinas a associação entre a interrupção da gravidez com a morte do produto da concepção, em qualquer fase do ciclo da gestação. Damásio E. de Jesus conceitua o aborto como sendo: “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”.(JESUS, 2001, pág. 119).

Na mesma linha conceitua Julio Fabrini Mirabete:

> Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da sua expulsão. (MIRABETE, 2006, pág. 62)

Etimologicamente, a palavra aborto vem do latim e significa “privação do nascimento”. Também, existem divergências quanto ao uso dos termos “abortamento” ou “aborto”, aquele seria o mais correto por designar o ato de abortar e este seria o produto da interrupção da gravidez. No entanto, o termo “aborto” é o mais comum e o que foi adotado pelo Código Penal.

O aborto ocorre quando a gravidez é interrompida com a consequente destruição do produto da concepção, a eliminação da vida intrauterina. Está fora do conceito a posterior expulsão do feto, porque pode ocorrer de o embrião, depois de dissolvido, ser reabsorvido pelo organismo em processo de autólise. O aborto pode ocorrer entre a concepção e o início do parto. No Brasil, o aborto é punível

[61]ZAMAI Emerson. **Legalização do Aborto Eugênico**. Disponível em: <http://www.meuartigo.brasilescola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm> acesso em 01 de mai. de 2018.

tanto para o terceiro que realize o ato, quanto para gestante. É o que dispõe o Código Penal Brasileiro, nos seus artigos 124 a 128.

No artigo 124, denominado auto aborto, temos o caso em que a gestante age provocando o aborto ou aceita a ajuda de outrem para que o faça. A capitulação legal deste crime é o “aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento”, e, segundo a explicação de Rogério Sanches Cunha:

> As duas condutas trazidas pelo tipo só podem ser praticadas diretamente pela mulher grávida. Admite-se a participação de terceiro, porém não a coautoria (crime de mão própria), respondendo o terceiro provocador nas penas do art. 126 do CP, excetuando-se, desse modo, a teoria monista ou unitária trazida pelo art. 29 do CP. (CUNHA, 2008, p. 36)

Ou seja, a teoria monista, adotada pelo Código Penal Brasileiro, é posta de lado neste caso, em que temos a criação de uma tipificação específica àquele que participa do crime de aborto com a autorização da gestante.

Como a gestante consente em fazê-lo, e consentir significa concordar, permitir, o sujeito passivo de tal crime somente pode ser o feto ou embrião. Mas, para alguns, o feto não é portador de direitos senão os ditos “direitos do nascituro”, como citado no art. 2º do Código Civil, sendo, por exemplo, o direito de pleitear alimentos gravídicos. Está-se diante de direitos virtuais do nascituro, considerando que este ainda não adquiriu, segundo a teoria natalista, a personalidade civil, que somente restará caracterizada com seu nascimento. Assim sendo, se o nascituro não sendo titular efetivo de direitos, quem seria o sujeito passivo deste crime? O Estado. Sim, pois ele é o sujeito passivo constante de todo e qualquer crime, figurando, neste caso, como único. Rogério Sanches Cunha (CUNHA, 2010, p.36) traz que tem prevalecido o entendimento de que o produto da concepção figuraria também como sujeito passivo.

O aborto pode ser natural ou espontâneo, que ocorre principalmente em decorrência de problemas de saúde da gestante; acidental, devido a traumas, quedas, atropelamentos etc. E finalmente o provocado (aborto criminoso), que pode ser com ou sem o consentimento da gestante.

O aborto provocado por terceiros está segurado nos artigos 125 e 126[62] do Código Penal. No primeiro caso, tem-se, então, o aborto provocado (também chamado de aborto sofrido), sendo este o ocorrido sem que a gestante tenha concordado com tal prática. Assim, pode-se afirmar que a gestante se enquadra como vítima, juntamente com o feto. Isto porque ela, consoante a sua não concordância em fazê-lo, sofre os danos da perda de um filho, juntamente com os problemas de saúde que um aborto pode causar à mulher que o realiza.

No artigo 126 do Código Penal, percebe-se que o legislador pune o aborto provocado com o consentimento da gestante, uma resposta à situação em que as gestantes buscam meios de se verem livres daquela situação, assim como no artigo 124, mas o que difere uma situação da outra é que, no artigo 124, somente pode incorrer a mãe, posto ser aquele crime de mão própria, e no artigo supra se enquadra aquele que, com a concordância da gestante, age como partícipe do crime, mas que responde diferentemente daquela. O parágrafo único do artigo 126 dispõe sobre a pena. Mais uma vez, o Código Penal se preocupou em proteger a dignidade da pessoa menor, e em proteger a todos quando se tratar de grave ameaça ou violência contra a pessoa, tratando-se, em certos casos, de agravante de pena.

A legislação penal, ainda, prevê a forma qualificada do aborto[63]. A pena citada no início do artigo é a referida no art. 126, qual seja, reclusão, de 1 a 4 anos. Assim, no caso de o agente, ao utilizar-se de métodos abortivos, vir a causar à gestante lesão corporal de natureza grave, sua pena terá um aumento de 1/3. Já se sobrevier a morte desta, então a pena será duplicada. Isto porque o agente poderia ter agido de forma diferente, não tendo contribuído ou ter agido visando a impedir que o aborto fosse realizado.

[62]Art. 125- Provocar aborto, sem consentimento da gestante: Pena- reclusão, de três a dez anos.
Art. 126- Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena- reclusão, de um a quatro anos.
Parágrafo Único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

[63]Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevem a morte.

Além da previsão legal punitiva, o Código Penal Brasileiro traz casos em que o aborto poderá ser cometido sem a punição devida, conforme o artigo 128[64].

A doutrinadora Maria Tereza Verardo cita dois tipos de aborto que atualmente no Brasil são considerados legais, e só poderão ser praticados por médicos:

> O aborto necessário ou terapêutico que é aquele realizado quando não se há mais nem um meio de salvar a vida da gestante, o outro aborto liberado é o que a gravidez é resultado de um estupro, este é conhecido como aborto por indicação médica ou aborto sentimental. (VERARDO, 1995, p. 83)

Em ambos os casos, temos autorização expressa para que possa ser realizado o aborto, independentemente de autorização judicial. No entanto, há posicionamentos que defendem que o médico, a fim de se cercar de certezas de que não será penalizado pela prática, deve colher documentos e declarações tanto da gestante como de seu parceiro.

Pode-se dizer que o aborto necessário é uma exclusão de antijuridicidade ou ilicitude levando-se em consideração o estado de necessidade em que se apresenta a gestante, ou seja, onde não houver outro meio de afastar o risco de morte da gestante, pois a conduta do médico visa afastar perigo atual ou iminente de bem jurídico alheio (paciente).

A maioria dos abortos espontâneos ocorre porque o feto não está se desenvolvendo normalmente. As causas de abortamento muitas vezes são difíceis de determinar. Já o aborto provocado (ou induzido) é a interrupção voluntária da gravidez. A prática consiste em provocar a finalização prematura da gravidez, impedindo o desenvolvimento vital do embrião ou do feto para a sua eliminação. A prática consiste em provocar a finalização prematura da gravidez, impedindo o desenvolvimento vital do embrião ou do feto para a sua eliminação.

Sendo a interrupção da gravidez requisito para a consumação do aborto é importante ressaltar também o conceito de gravidez. Para Heleno Cláudio Fragoso:

---

[64]Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
Aborto necessário
I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;
Aborto no caso de gravidez resultante de estupro
II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

> É o estado de gestação, que, para os efeitos legais, inicia-se com implantação do ovo na cavidade uterina. A gravidez tem que ser regular, normal, inexistindo o crime de aborto se a gravidez for patológica, como acontece nos casos de gravidez extra-uterina ou molar. (FRAGOSO,1981; pág. 115)

2.1 Aborto eugênico e seus aspectos jurídicos

"O aborto eugênico é realizado quando o feto é portador de anomalia fetal grave e irreversível. Essas anomalias, em decorrência do grande avanço da medicina, podem ser diagnosticadas com precisão".(TEODORO, 2007. Pág. 124). Vale ressaltar que o propósito desse tipo de aborto não é melhorar a raça, evitar o nascimento de uma criança possivelmente cega, deficiente física ou débil mental, trata-se de feto que não terá vida extra-uterina, que não tem condições de existir por si só.Pretende-se, poupar a gestante de prosseguir com um ser em seu ventre que seguramente não sobreviverá.

As anomalias fetais mais conhecidas e que tem ensejado o pedido de autorização judicial para a realização do abortamento eugênico são: anomalias no sistema urinário, anomalias cardíacas cogênita, anomalias cromossômicas, anomalias osseas, asplenia, bridas aminióticas, erros de fechamento da linha média, erros de fechamento do tubo neural, englobando anencefalia, gemeralidade imperfeita, hidropisia fetal, más formações congênitas múltiplas, sindrome da rubéola congênita etc.

A que merece maior destaque é a anencefalia, ela se configura, principalmente, pelo não desenvolvimento ou pela ausência dos hemisférios cerebrais, pela não formaçãoadequada da calota craniana, com ausência de couro cabeludo nesta região do corpo, além da exposição do tecido fibrótico e a constatação de hemorragia. É a modalidade mais constatada nos processos judiciais sobre autorização do aborto eugênico.

Com o surgimento das novas técnicas de diagnóstico pré-natal, tornou-se imprescindível a regulamentação da máteria pelo nosso ordenamento jurídico. Essa questão do aborto eugênico no campo jurídico tornou-se muito controversa, motivando o aparecimento de duas correntes antagônicas. Uma delas defende a criação de uma norma permissiva para esta modalidade de aborto, inserindo-a no

artigo 128 do Código Penal, ao lado do aborto terapêutico e do aborto sentimental. “A outra corrente, entende que trata de um crime contra a vida do feto, que não está morto, apenas não vai sobreviver quando nascer, sendo portanto, contra a legalização.”(TEODORO, 2007. Pág. 192).

Estes conflitos deram origem a projetos de lei propondo a legalização do aborto em razão de graves enfermidades fetais e à ações judiciais pleiteando autorizações para a realização do procedimento interruptivo da gestação.

O Código Penal, permite apenas dois tipos de aborto, o necessário (quando não tem outro meio de salvar a vida da gestante) e o sentimental (quando a gravidez decorre de estupro), que estão tipificados pelo artigo 128. É compreensível que o Código Penal, que foi promulgado em 1940, não trate do aborto eugênico, pois nesse período a medicina não possuia técnicas capazes de diagnosticar com precisão tais anomalias fetais. Desde o início dos anos 90, que muitos projetos estão sendo propostos para regulamentar o aborto. Alguns propondo sua legalização irrestrita ou sua permissão nos primeiros meses de gravidez, ou propondo a criminalização de todas as suas formas e alguns propondo a inclusão do aborto em razão de anomalia fetal.

Além desses projetos, merecem um melhor destaque os Anteprojetos do Código Penal que acresceram ao artigo a nova modalidade de aborto acobertado pela excludente de ilicitude. Quando da criação do Anteprojeto do Código Penal, Parte Especial, de 1984, (Portaria 304, de 17 de julho) por uma comissão especial, surgiu a figura do aborto eugênico denominado aborto piedoso, como terceira hipótese de excludente de ilicitude, do artigo 128, não vindo no entanto a ser aprovada; in verbis:

> Art. 128. Não constitui crime de aborto praticado pelo médico se:
> III - há fundada probabilidade, atestada por outro médico, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais;
> Parágrafo Único – no caso dos dois últimos incisos, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante, ou quando incapaz, de seu representante legal, e do cônjuge quando casada. (D`URSO, 1997; Pág. 26.)

Já o novo anteprojeto do Código Penal traz em seu artigo 127 as causas excludentes de ilicitude no delito de aborto. Além das causas já existentes no atual

CódigoPenal o anteprojeto apresenta como terceira hipótese de exclusão de ilicitude o aborto eugênico, in verbis:

> Art. 127 Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:
> III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.(D`URSO, 1997; Pág. 26.)

O que se verifica é a necessidade urgente, de avaliar e encontrar uma solução serena, para a omissão do nosso ordenamento jurídico, em relação a interrupção de gestação com fetos portadores de anomalias graves, que impossibilitam a vida extra-uterina e, com isso, afetam a saúde psíquica da gestante. Se a medicina atual, permite que se constate tais anomalias com precisão, não se deve impor a gestante sofrimento tão intenso e desnecessário.

3 O PRINCIPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.110), a raiz etimológica da palavra dignidade provém do latim: *dignus* é " aquele que merece estima e honra, aquele que é importante."

Luiz Edson Fachin (2007, p.193) leciona que sobre a dignidade da pessoa humana pode-se afirmar que, no sentido em que é compreendida contemporaneamente como princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas, não foi constituída como valor fundamental desde os primórdios da história. Ou seja, não derivou de algum direito ideal constituído previamente, ao contrário, a sua validade e eficácia, como norma que foi elevada acima das demais regras e princípios, derivam da necessidade própria da sua integração e sua proteção nos sistemas normativos. Essa perspectiva princípiológica da dignidade humana serve de substrato normativo e axiológico para todos os demais direitos não patrimoniais.

> É nessa linha, pois, que a vida deixa de ser apenas o primeiro e mais fundamental direito tutelado pelo ordenamento jurídico para se tornar condição essencial de possibilidade dos outros direitos. Desenvolve-se aí a concepção da supremacia da vida humana e, que, para ser entendida como vida, necessariamente deve ser digna. (FACHIN, 2007, p.193)

A dignidade nasce com a pessoa, é-lhe inata. Toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independentemente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser. A dignidade humana é algo que compete aos seres humanos sem nenhuma distinção pelo simples fato de pertencerem ao gênero humano. O que interessa é que se possa garantir a vida, mas uma vida digna. Sem a vida não é possível a dignidade. Todo o ser humano tem dignidade pelo fato de ser pessoa[65] (MORIN, 2005, p.117).

Ao eleger a dignidade da pessoa humana como norma fundamental do Estado Democrático brasileiro, a ordem Constitucional destacou um dos valores mais importantes que integram a personalidade dos indivíduos. A dignidade é assim uma norma importantíssima no sistema jurídico brasileiro, base e fundamento para as demais normas que tratam dessa matéria. É norma que serve de fundamento na aplicação das demais outras que tutelam a vida humana.

A palavra dignidade vem do latim DIGNITAS, “o que tem valor”, ou seja, quando se trata da dignidade da pessoa humana, falamos sobre um princípio que se trata de um “mínimo constitucional” que deve ser zelado e protegido pelo Estado. Pode-se observar isto no seguinte trecho:

> Embora dignidade tenha um conteúdo moral, parece que a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna, principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo “dignidade da pessoa” visa a condenar as práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia-a-dia de nosso país. Este foi, sem dúvida, um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos, como, por exemplo, o econômico. (BASTOS, 2002, p. 248 e 249).

Para Roberto Andorno “Persona es empleado para designar a los seres que possen uma dignidad intrínseca.” (ANDORNO, 1998, p. 56). Ser digno equivale a ser pessoa. Pessoa é o oposto de coisa, existindo um abismo infinito entre ambas. A valorização da pessoa humana é a principal tarefa dos Estados contemporâneos, uma vez que as biotecnologias fizeram renascer nestes últimos anos o debate em

[65]Edgar Morin propõe uma definição do sujeito partindo não da efetividade, não do sentimento, mas de uma base biológica. O autor passa por um conceito de indivíduo como pré-requisito para se chegar ao conceito de sujeito.

torno da noção de pessoa. A dignidade essencial de cada homem é atualmente colocada em prova pelas biotecnologias.

4 CONCLUSÃO

O aborto é uma prática que acompanha a humanidade no decorrer dos seus fatos e sua complexidade e problemática evoluem conforme o avanço da tecnologia.

O princípio da dignidade humana, tem que se fazer presente para que à vida do ser humano seja respeitada, para que se garanta à existência digna do ser humano. Este princípio faz parte do direito à vida.

O presente estudo buscou demonstrar o instituto do aborto eugênico, seu informativo, bem como seu campo de concentração, seja no âmbito do direito constitucional e penal. Não há ninguém perfeito fisicamente no mundo inteiro, até porque a perfeição é algo decorrente da mente humana, a qual está sujeita a conjecturas e interesses momentâneos muitas vezes a frieza e o encarceramento da mente humana, não lhe permite enxergar além do aspecto físico e exterior, porém é na essência das coisas e dos seres onde reside a verdadeira beleza.

Através da bibliografia utilizada, pode-se perceber que o aborto eugênico surgiu como meio de selecionar pessoas perfeitas, em face dos atos praticados, que eliminavam os fetos com anomalias.

No Brasil a ordem constitucional de1988 prioriza o indivíduo e o Estado Democrático de Direito, estabelecendo nos direitos e garantias individuais, os pilares de sustentação da República.

Portanto, considerando que o presente trabalho envolve um tema polêmico, contendo considerações de Direito Constitucional e Direito Penal, entende-se que o aborto eugênico merece ser repudiado do ordenamento jurídico, pois nega o direito à diferenças, limitando-se a julgar que os seres humanos são clones perfeitos e acabados, reservando a ingerência sobre a vida humana ao livre arbítrio momentâneo de pessoas ou autoridades em contradição ao princípio fundamental e basilar da dignidade da vida humana que assegura, antes de qualquer outro benefício, o direito de nascer e nascer, por si só já é, reconhecer a dignidade da vida.

REFERÊNCIA

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional/ Celso Ribeiro Bastos.** – São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. **Lei n.º 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.> Acesso em: 10 Mar. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988).** Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.> Acesso em: 10 Mar. 2017.

COSTA Junior, Paulo Jose da. **Código penal comentado.** 8. ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, p. 393.

CUNHA, Rogério Sanchez**. Direito Penal: Parte Especial, 2ª Ed**. São Paulo, RT, 2008.

D`URSO, Luiz Flávio Borges (org.). **Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal**. Ano 1997; Pág. 26.

FACHIN, Luiz Edson. **Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil Brasileiro.** In CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO Marcelo. (coords.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana.** 1ª ed. (ano 2006), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. pág. 115

JESUS, Damásio E de. **Direito penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 2. pág. 119

MIRABETE, Julio Fabbrini**. Manual de Direito Penal**. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2006, v.2. pág. 62

MORIN, Edgar.**A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento.**Tradução de Eloá Jacobina 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 573

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2007. Pág. 124

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto um direito ou um crime?.** 13º ed. São Paulo: Ed. Moderna, 1995.

ZAMAI Emerson. **Legalização do Aborto Eugênico**. Disponível em: <http://www.meuartigo.brasilescola.com/sociologia/legalizacao-aborto-eugenico.htm> acesso em 01 de mai. de 2018.



A ACESSIBILIDADE E A TECNOLOGIA ASSISTIDA ENQUANTO AVANÇOS EM FAVOR DA INCLUSÃO SOCIAL

Graciele Machado dos Santos[66]
Jarise Correa Mendes[67]
Cristiane Menna Barreto Azambuja[68]

RESUMO: Conforme o Censo de 2010, 45,6 milhões de pessoas declaram ter ao menos um tipo de deficiência. Diante do expressivo número, a inclusão de pessoas com deficiência recebe cada vez maior importância. O direito, em sua missão constante de estar sempre regulamentando os fatos sociais, também precisou adequar-se a esta nova realidade. Daí sobrevieram, a título de exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, a Constituição Brasileira de 1988, a Lei de Acessibilidade nº 10.098/2000 e a Lei de Inclusão da Pessoa com Deficiência nº 13.146/2015. A inclusão de pessoas com deficiência está cada vez mais presente na sociedade, pois a legislação hoje lhes garante a inserção nas escolas, nas universidades, nos estabelecimentos comerciais, nos cinemas, ou seja, pessoas com ausência ou disfunção de uma estrutura psíquica, fisiológica ou anatômica, que antes se encontravam em situação de esquecimento pela sociedade, sendo muitas vezes excluídas do convívio social e discriminadas pela sua condição, atualmente encontram a acessibilidade e a tecnologia assistida como aliadas na garantia da efetivação dos seus direitos. Nesse sentido, o presente estudo tem como objetivo a definição etimológica das palavras/expressões“acessibilidade” e “tecnologia assistida”, uma abordagem da previsão constitucional e legal da acessibilidade e, por fim, a comunhão da acessibilidade e da tecnologia assistida como um avanço em favor da inclusão social.O propósito é examinar se a tecnologia assistida, enquanto uma ferramenta para a acessibilidade, vem mostrando-se como um avanço em favor da inclusão social.A metodologia utilizada para o referido trabalho é a da pesquisa bibliográfica. Como resultado da pesquisa, tem-se que, sim, a tecnologia assistida vem colaborando para uma inclusão social. Dessa forma, possível concluir que muitos são os progressos já alcançados pelas pessoas com deficiência. Entretanto, não se pode negar, muito ainda precisa ser feito, sobretudo quando se trata de uma mudança cultural.

Palavras-Chave: Pessoa com deficiência; Acessibilidade; Tecnologia Assistida; Inclusão Social.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A diferença é algo inerente à sociedade e pode ser retratada de inúmeras formas. Uma dessas formas é através de pessoas que possuem restrições psíquicas, fisiológicas ou anatômicas, em outras palavras, de pessoas com deficiência. Em contraponto a isso, surge a necessidade de propiciar a inclusão

[66] Acadêmica do 6° semestre do Curso de Direito da URI – São Luiz Gonzaga. Bacharel em Administração. Especialista em Gestão Estratégica Empresarial. E-mail: gracielems1802@gmail.com
[67] Acadêmica do 6° semestre do Curso de Direito da URI – São Luiz Gonzaga. E-mail: jarisemendeshahn@gmail.com
[68]Mestra em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Graduada em Direito pela UFN. Coordenadora e Docente do Curso de Direito da URI – São Luiz Gonzaga. E-mail: cristianeazambuja@saoluiz.uri.edu.br

dessas pessoas, por meio de novas premissas, valores e concepções que tornem homogêneo o convívio social.

Na contemporaneidade, de modo progressivo, caminha-se rumo à efetiva concretização do Estado Democrático de Direito, onde é possível salvaguardar as diferenças existentes na sociedade, atingindo um patamar de aproximação e valoração da pessoa com deficiência.Nesse sentido, as novas legislações têm tido o cuidado de abordar a questão da pessoa com deficiência, buscando a sua identidade junto aos demais. No mesmo intuito, a acessibilidade e a tecnologia assistida tornam-se relevantes, posto que capazes de dirimir barreiras e de alavancar igualdade.

A acessibilidade e a tecnologia assistida, portanto, possibilitam o alcance da inclusão social de maneira humanística. Dessa forma, são pensadas e desenvolvidas especialmente para pessoas com deficiência, permitindo que estas alcancem um patamar até então inimaginável de abrangência, interagindo, aprendendo e vivenciando com segurança o que antes sequer se presumia.

O alcance desta inclusão social de maneira humanista vem ao encontro do que se busca como efetivação dos direitos humanos e, portanto, justificam plenamente a pesquisa, que, em última análise, pretende averiguar se a tecnologia assistida, enquanto uma ferramenta para a acessibilidade, vem mostrando-se como um avanço em favor da inclusão social. Para resolver essa questão, intenta-se verificar a definição etimológica das palavras/expressões“acessibilidade” e “tecnologia assistida”, proceder uma abordagem da previsão constitucional e legal da acessibilidade e, por fim, promover a comunhão da acessibilidade e da tecnologia assistida enquanto avanços em favor da inclusão social.

2 A ACESSIBILIDADE

Segundo o dicionário Aurélio, “acessibilidade” é substantivo feminino que deriva do latim *accessibilitate.* É qualidade de acessível, facilidade na aproximação, no trato ou na obtenção. Com referência à educação especial, indica a condição de acesso aos serviços de informação, documentação e comunicação por parte daquele que possui necessidades especiais (1999).

A legislação também prevê, em diferentes estatutos, a sua definição de acessibilidade.De acordo com o artigo 2º, I da Lei nº 10.098/2000, a acessibilidade é a:

> possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

O Decreto nº 5.296/2004 veio a regular a Lei nº 10.098/2000. Noseu artigo 8º, I refere que a acessibilidade é a:

> condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transporte e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

E, por fim, tem-se a Lei 13.146/2016, também conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Nesse, o artigo 53 afirma que a acessibilidade“é direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social”.

Na doutrina, outras tantas são as definições para a acessibilidade.Para Montardo e Passerino, por exemplo, a acessibilidade tem como propósito a inclusão social de pessoas acometidas de algum tipo de deficiência, de maneira a lhes possibilitar o desenvolvimento humano, bem como a otimização da qualidade de vida, com mais independência e autonomia. No objetivo de dirimir as desigualdades, em face dos demais indivíduos da sociedade, oportuniza direitos iguais e a convivência em harmonia (2017).

Sendo assim, a acessibilidade se resume em assegurar o pleno direito de acesso a todos os campos da cidadania. Abarca questões urbanísticas e de arquitetura, mas também uma política cultural, capaz de transformar e garantir essa acessibilidade de forma concreta e satisfatória, de modo perene, conscientizando a sociedade de forma a que essa cultura insatisfatória e preconceituosa com o “diferente”, seja superada.

2.1 A previsão constitucional e legal

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 foi marcante em assegurar a dignidade da pessoa humana. De acordo com essa norma legal, todos os indivíduos merecem uma vida digna, sendo livres para lutar pelos seus direitos, salientando a importância da benevolência de uns com os outros.

Seguindo a mesma linha, a Carta Magna Brasileira de 1988 ressalta em seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)” e, na sequência, em diversos dispositivos, tece previsões expressas destinadas às pessoas com deficiência.Vejamos:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> [...]
> XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador **portador de deficiência**;
> [...]
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> [...]
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas **portadoras de deficiência**;
> [...]
> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
> [...]
> XIV - proteção e integração social das pessoas **portadoras de deficiência**;
> [...]
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
> [...]
> VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas **portadoras de deficiência** e definirá os critérios de sua admissão;
> [...]
> Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.
> [...]
> § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este

> artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:
> I - **portadores de deficiência**
> [...]
> Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:
> [...]
> IV - a habilitação e reabilitação das pessoas **portadoras de deficiência** e a promoção de sua integração à vida comunitária;
> V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa **portadora de deficiência** e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
> [...]
> Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
> [...]
> III - atendimento educacional especializado aos **portadores de deficiência**, preferencialmente na rede regular de ensino;
> [...]
> 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.
> § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos:
> [...]
> II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas **portadoras de deficiência** física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
> § 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas **portadoras de deficiência**.
> Art. 244. A lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes a fim de garantir acesso adequado às pessoas **portadoras de deficiência**, conforme o disposto no art. 227, § 2º. (grifos nossos).

Observe-se que a Constituição Federal ainda traz em seu texto a terminologia “pessoas portadoras de deficiência”, quando, já se sabe, ela está totalmente desatualizada, a partir do momento em que a recomendação que se faz, e que já vem sendo observada pelas novas leis, é de uso da terminologia “pessoa com deficiência”.Isso porque a expressão “pessoa com deficiência” foi adotada

oficialmente pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a contar da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 13 de dezembro de 2006, posteriormente ratificada pelo Brasil (MADRUGA, 2016).

A justificativa para a alteração encontra respaldo no fato da deficiência ser algo inerente à pessoa e não fazer referência à possibilidade que alguém possui de portar algo consigo por escolha. A deficiência não é uma escolha, portar ou não algo consigo, sim.

De qualquer modo, possível dizer que as previsões constitucionais são fundamentais para a garantia e efetivação dos direitos das pessoas com algum tipo de deficiência. Elas foram o primeiro passo dado rumo a uma maior proteção dessas pessoas.

No tocante às leis, possível citar a Lei nº 10.098/2000 e a Lei nº 13.146/2015. A primeira, estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida. A segunda, institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Consoante ministra Maria Garcia:

> A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência vem introduzir no ordenamento jurídico aquilo que Habermas denomina “a inclusão do outro” e que envolve a visão dos direitos humanos “no plano global e no âmbito interno dos Estados” (2016, p. 27).

Trata-se, portanto, de grade avanço na seara jurídica. E, de modo a adaptar-se à nova legislação, já é possível perceber em muitos projetos o planejamento de acesso prioritários para deficientes, por meio de rampas, barras de apoio, placas informativas em braile, televisores com vídeo e áudio. Dessa forma, cumpre a lei um de seus objetivos primordiais, o de proporcionar uma maior acessibilidade às pessoas com deficiência.

2.2 A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

De modo a delimitar a pesquisa, optou-se por fazer uma busca junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede de apelações oriundas de ações indenizatórias, no ano de 2018, observada a busca pela palavra “acessibilidade”.Como resultado, foram localizados os seguintes julgados.

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA EM ESTABELECIMENTO COMERCIAL. NEGLIGÊNCIA. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO. Da norma processual aplicável ao feito 1. No caso em exame a decisão recorrida foi publicada após a data de 17/03/2016, logo, não se aplica a anterior legislação processual civil, de acordo com enunciado do STJ quanto à incidência do atual Código de Processo Civil de 2015 para as questões processuais definidas após aquele termo. Assim, em se tratando de norma processual, há a imediata incidência no caso dos autos da legislação vigente, na forma do art. 1.046 do diploma processual precitado. Mérito do recurso em exame 2. Preambularmente, cumpre sinalar que a demandada se sujeita à aplicação das regras atinentes à lei consumerista. 3. Perfeitamente possível a inversão do ônus da prova, decorrente da aplicação das regras do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que a parte autora trouxe aos autos elementos de convicção capaz de demonstrar os fatos alegados na inicial. 4. Restou caracterizada a negligência da demandada, omitindo-se em adotar as providências necessárias para evitar a ocorrência do evento danoso, onde evidenciada a sua culpa, haja vista que indubitável o dever empresa ré de zelar pela segurança dos consumidores em seu estabelecimento comercial e prevenir situações como a do presente feito. 5. Salienta-se que os documentos juntados em juízo corroboraram a tese inicial e confirmam que a queda da autora ocorreu por ter tropeçado em bloco de concreto fixado ao solo, em frente a faixa de segurança, em cima da calçada do estabelecimento comercial, sem qualquer placa de identificação de tal situação ou aviso alertando este fato no local, ocasionando a fratura no fêmur e a perda do bebê do casal. 6. Incidente ao caso em exame as normas da ABNT acerca da acessibilidade a edificações, mobiliários, espaços e equipamentos urbanos (ABNT NBR 9050/2004), bem como o Código de Trânsito Brasileiro, em seus artigos 94 e 246, que estabelece sobre a existência de obstáculos para a passagem de pedestres. 7. No que tange à prova do dano moral, por se tratar de lesão imaterial, desnecessária a demonstração do prejuízo, na medida em que possui natureza compensatória, minimizando de forma indireta as consequências da conduta da parte demandada, decorrendo aquele do próprio fato. Conduta ilícita do demandado que faz presumir os prejuízos alegados pela parte autora, é o denominado dano moral puro. 8. No caso em tela, necessária a análise em separado dos pedidos dos danos imateriais pretendidos em razão das distintas causas de pedir sobre o tema. Da indenização de ordem imaterial pretendida em razão da queda e lesões físicas sofridas pela autora Alessandra e dano reflexo pleiteado pelo autor João Carlos 9. A autora Alessandra teve fratura no fêmur, necessitando de cuidados especiais por cerca de seis meses, ficando imobilizada em uma maca por pelo menos três meses, devido à queda no estabelecimento comercial da ré. Resultando em lesão física após o evento danoso, cuja causa decorreu da falta de dispositivos de segurança no local, e da colocação de bloco de concreto criando obstáculo ao trânsito dos pedestres. 10. Levando em consideração

as questões fáticas, a extensão do prejuízo, bem como a quantificação da conduta ilícita e capacidade econômica do ofensor, é de ser arbitrada a indenização por danos morais fixada no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) para a autora Alessandra em razão das lesões sofridas e do tempo que levou em tratamento. 11. Já quanto aos danos morais pretendidos pelo autor João Carlos, em função dos danos físicos sofridos pela autora Alessandra, esposa daquele, tenho que não restaram demonstrados, pois, diferente da dor e humilhação sofrida pela vítima, o dano reflexo não é presumível, ônus que lhes cabia e do qual não se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 373, inciso I, do CPC. 12. Dessa forma, no que tange à indenização por danos morais, entendo que não merece guarida a pretensão do autor João Carlos, uma vez que, somente os fatos e acontecimentos capazes de romper com o equilíbrio psicológico do indivíduo devem ser considerados para tanto, sob pena de ocorrer uma banalização deste instituto, não podendo o pleito ser atendido neste ponto à míngua de prova quanto ao nexo causal. Da indenização imaterial pretendida em razão da queda e aborto sofrido pela autora Alessandra com igual prejuízo ao postulante João Carlos 13. Entendo que o quantum indenizatório fixado a título de dano moral deva ser fixado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) para cada um dos autores, a fim de que seja equivalente à gravidade do prejuízo ocasionado, mostrando-se compatível com as condições examinadas no caso em tela. 14. Ainda, importante consignar que em razão da queda a autora quebrou o fêmur, demonstrando a gravidade do acidente e o nexo causal com o aborto do feto decorrente da queda fato, inclusive não impugnado pelo demandado, restando incontroverso nos autos a teor da exegese do art. 374, inciso III do NCPC. Da indenização por danos materiais 15. Danos materiais. Releva ponderar, ainda, que, quando da ocorrência de um dano material, duas subespécies de prejuízos exsurgem desta situação, os danos emergentes, ou seja, aquele efetivamente causado, decorrente da diminuição patrimonial sofrida pela vítima; e os lucros cessantes, o que esta deixou de ganhar em razão do ato ilícito. 16. Danos emergentes. No que se refere aos danos materiais postulados na inicial, no total de R$ 5.030,00 tendo por base os documentos de fls. 60/63 dos autos acerca de gastos com o tratamento, restaram comprovados e devem ser ressarcidos pela parte ré. 17. Lucros cessantes. Os lucros cessantes deverão ser apurados para o número de 09 crianças, pelo período de seis meses, no valor de R$ 250,00 cada, totalizando, R$ 13.500,00, que deverão ser acrescidos de juros e correção monetária de cada vencimento. Dado parcial provimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70075830695, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto, Julgado em 28/03/2018).

RECURSO DE AGRAVO RETIDO E RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA E VENDA DE CADEIRA DE RODAS ELÉTRICA. INDEFERIMENTO DA PROVA PERICIAL: NÃO CONFIGURADO CERCEAMENTO DE DEFESA. INADEQUAÇÃO DA ALTURA DO PRODUTO. DIFICULDADES IMPORTANTES DE LOCOMOÇÃO. PRODUTO DURÁVEL COM VÍCIO DE QUALIDADE. BEM ESSENCIAL À VIDA DA CONSUMIDORA. DIREITO DESTA DE PLEITEAR A IMEDIATA RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA ILICITUDE. 1. Inexistência de cerceamento de defesa com o indeferimento da prova pericial requerida pelas demandadas. Desnecessidade da prova para esclarecimentos quanto ao fato litigioso. 2. Pretensão da demandante resistida na seara extrajudicial. Prescindibilidade de encaminhamento prévio de bem essencial à

assistência técnica para a exigência da restituição do valor despendido. 3. No caso concreto, a prova produzida em contraditório é elucidativa no sentido de demonstrar a frustração das legítimas expectativas da consumidora demandante para com o uso da cadeira de rodas elétrica adquirida das demandadas, não oferecendo a mobilidade e a acessibilidade esperadas e não cumprindo a contento com a tarefa de trazer-lhe independência e conforto necessários à realização de tarefas cotidianas. Nesses termos, verifica-se que há vício de qualidade a ser reconhecido no produto adquirido, porquanto características a ele inerentes foram determinantes para torná-lo impróprio ou inadequado ao consumo. Danos materiais: cabível a imediata restituição da quantia paga, com a devolução do bem às demandadas. Os danos morais, cujo valor da indenização é adequado ao caso, justificam-se tendo em vista a essencialidade do bem para a vida independente e livre da demandante. Juros de mora para os danos morais: tratando-se de responsabilidade contratual, o termo inicial é a citação. RECURSO DE AGRAVO RETIDO E RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDOS. (Apelação Cível Nº 70075371807, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 22/03/2018).

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. JUNTADA DE DOCUMENTOS EM FASE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. QUEDA DE ESCADA NA ENTRADA DE CLUBE. INADEQUAÇÃO ÀS NORMAS TÉCNICAS DE SEGURANÇA NÃO EVIDENCIADA. ENTRADA COM ACESSIBILIDADE QUE NÃO FOI UTILIZADA PELA VÍTIMA. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE POR HIPÓTESE DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA Juntada de documentos em fase recursal. A apresentação de documentos em fase recursal somente pode ser aceita quando o documento se enquadrar no conceito legal de documento novo, conforme dispõe o art. 435 do NCPC. Não conhecimento dos documentos juntados com as razões de apelação e manifestação a respeito de ofícios remetidos a esta Corte. Inadequação da escada às normas técnicas de segurança. A escada que vitimou a mãe dos autores encontra-se apropriada e em consonância com a NBR nº 9077/01 e a LC nº 420/98, porquanto é monumental e pertence a um imóvel inventariado pelo Município de Porto Alegre. Oferta de acessibilidade a pessoas com deficiência de mobilidade. Demonstrado que o clube oferecia entrada alternativa para pessoas com mobilidade reduzida, a poucos metros da entrada principal, que franqueava aos usuários uma cadeira elevatória. Culpa exclusiva da vítima. Queda da própria altura que decorreu de desatenção da própria vítima, que optou por subir as escadas sozinha. Ausente, assim nexo de causalidade a amparar o pedido indenizatório. PRELIMINAR CONTRARRECURSAL ACOLHIDA, APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074011792, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 21/03/2018).

No primeiro e no terceiro caso, uma vez feita a leitura do inteiro teor das decisões, nota-se que não estamos a tratar de indenizações que foram concedidas para pessoas com deficiência, razão pela qual, para análise neste estudo, serão desconsideradas.O foco será colocado especificamente no segundo caso.

O segundo caso traz como parte autora da ação indenizatória (e parte apelada no recurso) pessoa que possui paralisia congênita dos membros inferiores. Na hipótese, a então autora adquiriu uma cadeira de rodas elétrica que não atendeu às suas expectativas, pois não lhe proporcionou a mobilidade e acessibilidade pretendidas. Dessa forma, não cumpriu com a tarefa de lhe trazer a independência e o conforto necessário para a realização das obrigações cotidianas.

O Tribunal de Justiça entendeu que, constatada a inadequação do produto para o fim a que foi destinado, independentemente do motivo, há vício de qualidade. Sustentou a responsabilidade objetiva do fornecedor. E, considerando as circunstâncias do caso, entendeu, ainda, que cabível a condenação em decorrência dos danos morais experimentados.

Em decisão, condenou os fornecedores à restituição do valor despendido para compra da cadeira de rodas elétrica, assim como ao pagamento de quantia, a título de danos morais.Essa, portanto, a manifestação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no tema e no período selecionados para análise.

3 TECNOLÓGIA ASSISTIDA

Consoante o dicionário Aurélio, “tecnologia” é substantivo feminino que deriva do grego *tecnologia.* É o conjunto de conhecimentos, em especial princípios científicos, que se aplicam a um determinado ramo de atividade. Já “assistida” é o feminino do adjetivo assistido. “Assistido”, particípio de assistir, é o adjetivo conferido aquele que é amparado ou socorrido por pessoa ou entidade. Diz-se daquele que, por não ter plena capacidade civil, depende de assistência (1999).

Fazendo uma junção dessas duas definições, portanto, possível asseverar que a tecnologia assistida é o conjunto de conhecimentos que se aplica para auxiliar aquele que depende de assistência.Consoante o Comitê de Ajudas Técnicas,

> Tecnologia Assistida é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social (BRASIL, 2009. p.138).

Diante disso, possível dizer que a tecnologia assistida tem como objetivo trazer maior qualidade de vida, inclusão e independência à pessoa com deficiência, por meio da melhora na mobilidade, na comunicação, no aprendizado e no trabalho (BERSCH, 2008).Nessa mesma ótica, Sonza reitera que o propósito das tecnologias assistidas “reside em ampliar a comunicação, a mobilidade, o controle do ambiente, as possibilidades de aprendizado, trabalho e integração na vida familiar, com os amigos e na sociedade” (2013, p.199).

Logo, cuida-se de ferramenta de grande valia na integralização e inserção de indivíduos deficientes no mercado de trabalho e na sociedade como um todo. Ao assim proceder, além da proteção às pessoas com deficiência, a tecnologia assistida também é uma medida que busca igualar tais pessoas em oportunidades com as demais.

3.1 A acessibilidade e a tecnologia assistida

A tecnologia assistida é uma importante ferramenta na promoção da acessibilidade. Esta acessibilidade pode ser definida como qualquer instrumento que possa auxiliar no cotidiano do indivíduo com deficiência (BERSCH, 2008).

Um instrumento que vem sendo de grande valia para a promoção da acessibilidade é o referente aos aplicativos desenvolvidos, de maneira a proporcionar uma melhor comunicação às pessoas com deficiência. O *Hand Talk* - Mãos que falam -, por exemplo, é um aplicativo para dispositivos móveis que converte textos, imagens e áudios para a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS (SONZA, 2013, p.199). Um outro aplicativo, o “Guiaderodas” mapeia prédios, bares e restaurantes acessíveis. Este, inclusive, foi o único aplicativo brasileiro a entrar para a lista de vencedores da premiação internacional World Summit Awards, no ano de 2016. No total, 451 projetos foram selecionados e indicados; 160 membros da ONU e 40 aplicativos foram vencedores (AGRELA, 2017).

Como já citado, a questão de acessibilidade, como um garantidor da inclusão social, vai muito além de questões estéticas e urbanísticas. Nesse sentido é que está inserida a tecnologia, a partir do momento em que ela permite que esta inclusão se torne ainda mais completa.

4 O AVANÇO EM FAVOR DA INCLUSÃO SOCIAL

O progresso científico e tecnológico faz parte do cotidiano humano, inserido na sociedade de forma benevolente, onde a evolução tecnológica caminha na direção de tornar a vida mais fácil. As tecnologias entram na vida das pessoas e servem como instrumentos de suporte às ações. Além disso, as tecnologias redefinem os conceitos de tempo e espaço, já que anulam distâncias, possibilitam processos comunicacionais entre pessoas e culturas (DUSIK; SANTAROSA, 2014).

Dessa forma, configuram a nova cultura que está surgindo por meio do avanço da tecnologia, denominada como cibercultura, que, por sua vez, pode ser identificada como “(...) o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem juntamente com o crescimento do ciberespaço”, onde, ainda, ciberespaço “(...) é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores”. O termo indica“o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo” (LEVY, 1999, p. 23-24).

Nesse sentido, possível asseverar que a tecnologia desenvolve um papel fundamental na contemporaneidade e, também, no que tange à inclusão de pessoas deficientes, uma vez que esta proporciona uma gama enorme de recursos, capazes de desenvolver programas de acessibilidade às pessoas com diferentes tipos de deficiência. Tecnologia assistida foi o nome dado a essa ferramenta adequadaa auxiliar no desenvolvimento e inclusão das pessoas com deficiências.

Nas palavras de Galvão Filho:

> Disponibilizar a essas pessoas novos recursos, novos ambientes, na verdade, uma "nova sociedade", que as inclua em seus projetos e possibilidades, não significa apenas propiciar o crescimento e a auto realização da pessoa com deficiência, mas, também, é possibilitar a essa sociedade crescer, expandir-se, humanizar-se, através das riquezas de um maior e mais harmonioso convívio com as diferenças (2014,p. 16).

No mesmo caminho, a realidade retratada por Dusik e Santarosa, ao mencionar que”(...) para as pessoas sem deficiência, a tecnologia torna as coisas

mais fáceis, enquanto que para as pessoas com deficiência, a tecnologia torna as coisas possíveis" (2014, p. 83).

Destarte, fica clara a abrangência e importância que tal temática merece, haja vista que a tecnologia assistida retrata um novo modelo de vivência, possibilitando que indivíduos com deficiência se equiparem aos demais. Por um lado, resguardam a independência e autonomia de vida e, por outro lado, eliminam restrições e barreiras decorrentes da condição diferenciada a que estes indivíduos estão sujeitos. A tecnologia redefine o conceito de diversidade, denotando o empoderamento trazido por esta questão no que diz respeito à inclusão social do cidadão com deficiência.

Dessa forma, vem ao encontro do que as pessoas deficientes almejam, ou seja, nas palavras de Madruga, "(...) a superação de desvantagens e obstáculos dos mais diversos a que são submetidos, de forma a proporcionar-lhes os mesmos exercícios de direitos, de sujeitos de direitos, que os demais membros da sociedade" (2016, p. 61).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com toda a certeza, a Constituição Federal é a mais importante dentre todas as normas existentes. E, uma vez tendo a Constituição supremacia, todas as demais normas devem ser interpretadas sob a luz da mesma. Sendo o maior instrumento jurídico de proteção aos direitos fundamentais, um garantidor a todos do direito à igualdade, à inclusão social, bem como à proteção de discriminação, resta evidente que a proteção da pessoa com deficiência é um direito e, como tal, deve ser respeitado por todos.

Muito já se evoluiu, é preciso reconhecer. Nesse sentido, a acessibilidade e a tecnologia assistida possuem um valor que é inegável, a contar do momento em que propiciam uma nova vida às pessoas com deficiência. Em última análise, lhespossibilitam uma efetiva inclusão social.

Ocorre que, para que essa inclusão social seja verificada na sua plenitude, apenas o avanço na legislação e na tecnologia não são suficientes. Muito ainda precisa ser feito.

É preciso que haja, também, uma mudança cultural das pessoas, que muitas vezes praticam a discriminação, seja na forma de agir, seja no modo de pensar, o que é transmitido, inclusive, sem que uma só palavra seja pronunciada. Por exemplo, através de um olhar de desprezo ou de uma empresa que não tem em seu *layout* a previsão para acessibilidade de um cadeirante.

Essa evolução cultural é extremamente importante e precisa ser desenvolvida com seriedade. Nessa seara, a Constituição Federal, mais uma vez, tem papel fundamental, pois é por meio da concretização dela é que se chegará a uma total inclusão social, sobretudo quando se está a tratar da efetivação dos direitos ditos fundamentais.

O caminho é árduo, mas haverá de ser superado, permitindo que a pessoa com deficiência viva uma vida independente e alcance vitórias até então inimagináveis.É o que sonhamos. É o que desejamos. É o que, incansavelmente, lutaremos para alcançar.

REFERENCIAS

AGRELA, Lucas. App brasileiro de acessibilidade ganha prêmio internacional. **Revista Exame**. 20 mar. 2017. Disponível em: http://exame.abril.com.br/tecnologia/app-brasileiro-de-acessibilidade-ganha-premio-internacional/Acesso em: 11 abr. 2018.

BERSCH, Rita. **Introdução à tecnologia assistiva**. Porto Alegre: Cedi, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.***Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06maio. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 5.296, de 2 de dezembro de 2004.**Regulamenta as Leis nºs 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5296.htm>. Acesso em: 06maio. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.**Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de

deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 19 dez. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm>. Acesso em: 06 maio. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.**Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).*Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 06 maio. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.**Acórdão que deu parcial provimento ao recurso dos apelantes**. Apelação nº 70075830695. Alessandra Martins de Oliveira, João Carlos de Oliveria Vargas e Carrefour Comércio e Industrial Ltda. Relator: Jorge Luiz Lopes do Canto.28 de março de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075830695%26num_processo%3D70075830695%26codEmenta%3D7699326+++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075830695&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=28/03/2018&relator=Jorge%20Luiz%20Lopes%20do%20Canto&aba=juris> Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão que negou provimento ao agravo retido e ao recurso de apelação.** Apelação nº 70075371807. Freedom Veículos Elétricos Ltda, Bússula Empreendimentos Ltda e Giovana Veleda da Silva. Relatora: Catarina Rita Krieger Martins. 22 de março de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075371807%26num_processo%3D70075371807%26codEmenta%3D7677438+%22acessibilidade%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70075371807&comarca=Comarca%20de%20Rio%20Grande&dtJulg=22/03/2018&relator=Catarina%20Rita%20Krieger%20Martins&aba=juris Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão que desproveu a apelação**. Apelação nº 70074011792. Rogerio Verissimo da Fonseca Cassemiro e outros e Associação Leopoldina Juvenil. Relator: Carlos Eduardo Richinitti.21 de março de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_

processo_mask%3D70074011792%26num_processo%3D70074011792%26codEmenta%3D7671475+%22acessibilidade%22++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70074011792&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=21/03/2018&relator=Carlos%20Eduardo%20Richinitti&aba=juris>
Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Comitê de Ajudas Técnicas. **Tecnologia Assistiva**. Brasília: CORDE, 2009. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-tecnologia-assistiva.pdf>Acesso em: 11 abr. 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI**: o dicionário da língua portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GALVÃO FILHO, T. A. **Ambientes computacionais e telemáticos no desenvolvimento de projetos pedagógicos com alunos com paralisia cerebral**. 2004. 178 f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2004.

GARCIA, Maria. Comentários introdutórios ao estudo da inclusão e os direitos e liberdades In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência.** São Paulo: Saraiva, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010:** Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf>. Acesso em: 26/julho/2016.

LEVY, Pierre. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34 Ltda, 1999.

MADRUGA, Sidney. **Pessoas com deficiência e direitos humanos: ótica da diferença e ações afirmativas**. 2 ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

MONTARDO, Sandra Portella. PASSERINO, Liliana. **Inclusão social via acessibilidade digital**: proposta de inclusão digital para Pessoas com Necessidades Especiais (PNE). In: e-Compós. Edição 8. Abr. 2007. Disponível em: http://www.compos.org.br/ecompos/adm/documentos/ecompos08_abril2007_passerino_montardo.pdf

DUSIK, Cláudio Luciano; SANTAROSA, Lucila Maria Costi. Mousekey, teclado virtual silábico-alfabético: Tecnologia Assistiva para pessoas com deficiência física. In: SANTAROSA, Lucila Maria Costi; CONFORTO, Débora; VIEIRA, Maristela

Compagnoni (Org.). **Tecnologia e acessibilidade: passos em direção a inclusão escolar e sociodigital**. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2014.

SONZA, Andréa Poletto (Org.) [et al.]. **Acessibilidade e Tecnologia Assistiva**: pensando a inclusão sociodigital de pessoas com necessidades especiais. Bento Gonçalves – RS. 2013. Disponível em: < http://www.planetaeducacao.com.br/portal/conteudo_referencia/acessibilidadetecnologia-assistiva.pdf>. Acesso em 16 abr. 2018.



TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL E A (IN)EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE

Felipe Antunez Martins[69]
Andressa Ramborger Cassafuz[70]

RESUMO: O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual é um fenômeno criminal de alta complexidade e violação aos direitos humanos, onde grupos criminosos exploram o ser humano de variadas formas em troca de capital, tornando-o mero objeto de um grande negócio comercial de elevada rentabilidade. O tráfico humano advém de um conjunto de fatores, envolvendo desigualdade social, vulnerabilidade, violência e criminalidade. Em virtude disso, e, reconhecendo a necessidade de combater e prevenir a prática criminosa, após a ratificação do Brasil ao Protocolo de Palermo, no ano de 2004, o Estado lançou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas no ano de 2006, envolvendo um processo participativo liderado pelo Ministério da Justiça com enfoque em três importantes eixos, tais como o preventivo, o repressivo e de atenção às vítimas.Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo geral analisar o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual no Brasil a partir da implantação da Política Nacional, e, como objetivos específicos averiguar as principais políticas públicas criadas para o seu enfrentamento, as causas do crime, as consequências, o perfil da vítima e dos aliciadores. O problema de pesquisa surge com o seguinte questionamento: a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas vem sendo aplicada efetivamente no Brasil? Para tanto utilizou-secomo metodologia a pesquisa bibliográfica, documental e entrevistas.

Palavras-Chave: Políticas Públicas; Tráfico Humano; Criminalidade; Violência.

1CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tráfico de seres humanos é um fenômeno criminal de alta complexidade e violação aos direitos humanos, isto porque grupos criminosos exploram o ser humano de variadas formas em troca de dinheiro, tornando-o mero objeto de um grande negócio comercial de elevada rentabilidade. Essas práticas criminosas tornaram-se ferramentas modernas de escravidão, de violência e cerceamento de liberdades e vidas, tanto é assim, que, hoje é considerada uma das atividades ilícitas mais rentáveis do mundo segundo dados da OIT (Organização Internacional do

[69]Professor de Direito Penal, Processo Penal e Práticas Jurídicas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Santiago/RS. Advogado criminalista. E-mail: felipeantunezmartins@yahoo.com.br
[70]Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Santiago/RS.E-mail: andressaramborger@gmail.com

Trabalho), os quais incluem o tráfico de seres humanos como sendo a terceira atividade criminosa mais lucrativa do mundo, perdendo somente para o tráfico de armas de fogo e de drogas, além de alcançar um lucro anual estimado em 150 bilhões de dólares, sendo 99 bilhões de dólares gerados a partir da exploração sexual.

A fim de enfrentar esse tipo de criminalidade no Brasil, criou-se a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, contemplando três grandes eixos, como o preventivo, o repressivo e de atenção às vítimas. Desse modo, desde a sua aprovação, a Política Nacional instituiu no país uma política bem estruturada e formada por princípios, diretrizes e ações múltiplas com a finalidade de enfrentar o tráfico interno e internacional, garantindo também a participação e mobilização da sociedade civil.

O problema de pesquisa surge com o seguinte questionamento: a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas vem sendo aplicada efetivamente no Brasil? Para responder ao presente problema de pesquisa, traçou-se como objetivo geral a análise do fenômeno criminal do tráfico internacional de seres humanos para fins de exploração sexual a partir da implantação da Política Nacional, e, como objetivos específicos averiguar as principais políticas públicas criadas para o seu enfrentamento, bem como as causas do crime, as consequências, o perfil da vítima e dos aliciadores.

2 TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOAS PARA FINS DE EXPLORAÇÃO SEXUAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Importante a compreensão de que a exploração sexual de seres humanos não é uma realidade originada na sociedade atual, senão uma continuidade sofisticada das antigas práticas escravagistas em que as pessoas eram exploradas e coisificadas pelos senhores da época. Vasconcelos (2011, p. 182) explica que a escravidão nas sociedades antigas e nas atuais sempre foi um fenômeno que visou a degradação do ser humano, um processo de redução da pessoa humana à condição de mera força de trabalho, retirando-se do ser agredido os seus laços familiares, seu espaço, sua autonomia, sua liberdade e dignidade enquanto ser

humano. Para a autora, a coisificação dos escravos na Antiguidade era vista não apenas no discurso jurídico romano da época, mas também era justificado através das literaturas filosóficas e econômicas, tanto grega como latina. O escravo estava em uma situação de coisificação, totalmente à mercê de seu proprietário (conhecido como senhor), que dele podia dispor para o que achasse necessário, seja para servi-lo em trabalhos forçados, ou, até mesmo em servidões de índole sexual. Nos anos 70 e 80 a importação de prostitutas ocorreu em números moderados, mas, ao contrário, houve muita exportação de brasileiras mulatas para Europa, principalmente para Alemanha.

Segundo a autora, no processo de colonização do Brasil pelos portugueses, era muito comum que os senhores engravidassem as índias, e, com a implantação do regime escravocrata, tivessem filhos com as escravas da época. Muitos jovens da classe dominante iniciavam sua experiência sexual com escravas jovens, inclusive após a Abolição da Escravatura. Embora a legislação da época tenha sido modificada após a Abolição, os costumes mantiveram-se os mesmos, e as mulheres negras, antes denominadas escravas, permaneceram sendo tratadas como mero objeto. Aponta que ao final do século XIX e início do século XX, registrou-se na cidade do Rio de Janeiro o chamado “tráfico de brancas”, envolvendo mulheres polonesas, que geralmente eram importadas e seduzidas por propostas de casamento.

Diante da colocação da autora, pode-se compreender em breve análise, que, mesmo após a Abolição da escravidão no Brasil, mais precisamente no ano de 1888 (com a promulgação da Lei Áurea), a escravidão de seres humanos não cessou, muito pelo contrário, vieram à tona novas práticas de traficância que após longas décadas de existência e sofisticação formaram grandes redes criminosas exploratórias das mais variadas formas de tráfico humano. Ramina e Lurenti (2012, p. 23) acrescentam que essa nova forma de escravidão humana vilipendia e tortura não somente os negros (como outrora), no período do Brasil Colônia e do Brasil Império, momento em que a traficância humana era marcada por contornos predominantemente escravagistas, mas também mulheres, homens, jovens e crianças.

De acordo com Neves (2003, p. 37), no mundo atual, todo o ser humano, independentemente do sexo pode vir a tornar-se uma vítima em potencial dos exploradores sexuais do tráfico de pessoas, uma vez que o crime organizado encontrou nesta prática delitiva um meio de alcançar rendimentos financeiros estratosféricos, conforme já mencionado. José Ataíde das Neves descreve que o delito de traficar seres humanos faz parte da realidade mundial contemporânea, em que pessoas são negociadas como objetos de comércio, vendo desrespeitada a sua dignidade, valor essencial da pessoa humana.

Atualmente, as modalidades de tráfico humano conhecidas são o tráfico para fins de remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, tráfico para fins de trabalho escravo, tráfico para fins de casamento servil, tráfico interno para fim de exploração sexual, e, por último, a modalidade objeto do presente artigo, o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual. Este último crime mencionado, se caracteriza quando os aliciadores promovem ou facilitam a entrada, no Brasil, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou, ainda, a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro, utilizando-se de métodos coercitivos, fraudulentos ou violentos. Assim, em breve síntese, o tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual compreenderá a união dos seguintes elementos:

- Ações de mobilidade: Envolvem o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas;
- Meios ou formas de exercícios de poder sobre outra pessoa: Se dão por meio de ameaça ou uso da força ou outras formas de coação, sequestro ou cárcere privado, fraude, engano, abuso de autoridade ou da situação de vulnerabilidade, entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade;
- Tipos de exploração (a finalidade do crime): a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual (por exemplo, o turismo sexual e a pornografia).

Na PESTRAF (Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil), Leal (2002, p. 51) afirma o seguinte pela figura do explorador:

> O explorador pode exercer seu poder de dominação e de exploração em diversos contextos sociais, por razões culturais, de personalidade e de comportamento, sem, entretanto, ser considerado uma classe específica. Pode-se identificar o explorador na figura do consumidor, do aliciador ou daquele que ajuda a captar a vítima para a rede criminosa do tráfico. Esta é organizada por diferentes atores, que desempenham papéis no crime organizado, com vistas a movimentar o mercado do sexo e a mobilizar a demanda. O explorador tem acesso à vítima e às redes de aliciamento. É capaz de estabelecer relações de poder, tirando partido e proveito das situações de vulnerabilidade social em que se encontram mulheres, crianças e adolescentes. Estas relações manifestam-se na sedução, no abuso de confiança, no engano e na mentira, que podem levar ao "consentimento induzido" da vítima. Considera-se explorador qualquer pessoa que demande mulheres, crianças e adolescentes para explorá-las através das redes de favorecimento do tráfico para fins sexuais ou para consumir os serviços sexuais ofertados por estas redes.

O explorador é um elemento chave dentro das redes criminosas. Em regra, o autor do crime será sempre considerado um traficante, entretanto, todo o traficante pode exercer inúmeras funções dentro da rede na qual atua, surgindo assim, novas nomenclaturas relacionadas à sua forma de agir. De acordo com a pesquisa ENAFRON (2013, p. 11), tem-se o seguinte: São elas:

a) Explorador: É o sujeito que explora a vítima no sentido de lucrar com os seus serviços sexuais.

b) Recrutador: É o sujeito responsável pelo convencimento das vítimas em partir para o exterior, geralmente as engana, articula com fraude e falsas promessas ligadas às idealizações das mesmas.

c) Transportador: É o sujeito responsável pelo transporte e acompanhamento das vítimas até o local de destino. Muitas vezes é quem providencia as documentações e passagens necessárias para o transporte.

d) Responsável pelo Abrigo/Alojamento/Vigilância: É o sujeito responsável em manter a vigília do local em que se encontram as vítimas.

e) Gerente: É o sujeito responsável pelo gerenciamento dos lucros gerados pelo crime.

f) Financiador/Beneficiário Principal: É o chefe da organização e quem geralmente fornece todo o poder monetário para a rede do tráfico.

O traficante é visto pela vítima como uma pessoa disposta em ajudar, tirando a vítima da miséria e da situação de vulnerabilidade. Neste sentido, há o chamado pacto perverso entre o traficante e a traficada, pois, o criminoso age de tal forma que a vítima não se considera uma vítima.

Feitas as devidas considerações acima, Silva (2007, p. 147) explica que as condições da vítima ao chegar no exterior iniciam-se com o confisco de seus passaportes, passam a viver como escravas, com várias restrições, dentre elas o livre direito de ir e vir, de comunicar-se com outras pessoas, além de serem vigiadas a todo o momento e presas nas casas utilizadas para a prática da prostituição. A exploração sexual ocorre independentemente das condições de saúde da vítima, sendo privadas de sair às ruas sozinhas, devendo estar sempre acompanhadas, e, na grande maioria dos casos de tráfico internacional para fins sexuais, no momento da chegada ao país de destino são informadas da dívida contraída com os traficantes, uma vez que os mesmos pagam as passagens de ida para o exterior, e, no momento do engano no Brasil não fazem ideia das cobranças que sofrerão posteriormente pelos criminosos. Segundo o autor, as vítimas ainda são obrigadas a se prostituírem em torno de dezesseis a dezoito horas diárias, independente do seu estado emocional e físico, além de sofrerem constantes violências físicas.

Ao analisar a colocação do autor, muitos questionamentos podem ser feitos, tais como: A vítima não sabia de fato que iria praticar a prostituição no exterior? Em muitas ocasiões ela sabe, mas lhe vendem uma fantasia de que no exterior encontrará clientes ricos, famosos, atores de cinema, ou, ainda, são enganadas a respeito dos altos salários que irão receber, além das boas chances de casarem-se com seus clientes. Após o convencimento, surgem as idealizações e as fantasias de todas as questões levantadas pelo aliciador, mas, ao chegar no exterior em busca de uma vida melhor essas pessoas tornam-se vítimas dos criminosos, iniciando-se algum tipo de exploração sexual comercial. A fim de evitar equívocos, uma importante observação dirige-se ao fato de que nem todas as vítimas desse crime exercem e/ou exerceram a prostituição, tampouco, pretendiam exercê-la em determinado momento, haja vista não ser um crime envolvendo exclusivamente os

profissionais do sexo, portanto, reitera-se, qualquer pessoa pode vir a tornar-se vítima, independentemente da atividade exercida antes do aliciamento.

Siqueira (2013, p. 31)menciona em pesquisa elaborada sobre traficância humana, que no caso do tráfico para exploração comercial sexual existem máfias que recebem valores por cada vítima aliciada, e, aquelas fornecedoras de documentações, tais como carteira de identidade e passaporte. Segundo a autora, os criminosos atuam em empresas ligadas ao turismo e costumam comprar as passagens, as roupas e fornecer o dinheiro para as vítimas passarem na alfândega. Ao chegar no país de destino, um criminoso as aguarda, e, imediatamente as cobra todos os valores fornecidos no Brasil antes de embarcarem.

Registra-se forte ligação com a transcrição acima os dados registrados pela Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes para Fins de Exploração Sexual Comercial, onde Leal (2000, p. 51) afirma que a rede do tráfico de pessoas para fins sexuais está organizada no território nacional e fora dele, além de manter fortes ligações com o crime organizado internacional. Tal dado foi levantado a partir da constatação, segundo os pesquisadores, do envolvimento da Máfia Internacional (Yakusa, Russa e Chinesa), que estariam atuando no tráfico internacional de mulheres para fins sexuais no Brasil. Averiguou-se ainda, que as Máfias Internacionais (Russas, Chinesas, Japonesas, Italianas, Israelitas, Espanholas e Mexicanas) utilizam-se das redes sociais e de pacotes turísticos para efetivar a venda de mulheres e meninas, além de contarem no esquema com integrantes da Polícia Civil, Polícia Militar, Agências de Modelo, Comissários de Menores e funcionários de aeroportos. Segundo o relatório, as Máfias Russas e Chinesas funcionam de forma semelhante no Brasil, uma vez que atraem as potenciais vítimas para locais chamativos, com belas fachadas, e, ainda, dirigem-se em certas ocasiões até a residência das famílias das vítimas, influenciando-as com falsas promessas e oportunidades de emprego.

3 POLÍTICA NACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL

No presente capítulo, pretende-se destacar as Políticas Públicas e os Programas de enfrentamento ao tráfico de pessoas criados no Brasil. Para tanto, objetiva-se analisar, num primeiro momento, a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, a qual foi criada com intuito de combater o crime em três importantes eixos, tais como o preventivo, repressivo e de atenção às vítimas.

O tráfico de pessoas no Brasil advém de um conjunto de fatores, envolvendo desigualdade social, vulnerabilidade, violência e criminalidade, conforme percebeu-se até o presente momento. Em virtude disso, e, reconhecendo a necessidade de combater e prevenir a prática criminosa, após ratificação do Brasil ao Protocolo de Palermo, no ano de 2004, o Estado lançou a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas - PNETP, por meio do Decreto nº 5.948, de 26 de outubro de 2006, envolvendo um processo participativo liderado pelo Ministério da Justiça.

Abrão (2013, p. 216), explica que no ano de 2001, o Brasil efetivou uma cooperação técnica internacional assinada entre a Secretaria Nacional de Justiça e o UNODC, iniciando-se os primeiros trabalhos de combate ao tráfico humano no país. Segundo o autor, no ano de 2002, o governo coordenou a PESTRAF, uma pesquisa que visou identificar a realidade do tráfico humano no Brasil, tais como, a identificação de rotas do crime, os problemas sociais e econômicos, as condições de vulnerabilidade social das vítimas e as questões de gênero e raça. Ao lado do governo, contribuíram com a pesquisa os organismos internacionais, as organizações da sociedade civil e algumas universidades.

A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas foi coordenada pela SDH (Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, Secretaria de Direitos Humanos) e SPM (Secretaria de Políticas para as Mulheres), todas vinculadas à Presidência da República. A união dessas secretarias possibilitou um trabalho conjunto envolvendo vários órgãos do governo brasileiro, que, através de um tríplice enfoque norteador e sistematizado, buscaram fomentar a prevenção ao crime, com ênfase aos grupos mais vulneráveis, além da criação de mecanismos jurídicos e políticos capazes de desarticular as redes criminosas, mantendo uma

atenção especial às vítimas do crime por meio do amparo assistencial, psicológico e jurídico.

Lima (2008, p. 35) entende que a criação da Política Nacional foi um importante marco na luta pelos Direitos Humanos no Brasil, pois buscou-se garantir os direitos da população. Segundo o autor, a Política foi fruto de esforços do Estado em prol da prevenção e do combate ao tráfico humano, e, tal como na proposição do SUSP (Sistema Único de Segurança Pública), também vinculado ao Ministério da Justiça, a nova norma legal prevê princípios e diretrizes que visam integrar ações e dotar o Poder Público de mais eficiência nas suas tarefas. A importância fundamental desta Política é a possibilidade de enfrentamento do tráfico humano em diferentes setores, principalmente naqueles voltados para políticas públicas capazes de minimizar os problemas ligados à realidade social das pessoas envolvidas com a vitimização dessa criminalidade, além de fomentar a informação sobre os riscos, uma vez que os grupos desfavorecidos socialmente tendem a tornarem-se as principais vítimas.

Scacchetti (2011, p. 31) entende que a efetividade da Política Nacional está ligada à forma pela qual o Governo Federal, Estadual, Municipal, sociedade civil e organismos internacionais irão utilizar esse instrumento. Segundo a autora, o eixo de atuação voltado para repressão e responsabilização dos criminosos, conta com o auxílio do Escritório das Nações Unidas, que atua na coleta de dados, avaliação e cooperação técnica. Menciona que o primeiro passo do processo de avaliação é a coleta de dados, realizada em parceria com o UNICRI *(United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute),* o qual, coleta informações relativas às rotas e *modus operandi* das organizações criminosas. Esses dados sobre o perfil dos traficantes, das rotas, das vítimas e dos detalhes do tráfico humano, são ações fundamentais para aperfeiçoar cada vez mais as políticas públicas e as autoridades envolvidas.

Dentre as diretrizes gerais estabelecidas, estão o fortalecimento do pacto federativo, por meio da atuação conjunta e articulada de todas as instituições voltadas para prevenção e repressão ao crime, bem como, no atendimento e reinserção das vítimas. Há fomento à cooperação internacional bilateral ou multilateral, bem como, articulação com organizações não-governamentais,

nacionais e internacionais. A estruturação de rede de enfrentamento ao tráfico de pessoas, envolvendo todas as esferas de governo e organizações da sociedade civil também estão previstas nas diretrizes, e, o fortalecimento nas atuações nas regiões de fronteira, em portos, aeroportos, rodovias, estações rodoviárias e ferroviárias, e demais áreas de incidência, uma vez que o tráfico internacional de seres humanos ocorre com maior frequência nessas regiões. Por fim, a atenção para vítima do tráfico também revela-se uma meta, buscando sempre a proteção, o atendimento e a reinserção dessas pessoas, pois grande parte encontra-se em situação de vulnerabilidade social.

No que tange às diretrizes específicas no eixo de prevenção, a Política Nacional prevê a implantação de várias medidas preventivas nas políticas públicas. Com toda certeza, o eixo preventivo é um dos mais importantes eixos de combate ao tráfico de pessoas, pois, a informação sobre os riscos do crime pode evitar novos casos. Para isso, buscou-se a integração entre as diferentes áreas, tais como saúde, educação, trabalho, segurança, justiça, turismo, assistência social, desenvolvimento rural, esportes, comunicação, cultura, direitos humanos etc. As campanhas socioeducativas e de conscientização em âmbito internacional, nacional, regional e local também estão sendo efetivadas, revelando-se de vital importância. Além disso, o monitoramento de campanhas envolvendo sociedade civil tem sido uma das metas políticas, principalmente a ligação com as Organizações Não-Governamentais, as quais possibilitam ampla divulgação e conscientização de um grande número de pessoas.

Em relação às diretrizes específicas voltadas para a repressão do tráfico de pessoas e consequente responsabilização dos autores do crime, prevê uma série de medidas, dentre elas a cooperação entre as polícias brasileiras e internacionais, acooperação jurídica internacional, o sigilo dos procedimentos judiciais e administrativos, nos termos da lei, e, a integração com políticas e ações de repressão e responsabilização dos autores de crimes correlatos. Todas essas questões estão sendo trabalhadas pelas instituições de repressão ao crime, portanto, intensificar e aperfeiçoar cada vez mais essas diretrizes possibilitará uma maior eficiência por parte do Estado. No que se refere às vítimas, a Política Nacional previu algumas medidas envolvendo a proteção e assistência jurídica, social e de

saúde às vítimas diretas e indiretas de tráfico de pessoas, assistência consular, reinserção social etc.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, instituiu, de fato, um rol de princípios estruturados e bem articulados contra o tráfico humano, garantindo a participação da sociedade civil nesse processo, o que foi positivo. Desde sua criação, consolidou-se princípios, diretrizes e ações de prevenção, repressão e responsabilização dos criminosos, além do atendimento às vítimas.

Foi possível perceber alguns benefícios para os estados brasileiros, tais como a criação dos Núcleos de Enfrentamento, o fomento ao trabalho conjunto entre os órgãos públicos, a criação de mecanismos jurídicos e políticos para desarticular as redes criminosas, a atenção especial às vítimas por meio do atendimento psicológico e jurídico. Entretanto, embora muito de positivo se constate com a criação da Política Nacional, muitas dessas metas ainda precisam ser desenvolvidas e aprimoradas, pois em muitos estados a polícia não se mostra efetiva. No mais, foi possível perceber que o país conta com metas muito bem articuladas e esquematizadas, mas para cumpri-las, é necessário seguir investindo em políticas públicas de modo a cumprir todas as metas dos Planos Nacionais, e, fortalecer as instituições encarregadas com o enfrentamento, além de buscar-se o fomento de campanhas de conscientização a fim de alertar as camadas mais vulneráveis da sociedade, pois são estas as principais vítimas dessa modalidade de crime.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Pesquisa ENAFRON - Diagnóstico sobre Tráfico de Pessoas na Área de Fronteira. Brasília, 2013, p.11.

DAS NEVES, João Ataíde. Avançar no combate ao tráfico de seres humanos. Sub Judice. Justiça e sociedade, Coimbra, n. 16, out./dez. 2003, p. 37/42.

VASCONCELOS, Beatriz Avila. Trabalho escravo contemporâneo: um debate transdisciplinar. o escravo como coisa e o escravo como animal: da Roma antiga ao Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Mauad, 2011, p. 182.

LEAL, Maria Lúcia; LEAL, Maria de Fátima. Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes – PESTRAF: Relatório Nacional, Brasília: 2002, p. 51.

MOREIRA DA SILVA, Lásaro. Tráfico de seres humanos: atuação da polícia federal. Brasília: Centro de Estudos Judiciários. 2007, p. 147.

LEAL, Maria Lúcia. Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil. Relatório Nacional. Brasília, CECRIA, 2000, p. 51.

LIMA, Renato Sério de. O Decreto nº 5.948/2006 e o ciclo das políticas públicas de justiça e de segurança. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Brasília, 2008, p.35.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Tráfico de Pessoas: Uma Abordagem para os Direitos Humanos. 1ªed. Brasília, 2013, p. 216.

REVISTA Internacional de Direito e Cidadania, São Paulo, n. 11, 2011, p. 31.

RAMINA, Larrisa; LAURENTI, Emerson Luiz. Reflexões sócio-jurídicas. Tráfico internacional de pessoas e a busca da dignidade perdida. Direito e justiça, v. 8, n. 20, abr. 2013, p. 18 e 20.

SEMINÁRIO ESTADUAL SOBRE TRÁFICO DE SERES HUMANOS. A Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Porto Alegre, 2011, p. 7.

Tráfico de Pessoas: Uma Abordagem para os Direitos Humanos. Tráfico de Pessoas. Comércio Infamante num Mundo Globalizado. Brasília, Ministério da Justiça, 2013, p. 31 e 32.



O ENCARCERAMENTO E A VIOLÊNCIA NO BRASIL: O CASO DO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

Valeska Brandao Birck[71]
Juliana Bedin Grando[72]

Resumo:O estudo busca analisar os números da violência e fazer um contraponto entre os números de vítimas da violência e dos números de quem efetiva os atos de violência, delineando o caminho percorrido até o encarceramento, sendo desenvolvido através de pesquisa documental. Frisando a situação do Presidio Central de Porto Alegre, frente a Medida Cautelar Nº 8-13 expedida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. Concluindo com a necessidade de reflexão, ação e interferência por meio da sociedade como um todo visto que esta é a maior interessada na diminuição da violência.

Palavras-Chave: Violência; Direitos Humanos; Direito Penal; Corte Interamericana; Presídio Central.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente estudo visa a análise dos números da violência no Brasil, através de dados apresentados pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada como o Atlas da Violência 2017, do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias-Infopen realizado pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública produzido pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Observar e estudar esses dados faz-se necessário para que se determinem os fatores, circunstâncias e meios em que a violência se encontra e como o desdobramento da violência leva ao encarceramento no Brasil.

Verificar a função do encarceramento frente aos números da violência, e como a pena privativa de liberdade pode ou não ajudar no clico de violência, tendo como base comparativa para o estudo o Presidio Central de Porto Alegre. Busca fomentar a discussão da necessidade de interesse da sociedade frente ao que se sucede no encarceramento.

A interrogação durante todo o estudo são os números da violênciadiante do encarceramento, procurando observarcomo a violência se desenvolve durante o

[71]Acadêmica do Curso de Direito da Uri São Luiz Gonzaga. E-mail:valeskabbirck23@gmail.com. Membro do grupo de pesquisa Direitos, transformação social e universo plural da cidadania.
[72] Professora do Curso de Direito da Uri São Luiz Gonzaga. Doutoranda em Ciências Sociais pela UNISINOS. Mestre em Direitos Humanos. E-mail: juliana.bedin@yahoo.com.br. Membro do grupo de pesquisa Direitos, transformação social e universo plural da cidadania.

percurso e a apontando para a necessidade de reflexão do que é o encarceramento como forma de contenção da violência, tendo em vista que essa não se extingue dentro do encarceramento e somente se transforma mais tarde retornando para a sociedade.

2 CONCEPÇÕES SOBRE VIOLÊNCIA

Ao buscar a compreensão dos números da violência no Brasil se faz necessária exposição de alguns conceitos de violência para poderrastrear os tipos presentes no encarceramento brasileiro. Disserta-se de maneira sucinta sobre violência direta,e violência estrutural e violência cultural como forma de percebermos a violência intrínseca.

A violência direta trata-se de um episódio ou um evento, onde poderá identificar o indivíduo que causou a ação de agressão e a vítima. Devendo ser intencional, mas não necessariamente ser executada de modo físico conforme a Organização Mundial da Saúde (OMS) que define a violência como:

> [...]o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação[...](OMS, 2007, p. 1165).

A violência estrutural é um meioonde o sujeito que pratica a ação ou é inexistente, ou não identificável ou é irrelevante para o processo em questão, e a violência pode emergir como consequência do processo mesmo se não conseguirmos identificar uma intenção violenta. Bourdieu (1997, p. 141) exemplifica a violência simbólica da seguinte maneira:

> [...]a violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la.(BOURDIEU 1997, P. 141)

Ao verificar esses conceitos se constata que ainda há um tipo de violência que implica em demasia nos númerosda violência brasileira, qual seja, a violência

cultural. Esta aparece de forma lícita ou com uma motivação justificada, o que torna difícil a percepção de que tal processo ou ato é uma violência.

> Por 'violência cultural' nós queremos dizer aqueles aspectos da cultura, a esfera simbólica da nossa existência – exemplificada pela religião e a ideologia, a linguagem e a arte, a ciência empírica e formal (lógica, matemática) – que pode ser utilizada para justificar ou legitimar a violência direta ou estrutural. (…) A violência cultural faz com que a violência direta e estrutural apareça, ou mesmo seja sentida como, correta – ou ao menos não errada. Assim como a ciência política trata de dois problemas – o uso do poder e a legitimação do uso do poder – os estudos da violência são sobre dois problemas: o uso da violência e a legitimação desse uso (GALTUNG, 1990, p. 291).

Entretanto mesmo reconhecendo estas informações deve-se, segundoGaltung (1990, p. 291), ficar atentos para não se radicalizar e pensar que uma cultura inteira é violenta.

> Culturas inteiras dificilmente podem ser classificadas como violentas; essa é uma razão para preferir a expressão "o Aspecto A da cultura C é um exemplo de violência cultural" à estereótipos culturais como "a cultura C é violenta".(GALTUNG, 1990, p. 291).

Com os conceitos explanados fica mais fácil observar que a violência estrutural é uma violência histórica e gerada pela sociedade. Neto e Moreira, 1999, constatam que a ela inibe a escolha racional, favorecendo a escolha constrangida: mendicância, tráfico, delinquência, desencadeando assim preconceitos e causando danos morais, psicológicos, físicos e até a morte.

3 OS NÚMEROS DA VIOLÊNCIA NO BRASIL

No Brasil, as formas de se medir a violência dá-se através das estatísticas.Diversos relatórios existem que trabalham a temática da violência, sendo queneste estudo,o objetivo perfaz-se de observar os números da violência no Brasil, exposto pelo Atlas da Violência no Brasil 2017. Verificando alguns pontos como idade, etnia e escolaridade e comparando com o perfil dos presos. Ainda, verificar a idade, etnia, escolaridade e o crime cometido através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias realizadas pelo Departamento Penitenciário Nacional - Ministério da Justiça e Segurança Pública apresentados no ano de 2016.

O atlas da violência 2017 apresenta dados de um Brasil mergulhado no caos, retratando a crise na segurança pública que se expandiu em anos anteriores e estampando a inabilidade e o descaso do Estado brasileiro para projetar, apresentar e realizar políticas públicas e políticas penais para ajudar a modificar o cenário. O atlas da violência 2017 apresenta um perfil de vítimas fatais sendo homens, jovens, negros e com baixa escolaridade. Segundo o Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde, em 2015 ocorreram 59.080 homicídios no Brasil, o que revela uma aceitação do fenômeno.

Ao se analisar os dados explanados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado no Fórum Brasileiro de Segurança Pública no dia 30/10/2017, constata-se que o Brasil registrou 61.283 mortes violentas em 2016, eao fazer um comparativo observa-se um aumento de 3,72% em relação aos dados do ano 2015 apresentados pelo Atlas da Violência 2017.

Ao localizar-se o perfil das vítimasatravés do atlas da violência constatamos que em 2015 foram 31.264 homicídios de jovens entre 15 e 29. E o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada observa que

> Quando considerada apenas a população jovem masculina, observamos uma dinâmica parecida, apenas com um patamar diferente, uma vez que mais de 92% dos homicídios acometem os homens. Com isso, enquanto a taxa de homicídios de jovens em 2015 era de 60,9 para cada grupo de 100 mil jovens, o mesmo indicador para os homens jovens alcançava neste ano a incrível marca de 113,6. (ATLAS DA VIOLÊNCIA,2017, p. 26)

Outro ponto observado foi o número de que sofrem homicídio no Brasil, sendo que de cada 100 pessoas que foram mortas 71 são negras, de acordo com o mesmo documento (ATLAS DA VIOLÊNCIA, 2017, p. 30).

Quanto à escolaridade das pessoas que sofreram algum tipo de violência o atlas não apresenta dados estatísticos porem na sua definição do perfil de vítimas apresenta como conclusão a seguinte passagem:

> O perfil típico das vítimas fatais permanece o mesmo: homens, jovens, negros e com baixa escolaridade. Contudo, nos chama a atenção o fato de que, na última década, o viés de violência contra jovens e negros tenha aumentado ainda mais (ATLAS DA VIOLÊNCIA 2017, p. 57)

Ao analisar dados e reconhecer o perfil das vítimas que constantemente estão em situação de violência, busca-se estabelecer os números da população de situação de rua no Brasil. Segundo NETO e MOREIRA(1999), a mendicância é um tipo de violência estruturalo que pode gerar ainda mais violência. Segundo Marco Antônio Carvalho Natalino, Especialista em políticas públicas e gestão governamental na Diretoria de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) do Ipea,"O Brasil não conta com dados oficiais sobre a população em situação de rua."(NATALINO, 2016, p. 05).

Referido autor, em sua pesquisa teve intuito buscar e explanar os números de pessoas em situação de rua no Brasil, e alertar para a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o tema. O estudo realizado por Natalino (2016, p. 25) se apresentam os seguintes números:

> Estima-se que existam 101.854 pessoas em situação de rua no Brasil. Deste total, estima-se que dois quintos (40,1%) habitem municípios com mais de 900 mil habitantes e mais de três quartos (77,02%) habitem municípios de grande porte, com mais de 100 mil habitantes. Por sua vez, estima-se que nos 3.919 municípios com até 10 mil habitantes habitem 6.757 pessoas em situação de rua, (6,63% do total). Ou seja, a população em situação de rua se concentra fortemente em municípios maiores.

Esses números apresentados notoriamente podem ser estudados como um tipo de violência estrutural, a invisibilidade atual dessa população apresentada no estudo colabora com os altosnúmeros da violência no Brasil.

O Anuário Brasileiro de Segurança Públicae o Atlas da violência 2017, comentados anteriormentetrazem números que apresentam um alerta de preocupação a maneira como o Brasil tem tentado resolver os problemas de violência. Presente no Anuário Brasileiro de Segurança Pública e no Atlas da violência 2017, aviolência policial, queadvém da cobrança de uma sociedadeque clama por justiça, segurança e necessidade de punição para delinquentes. E ao atender a este clamor os números deveriam no mínimo estagnar ou baixar, porém o caos que o sistema carcerário vem vivenciando e os números da violência brasileira subindo,punir quem comete um crime parece não se estar suprindo as necessidades de segurança e justiça,além de permanecerem gerando diversos tipos de violência.

A ineficácia da estrutura policial militarizada para diminuir a violência e frear o crime fica demonstrada através dos índices criminais que tem um aumento excessivo com o passar dos anos.O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2017, p. 7) fornece os seguintes dados do conjunto de vítimas que receberam violência policial no Brasil: Foram mortas 4.222 pessoas em decorrência de intervenções policiais Civis e Militares sendo 99,3% homens, 81 % com idades entre 12 e 29 anos e 72 % são negros. Representando um aumento de 25% em relação a 2015.

4 O ENCARCERAMENTO COMO RESPOSTA DO ESTADO

Nesse ponto sente-se a necessidade de obter uma percepção de quem são as pessoas que se encontram encarceradas, e qual a situação em que se encontram, pois, a principalforma de lidar com os tipos mais graves de violência no Brasil se dá pelo encarceramento. Tal fato pode ser atribuído por ter-se optado por um sistemade Justiça Criminal Punitiva e um Código Penal rígido. Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, pagina 8, ototal de pessoas encarceradas no *Brasil*chegou a 726.712 em junho de 2016.

O perfil da população prisional construído pelo Levantamento Nacional De Informações Penitenciárias - Infopenapresenta limitações na metodologia do levantamento devido encontrar-se em fase de implantação o Sistema de Informações de Departamento Penitenciário Nacional o qual contará com um prontuário eletrônico de cadastro de cada custodiado no país e, assim, será possível obter dados que tenham a pessoa custodiada como menor unidade de análise.

> A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da idade, podemos afirmar que 55% da população prisional é formada por jovens, considerados até 29 anos, segundo classificação do Estatuto da Juventude (Lei nº 12.852/2013). Ao observarmos a participação dos jovens na população brasileira total, é possível afirmar que esta faixa etária está sobre representada no sistema prisional: a população entre 18 e 29 anos representa 18% da população total no Brasil e 55% da população no sistema prisional no mesmo ano (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS ATUALIZAÇÃO, 2016, p. 30).

Ao se explorar mais profundamente os números se torna a encontrar os jovens como detentores de números assustadores só que na outra face, não mais como vítima e sim como infratores. A pesquisa realizada além de explanar a faixa

etária também observa sobre representação do grupo populacional negro no sistema penitenciário chegando 64% da população prisional, o que afirma o reencontro de lados opostos da violência.

> A partir da análise da amostra de pessoas sobre as quais foi possível obter dados acerca da raça, cor ou etnia, podemos afirmar que 64% da população prisional é composta por pessoas negras. Na população brasileira acima de 18 anos, em 2015, a parcela negra representa 53%, indicando a sobre representação deste grupo populacional no sistema prisional (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS ATUALIZAÇÃO, 2016, p. 32).

O nível de escolaridade também foi apontado pelo Infopen, trazendo uma preocupação com a educação e novos questionamentos a serem feitos a respeito, devido a 17, 75% da população prisional sequer ter acessado o ensino médio, o que denota um baixo nível escolar causando um novo encontro entre vítima e infratores de lados opostos.

Ainda,

> 17,75% da população prisional brasileira ainda não acessou o ensino médio, tendo concluído, no máximo, o ensino fundamental. Entre a população que se encontra no ensino médio, tendo concluído ou não esta etapa da educação formal, temos 24% da população privada de liberdade (LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS ATUALIZAÇÃO, 2016, p. 34).

Nesse sentido, torna-se imprescindívelretomar a análise dos números daviolência existente no Brasil devido ao número de presos aumentar em linha paralela com os números da violência.

A pena privativa de liberdade no Brasil deveria ter um caráter misto de punição como afirma Noronha (2000, p. 223) “A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária”.

Contudo, o Sistema Penitenciário Brasileiro encontra-se em um momento delicado e caótico em razão de que através da prisão o infrator é privado da sua liberdade, todavia não deixa de ser um risco para sociedade pois o ambiente que encontra no encarceramento é tão ou mais violento do qual encontra-se acostumado a vivenciar.

A Revista Galileu Online[73]publicou uma reportagem no dia 03/01/2017 intitulada: “Prendemos muito e prendemos mal: o problema das prisões no Brasil”, nesta consta trechos da entrevista do padre Valdir João Silveira, coordenador nacional da Pastoral Carcerária“A pessoa é presa por cometer uma ilegalidade e é colocada em um local repleto de ilegalidades” a declaração refletea vivência do mesmo em trabalhos no cárcere. Ainda em outro trecho o padre Valdir João Silveira conta“Saímos com a sensação de impotência e inação quando visitamos um presídio. O último caso que me deixou estarrecido foi em Carajás (PA), em uma cela feita para 12 detentos, mas que abrigava 40 e poucas pessoas”, conta na reportagem que o padre é ligado a uma instituição ligada à Igreja Católica que realiza o acompanhamento social dos detentos.

Ao buscar os dados do panorama geral da população prisional depara-se com 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil em julho de 2016 porem o sistema prisional oferece somente 368,049 vagas o que gera uma superlotação em presídios brasileiros ferindo o Artigo 85 da Lei de Execução Penal instituída pela Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.

A Lei de Execução Penal, no seu texto propõe garantir ao preso, tanto ao já condenado quanto aos provisórios, uma assistência jurídica, social, educacional e religiosa que colaborariam para este retornar à sociedade. Dessa forma, é dever das autoridades assegurarem o respeito e à integridade física e moral dos presidiários, tendo o indivíduo direito a um tratamento digno não sofrendoviolênciamoral e física.

No entanto, o Estado ao necessitar cumprir o papel de passar segurança acaba por prender quem quer que tenha cometido um crime, e para a sociedade passa a estar correta e satisfatória a ação do Estado,todavia as questões jurídicas são complicadas visto que um processo criminal tem etapas para serem seguidas até chegarem ao julgamento final.

O sistema de justiça criminal, segue um raciocínio construído em torno de que prender solucionaria o problema e tranquilizaria a sociedade, fazendo uso indiscriminado, arbitrário e desenfreado da detenção provisória, ignorando o direito constitucional e ao devido processo legal,passando a privar o indivíduo de liberdade,

[73]Disponível em: < https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/01/prendemos-muito-e-prendemos-mal-o-problema-das-prisoes-no-brasil.html>. Acesso em: 02 maio 2018.

causando uma antecipação ilegal da pena, afastando do cidadão o direito do princípio da presunção de inocência.

Segundo o levantamento do Conselho Nacional de Justiça (2017), junto aos Tribunais de Justiça dos Estados, os dados relativos aos presos no Brasil em janeiro de 2017 são de um total de 654.372 presos no Brasil.Há uma discrepância com os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2016) que diz “Em Junho de 2016, existiam 726.712 pessoas privadas de liberdade no Brasil” essa divergência ocorre devido não haver um prontuário eletrônico de cadastro de cada custodiado no país, este encontra-se em fase de implantação juntamente com o Sistema de Informações de Departamento Penitenciário Nacional – Sisdepen, previsto no art. 5º, caput, da Lei nº 12.714, de 14 de setembro de 2012 e disciplinado pela Portaria do Ministério de Justiça nº 795, de 25 de junho de 2015, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2016, p. 30)

Ao se trabalharem com os dados fornecidos pelo Levantamento do Conselho Nacional de Justiça, junto aos Tribunais de Justiça dos Estados chegamos ao número de 221.054 presos provisórios. A Organização dos Estados Americanos (OEA) se manifestou a respeito da prisão preventiva, declarando que

> Frente a este panorama, laComisión Interamericana considera, en primer lugar, que el uso excesivo de esta medida es contrario a laesenciamismadel Estado democrático de derecho7 , y que lainstrumentalizaciónenloshechosdel uso de esta medida como una forma de justicia expedita de la que eventualmente resulta una suerte de pena anticipada, es abiertamente contraria al régimenestablecido por laConvención y laDeclaración Americanas, y a losprincipios que inspiran a la Carta de laOrganización de los Estados Americanos . Por otro lado, el uso de ladetención preventiva es unfactor importante de lacalidad de laadministración de justicia, y por lo tanto, directamente relacionado conla democracia (OEA, 2013, p.2)[74]

Sendo este um número estarrecedor visto que o processopelo qual trará a sançãoao indivíduo é lento e burocrático, porém como é crucial decidir o que fazer

[74]Frente a este panorama, a comissão Interamericana considera, em primeiro lugar, que o uso excessivo desta medida é contrário a essência que propõe um Estado democrático de direito, e que a instrumentalização e os desfechos do uso desta medida como uma forma de justiça rápida que resultara em uma espécie de penalidade antecipada, é expressamente contrária ao regime estabelecido pela Convenção Americana e declaração, e aos princípios que inspiram a carta da organização dos Estados Americano. Por outro lado, a utilização da detenção preventiva é um fator importante na qualidade da administração da justiça e, por conseguinte, diretamente relacionada com a democracia (tradução nossa)

com estefoi implantado o projeto Audiências de Custódia em todas as Unidades da Federação,este uma das metas do Conselho Nacional de Justiça efetivamente cumprida, com a instituição do projeto no Distrito Federal, em 14 de outubro de 2015 este passando a determinar se a pessoa aguardará seu julgamento em liberdade ou no presidio. Todavia “para se alcançar um devido processo, esse deve ser, não apenas legal e constitucional, mas também convencional” (LOPES JR. e PAIVA, 2014, p. 13) e para que isso ocorra corretamente:

> Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo” (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS).

Este trabalho proposto pelo Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, sobre a implementação das audiências de custódia já estava previsto em pactos e tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose, dentre os quais:

> Artigo 8. Garantias judiciais:
> Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
> Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.

Os números apresentados até junho/17 no mapa de implementação de audiências de custódia no Brasil que se encontra no site do conselho nacional de justiça são 258.485 que representam um total de audiências de custódia realizadas. Uma vez que este processo ocorreu resultaram 115.497 em liberdade representando **44,68% dos presos provisórios**e 142.988 resultaram em prisão preventiva representando **55,32% dos presos provisórios (CNJ, 2016)**.

4 AS RECOMENDAÇÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS AO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

Segundo o Recibo do Cadastro De Inspeção fornecido pelo Conselho Nacional de Justiça Online (2018) no dia 02/03/2018, o Presidio Central de Porto Alegre é de gestão pública, com terceirização parcial e trabalha com voluntariado tendo 5 agentes penitenciários disponíveis. O presente estabelecimento é destinado ao sexo masculino e é composto por presos provisórios. Trata-se de um estabelecimento para cumprimento de regime fechado.

O Presidio Central de Porto Alegre teve uma capacidade projetada para 1905 usuários, todavia, encontra-se com lotação atual de 4847 presos. Do número atual de presos, 1779 encontram-se em regime fechado e a parte restante da população prisional é provisória, tratando-se de 3068 indivíduos. Neste ponto, percebe-se a superlotação em nível extremos e alarmante em que o presidio do Rio Grande do Sul encontra-se como se esses dados se por si só não bastam para ser tomadas uma providência neste mesmo relatório há declarações sobre, do Juiz responsável pela inspeção “in loco” dos presídios

> Os presos da Cadeia Pública de Porto Alegre, atual denominação do Presídio Central de Porto Alegre, não ficam recolhidos em celas, mas em galerias abertas, coletivas, algumas com mais de 500 presos.
> Não existe separação de presos, Primários, reincidentes, condenados e provisórios dividem os mesmos espaços.
> No interior das galerias, valem as regras impostas pelos comandos criminosos, os quais se organizam em "prefeitura", explorando toda a espécie de crime, com uso de telefones celulares e internet.(CNJ, 2018, p. 4).

No estabelecimento encontram-se 193 presos estudando atualmente em regime interno, todavia, o presídio central de Porto Alegre apresenta 240 vagas para estudos na unidade,sendo assim sobram 47 vagas, o que levanta a necessidade de estudos do porque os presos não buscam o estudo, ou se buscam porque há vagas sobrando, afinal muitos deles não tem nem o ensino fundamental como consta Recibo do Cadastro de Inspeção:

> A média de ocupação de cadeiras das salas de aula é de 43% muito embora existam milhares de presos com ensino fundamental incompleto na unidade. Ao total, apenas 3,83% dos presos estudam(RECIBO DE CADASTRO DE INSPEÇÃO, 2018,p. 4).

O número de 718 vagas oferecidas para trabalho interno e todas as vagas se encontram preenchidas por presos do regime fechado. As vagas de trabalho

fornecidas pelo sistema prisional trazem maneira de reinserir além de auxiliar na progressão da pena dos presos porem os critérios de acesso a essas vagas são praticamente todos feito através das facções que lá existem como relata o Recibo de Cadastro de Inspeção:

> Dos 718 presos que trabalham na unidade prisional, 468 "trabalham" nas prefeituras das facções, ganhando inclusive remição. Excluindo os presos que laboram para as facções, a ocupação dos detentos do Presídio Central de Porto Alegre é de 5% (RECIBO DE CADASTRO DE INSPEÇÃO, 2018, p.4).

As áreas estruturais existentes dentro do Presidio Central de Porto Alegre segundo o Recibo de Cadastro de Inspeção são: A área destinada para as visitas familiares, áreas de banho de sol, biblioteca, enfermaria, espaço para prática esportiva, gabinetes odontológicos, local para assistência religiosa, local de visitação intima, oficinas de trabalho, sala de entrevista com advogado e salas de aula.

Ao observarem-se os dados puros, não há como extrair a ciência de tudo o que está acontecendo e nem do caos que está instalado no Presídio Central de Porto Alegre, porém passagens das considerações do Juiz responsável pela inspeção, que mais parecem alertas, seguem elas

> Os presos da Cadeia Pública de Porto Alegre, atual denominação do Presídio Central de Porto Alegre, não ficam recolhidos em celas, mas em galerias abertas, coletivas, algumas com mais de 500 presos.
> Não existe separação de presos, Primários, reincidentes, condenados e provisórios dividem os mesmos espaços. No interior das galerias, valem as regras impostas pelos comandos criminosos, os quais se organizam em "prefeitura", explorando toda a espécie de crime, com uso de telefones celulares e internet.
> A segurança pessoal das pessoas presas dentro das galerias é feita pelas respectivas organizações criminosas, assim, presos novos acabam sendo forçados a aderir a um ou outro grupo criminoso, até por questão de sobrevivência.
> É comum a apreensão de telefones celulares, drogas e estoques. Eventualmente, são encontradas armas de fogo industriais e munições (RECIBO DE CADASTRO DE INSPEÇÃO, 2018, p. 4).

Em janeiro do ano de 2013 oito entidades que compõem o Fórum da Questão Penitenciária (PCPA, 2018)revelam que o presídio enfrenta a superlotação da população carcerária e a precariedade das instalações, entre outros problemas,uniram-se e fizeram uma representação à Comissão Interamericana de Direitos Humanos requisitando que está fizeste a República Federativa do Brasil

realizar o cumprimento do Artigo 5º §2 da Convenção Americana De Direitos Humanos (1969) que diz “Art 5º- Direito à integridade pessoal” e “2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

Todas medidas internas foram esgotadas para que este mecanismo fosse utilizado,anteriormenteas medidas como inspeções foram realizadas pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária no ano de 2009 e pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, a qual em suas conclusões aponta:

> “MASMORRA DO SÉCULO 21”. Assim foi designado o PCPA pelo Relatório Final da CPI do Sistema Penitenciário. Precedido de assertivas como: “o pior lugar visto pela CPI”, “uma visão dantesca, grotesca, surreal, absurda e desumana. Um descaso!”, “a visão é tenebrosa” (REPRESENTAÇÃO OEA, p.08)

Reafirmando e explanando o que foi encontrado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNCP, 2009, p. 03) igualmente observando e documentando alguns dos elementos dentre eles:

> […] Ficou bastante claro durante as inspeções que não há um enfrentamento claro do problema do sistema prisional gaúcho, pois as unidades prisionais estão sob o comando das diversas facções lá instaladas (...) Por outro lado, aquele detento que não se agregar a qualquer facção ou não custear as despesas exigidas no interior do cárcere pelos outros presos, não se comunicará com a administração do sistema prisional e, com isso, não conseguirá assistência material, à saúde, jurídica, dentre outras. Em resumo, a sua dignidade humana será aviltada a cada dia de cumprimento de pena no cárcere […]

As entidades que recorreram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fim de que fossem realizadas modificações urgentes e extremamente necessárias no cenário em que o Presidio Central de Porto Alegre se apresentava, cumpriram com o papel social.Foi postulado a República Federativa do Brasil que seguisse a sentença da Medida Cautelar Nº 8-13 (2013, p. 07):

> a) Adote as medidas necessárias para salvaguardar a vida e a integridade pessoal dos internos do Presídio Central de Porto Alegre;

> b) Assegure condições de higiene no recinto e proporciona tratamentos médicos adequados para os internos, de acordo com as patologias que estes apresentem;
> c) Implemente medidas a fim de recuperar o controle de segurança em todas as áreas do PCPA, seguindo os padrões internacionais de direitos humanos e resguardando a vida e a integridade pessoal de todos os internos e, em particular, garantindo que sejam os agentes das forças de segurança do Estado os encarregados das funções de segurança e assegurando que não sejam conferidas funções disciplinares de controle ou de segurança aos internos;
> d) Implemente um plano de contingência e disponibilize extintores de incêndio e outras ferramentas necessárias;
> e) Tome ações imediatas para reduzir substancialmente a lotação no interior do PCPA.

A Medida Cautelar Nº 8-13 foi descumprida ficando evidente ao procurar por notícias sobre o Presídio Central de Porto Alegre e encontrar-se uma entrevista feita com o juiz Sidinei Brzuska, o responsável pela fiscalização das casas prisionais da Região Metropolitana de Porto Alegre,conceitua em uma entrevista chamada “O colapso do sistema prisional de Porto Alegre” descrevendo as péssimas condições em que se encarceram os indivíduos muitas vezes nem se quer julgados, no ano de 2016, no Presidio Central de Porto Alegre, conforme consta na entrevista descumpre-se na íntegra a recomendação da medida cautelar de 2013, pagina 98, feita pela Comissão Interamericana De Direitos Humanos, apresentando trechos como:

> [...] ao mesmo tempo que a lotação está extrema, existe uma carência muito grande de tudo, o que o estado deveria dar e não dá aos presos, entende, então o presídio central está cada vez mais dependente das facções e das famílias para manutenção e seu funcionamento."
> "comida, roupa material de higiene, sobre tudo, o estado não fornece ao preso (...) o estado não fornece ao preso um recipiente para que ele possa comer (...) tem somente água, luz e as paredes[...] (BRZUSKA, 2016)

No entanto o Estado permaneceu inerte sem adotar as medidas necessárias à implementação do que havia sido decidido e recomendado, notoriamente até os dias atuais o Presidio Central de Porto Alegre encontra-se em péssimas condições em todos os sentidos, violando direitos básicos como saúde, segurança, estrutura física.Segundo a Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, entidades que integram o Fórum da Questão Penitenciária foram notificadas no dia 08 de agosto de 2017 para apresentarem mais informações no caso da denúncia de violação dos

direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre, feita em 2013, junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Organização dos Estados Americanos (OEA, 2017).

Em atenção a notificação e a à abertura do caso 13.353 por parte da Comissão representantes das entidades signatáriasapresentaram as observações adicionais sobre o mérito após verificação in loco junto ao Presídio Central de Porto Alegre – PCPA, no dia 16 de outubro de 2017, com essa medida fez possível mensurar a atenção conferida pelo Governo Brasileiro às violações de direitos humanos, apontadas na representação bem como às medidas solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos na Medida Cautelar n° 8-13, de 30 de dezembro de 2013 conforme consta na petição enviada ao Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (OEA, 2017).

Com a visita in loco buscou-se a análise pontual dos fatos denunciados anteriormente rastreando a real situação do Presídio Central, e verificando o cumprimento da Medida Cautelar Nº 8-13 como consta nas páginas 2 e 3 das alegações finais da AJURIS:

> Diante desses laudos, relatórios e dados colhidos, nesta peça far-se-á a consolidação dessas informações, cotejando-se a situação atual do Presídio Central com a realidade fática à época do protocolo da presente representação, em 10 de janeiro de 2013, e em especial quanto ao cumprimento das medidas cautelares deferidas pela Comissão em 30 de dezembro de 2013, pontuando-se os seguintes aspectos: 1) estrutura; 2) superlotação; 3) perda do controle interno e o domínio das facções; 4) assistência material sonegada; 5) revista e visitas íntimas; 6) ausência das devidas condições de estudo e trabalho; 7) alimentação; 8) saúde. (PRESÍDIO CENTRAL – ALEGAÇÕES FINAIS DA AJURIS – 24-11-17, p. 2-3)

Após a visita in loco os peticionários, observado o procedimento estabelecido no Regulamento, requereram que prossiga a Honorável Comissão no exame da denúncia submetida, conforme constam nas páginas 19 e 20 do documento das alegações finais da AJURIS:

> para DECLARÁ-LA admissível em relação à violação aos direitos à vida (art. 4), à integridade pessoal (art. 5), às garantias judiciais e ao devido processo (arts. 8 e 25), estabelecidos da Convenção Americana de Direitos Humanos, em concordância com o art.1.1 do mesmo Instrumento; aos direitos à vida e à integridade (art. I), à saúde e ao bem-estar (art. XI), à educação (art. XII), à justiça (art. XVIII), ao tratamento humano durante à privação de liberdade (art. XXV), contra penas cruéis e infamantes (art. XXVI), definidos na Declaração Americana

> de Direitos e Deveres do Homem; e aos direitos à saúde (art.10), à alimentação (art.12) e à educação (art.13), do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em concordância com o art.1 do mesmo Instrumento...(PRESÍDIO CENTRAL – ALEGAÇÕES FINAIS DA AJURIS – 24-11-17, páginas 19-20)

Ao final do procedimento constata-se a violação desses direitos e faz a nova recomendação à República Federativa do Brasil dentre a elas o pedido de que no mínimo a medida cautelar seja atendida:

> 1. a adoção das medidas necessárias, dentre as quais, no mínimo, as postuladas como medidas cautelares, para que o Presídio Central de Porto Alegre obedeça aos padrões interamericanos de tratamento de pessoas privadas de liberdade, garantindo a vida, a integridade pessoal, o acesso à justiça, à saúde, ao bem-estar, à educação, à alimentação, e ao tratamento humano aos detentos do Presídio Central de Porto Alegre ...(PRESÍDIO CENTRAL – ALEGAÇÕES FINAIS DA AJURIS – 24-11-17, pagina 20)

Por fim salienta que se as medidas e as demais recomendações não forem observadas seja submetido o caso a Corte Interamericana de Direitos Humanos buscando a declaração da responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil.

> Não cumpridas as recomendações, submeta o caso à Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos, na forma do art.45 do Regulamento da Comissão e art.61 et seq. da Convenção Americana, a fim de que seja declarada a responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil (PRESÍDIO CENTRAL – ALEGAÇÕES
> FINAIS DA AJURIS – 24-11-17, pagina 23 -24)

Desta maneira continuamos na expectativa do desdobramento da atual situação do Presidio Central de Porto Alegre frente Corte Interamericana de Direitos Humanos, visando o cumprimento das recomendações.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando as análises explanadas durante o processo de estudo sobre o tema observa-se que no arcabouço legislativo existe a positivação e um reconhecimento legal na matéria que tange os direitos humanos porem a dificuldade encontra-se na execução e ação prática.

Ao estudar-se a violência num contexto de números planilhas e dados concretos buscarmos compreender o processo que ela percorre, não podemos

deixar de observar que passamos por várias faces de violênciaaté chegarmos ao encarceramento. Na situação em que o sistema prisional brasileiro se encontra verifica-se que aquele sujeito após passar pelo encarceramento ainda enfrentara um processo continuo de violência, pois a sociedade não está preparada para receber o indivíduo novamente. Assim com esse pequeno estudo criamos um ciclo que chamamos de violência-prisão-violência onde contempla-se a necessidade dese colocar impedimentos, na propagação da violência, com a viabilização de oportunidades aos sujeitos expostos. Assim chegamos à conclusão que devemos alcançar a violência em sua primeira fase eos principais meiospara que este ciclo seja corrompido seriam e a oportunidade de uma vida digna juntamente a oportunidade de estudo.

Porem visto que a violência já se encontra instaurada em todos os meios inclusive nos de punição que além de punir deveriam restaurar e reintegrar o indivíduo com a sociedade, com o estudo constatou-se a necessidade de atentar possibilidade intercessão, fiscalização e modificação desses meios pois estes indivíduos retornarão à sociedade.

Esse contraponto dos lados da violência onde o indivíduo sofre e onde a provoca,de modo algum quer vitimar a pessoa privada de liberdade, ou encontrar um único culpado para o caos,e sim buscamos a provocação para fazer com que a sociedade se volte e pense na necessidade de refletir o que é, e o que leva a violência. O estudo tem pretensão de mostrar a urgência de parar de ignorar o sistema prisional e passar a observar qual o caminho que os indivíduos percorrem antes de encontrarem o encarceramento, durante o cumprimento da pena privativa de liberdade e qual o caminho que irão percorrer após saírem do encarceramento, visto que a sociedade faz parte obrigatoriamente desse universo antes e depois devendo refletir e pensar sobre o que acontecera com o indivíduo que passa por um sistema prisional caótico.

Concluindo esta etapa descortinamos a necessidade de nos aprofundarmos cada vez mais no que versa o encarceramento no sistema prisional brasileiro. E também devemos acompanhar a reação da Corte Interamericana de Direitos Humanos com o descumprimento Medida Cautelar Nº 8-13, e das demais recomendações perante ao Brasil.

6 REFERÊNCIAS

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2017. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf>Acesso em: 07 fev. 2018.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/atividades/anuario/>Acesso em:10 fev. 2018.

BOURDIEU, P. **Sobre a televisão**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Levantamento dos Presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais. 2017**.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____:Dados Estatísticos / Mapa de Implantação.2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>.Acesso em: 02 mai. 2018.

_____:Dados das inspeções nos estabelecimentos penais**.** 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>.Acesso em: 28 mar. 2018.

DADOS DAS INSPEÇÕES NOS ESTABELECIMENTOS PENAIS: <http://cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php >. Acesso em: 02 mar. 2018.

_____ Fórum da Questão Penitenciária entrega petição à Comissão de Direitos Humanos da OEA disponível em:http://www.ajuris.org.br/2017/12/06/forum-da-questao-penitenciaria-entrega-peticao-a-comissao-de-direitos-humanos-da-oea/>Acesso em: 22 de mar. 2018.

GALTUNG, J. *(1990).* **Cultural violence**. *Journal of peace research, 27(3), 291-305*.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIA: Disponível em:<http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>Acesso em: 03 mar. 2018.

LOPES JR., Aury e PAIVA, Caio (2014). Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Pagina 13 **Revista Liberdades**, n. 17, set-dez.

NATALINO, Marco Antônio Carvalho **Estimativa Da População Em Situação De Rua No Brasil**. Brasília, outubro de 2016. Disponível

em:<http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7289/1/td_2246.pdf>.Acesso em:18 de mar. 2018.

NETO, O. C. e MOREIRA, M. R. **A concretização de políticas públicas em direção à prevenção da violência estrutural.** Ciência e saúde coletiva. V. 4, n. 1, pp. 33-52, 1999.
NORONHA, M. Magalhães, **Direito Penal**, volume 1, 35º edição, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 223.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (2013). Informe sobre el uso de laprisión preventiva enlas Américas. Relatoría sobre losDerechos de las Personas Privadas de Libertad de laComisión Interamericana de Derechos Humanos. Pag 2

PRESÍDIO CENTRAL – ALEGAÇÕES FINAIS DA AJURIS – 24-11-17 disponível em:<http://www.ajuris.org.br/2017/12/06/forum-da-questao-penitenciaria-entrega-peticao-a-comissao-de-direitos-humanos-da-oea/>.Acesso em: 24 mar. 2018.

_____:OEA apreciará mérito de denúncia do Presídio Central disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2017/09/06/oea-apreciara-merito-de-denuncia-do-presidio-central/>.Acesso em: 23 mar.2018.

RECIBO DE CADASTRO DE INSPEÇÃO. Disponível: <http://cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=2618-1989&tipoVisao=estabelecimento>.Acesso em: 02 mar. 2018.

RELATÓRIO MUNDIAL DA SAÚDE: trabalhando juntos pela saúde. Genebra:OMS. Trad. Brasília, Ministério da Saúde, 2007. <http://pt.scribd.com/doc/50386959/Conceito-de-violencia-pela-OMS>. Acesso em: 15 mar. 2018.

REPRESENTAÇÃO da Violação dos direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA). Disponível em: <http://www.ajuris.org.br/2014/01/02/oea-reconhece-condicoes-precarias-presidio-central/>. Acesso em: 25 fev. 2018.



UM NOVO CAMINHO: PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO EM FAVOR DA RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO[75]

Nathália dos Santos Pires[76]
Felipe Antunez Martins[77]

Resumo:O presente artigo é voltado para os meios alternativos das penas, evidenciando o seu caráter humanitário, qual seja, do benefício de não expor o condenado a cumprir pena privativa de liberdade, substituindo-a pelas penas restritivas de direito. Foram utilizados na elaboração desse artigo científico: doutrina, artigos científicos referentes ao tema, jurisprudência e sites de busca. Ademais, fez-se uso dos métodos dedutivos para sua produção. Objetiva-se, contudo apresentar as situações mais pertinentes ao tema, fazendo uma breve exposição dos principais pontos e da legislação referente ao assunto, comparando-a com a prática.

Palavras-Chave: Penas alternativas; Penas restritivas de direitos; Direito Penal.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Ao observar o quadro em que se encontra o Brasil no que diz respeito ao respeito dos direitos humanos com o preso, pode-se perceber que a Constituição Federal está sendo no mínimo desrespeitada devido o degradante contexto em que o país está inserido, desde falta de recursos econômicos e má administração desses, até a cultura da população.

A partir disso, percebe-se que ao invés de o condenado sair da cadeia sem a intenção de cometer crimes, deixa o presídio com ainda mais pretextos para voltar a

[75] GT 6 -Criminologia, Sociedade e Controle.

[76] Bacharelanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus Santiago-RS. E-mail: nathaliapires99@outlook.com

[77]Advogado. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e de Prática Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santiago/RS, Curso de Direito. Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015), área de concentração "Sistema Penal e Violência", linha de pesquisa em "Violência, Crime e Segurança Pública". Especialista em Ciências Penais (2011), ênfase em Direito Penal e Direito Processual Penal. Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pelotas/RS (2009). É professor coordenador do Grupo de Execução Penal e Criminologia (GEPCRIM) da URI - Campus Santiago/RS. É membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança e Administração da Justiça Penal (GPESC) da PUCRS. Foi professor visitante no Curso de Direito da Faculdade - CNEC, em Gravataí/RS, onde ministrou aulas na disciplina de Direito Penal. Foi professor no Curso de Pós-Graduação Lato Senso em Direito Penal e Processo Penal da Faculdade de Direito da Anhanguera, na cidade de Pelotas/RS. Foi professor no Curso Técnico em Segurança Pública da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul (2011-2016). Foi professor integrante das bancas examinadoras do Curso Superior de Polícia Militar da Brigada Militar (CSPM) 2014/2015, sediado na Academia da Polícia Militar, na cidade de Porto Alegre. É professor em cursos preparatórios para concursos públicos (carreiras jurídicas, exame de ordem etc). Revisor de periódico da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e da Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena/UFMG. E-mail: felipeantunezmartins@yahoo.com.br.

cometer delitos, pois o meio onde é posto torna isso possível e geralmente como consequência da passagem.

Tem-se como objetivo principal dessa pesquisa,expor o contexto histórico da pena; a realidade do sistema penitenciário brasileiro e fazer uma breve explanação sobre as penas restritivas de direito.Nesse sentir, busca-se refletir sobre a seguinte questão: A partir da precariedade da situação dos presídios brasileiros há como se efetivar os objetivos da pena? As penas alternativas são um meio positivo tanto para o condenado como para a sociedade?

2. REALIDADE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO EM FACE DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Ao analisar o contexto de evolução das penas, pode-se perceber que muitas mudanças aconteceramprincipalmente na modificação de como se dá hoje em dia as punições, tendo que antigamente eram bárbaras e em tese atualmente buscam o respeito dos direitos humanos.

Apesar disso, percebe-se uma contrariedade ao observar a falta de tudo em penitenciárias, diz-se tudo, pois realmente, há carência desde o colchão até o alimento que é escasso, e às vezes inexistente.Ora, a pena possui caráter punitivo, mas também busca pela ressocialização do apenado, no Brasil adota-se a Teoria da Pena Mista, tendo o objetivo de fazer o preso responder pelo que fez, mas não só isso como também conduzi-lo a não voltar a realizar atos maléficos a sociedade após cumprir sua pena, porém não é o que acontece.

Considerando a situação caótica das prisões, não se pode ao menos cogitar a hipótese de ver o preso vir a se recuperar ou progredir do estado em que chegou à penitenciária até que de lá saia, pois “como recuperar homens que estão amontoados, sem condições sequer de sobrevivência?” (MUAKAD, 1984, p.21).

Irene Batista Muakad no século XX, já conseguia observar essa realidade precária dosistema carcerário brasileiro, se nessa época já era possível impressionar-se, quem dirá nos dias atuais, com o maior número de encarcerados, dentre outros agravantes.

2.1. Situação das penitenciárias

A violação dos direitos humanos nos cárceres brasileiros é perceptível, várias denúncias são feitas para tentar promover a correção desse fato, mas muito pouco é colocado em prática, quase nada, ao equiparar a enorme deficiência do resultado que deveria ser alcançado. Em síntese, segue o trecho abaixo:

> Apesar do apoio do governo federal e de alguns governos estaduais para superar as deficiências do sistema penitenciário mediante a construção de novos presídios, a oferta de trabalho e a informatização de dados e serviços, prevalecem, na maioria dos Estados prisões ruinosas, pletóricas, fétidas, onde as condições são atrozes, desumanas, e os presos, de diferentes categorias, em geral pertencentes às classes desfavorecidas, alguns esquizofrênicos, depressivos, psicóticos, convivem amontoados, quase sempre sem fazerem nada, com a mão debaixo do braço, em territórios do medo, que se equilibram perigosamente sobre barris de pólvora. (LEAL, 2010, p. 128).

Realmente, é inaceitável expor a condição da pessoa humana a uma situação como essa que foi descrita acima, valores que estão na Constituição Federal estão sendo usurpados dia pós dia com essa terrível atrocidade e rompimento para com os Direitos Humanos.

Não se pode ter uma real noção de como está esse sistema caótico sem entrar num presídio, acontecem tantas coisas que a imaginação foge ao presenciar tanta dor e sofrimento. São comuns as características a seguir nos presídios brasileiros, com raras exceções:

> Uma cela fechada que abriga um número maior de pessoas que a sua capacidade acarreta em problemas como o calor e a falta de ventilação [...] Outro problema é a falta de mobilidade, a comida tem que passar de mão em mão para chegar aos apenados que estão no interior da cela, e a dificuldade de chegar aos banheiros fazem os presos procurarem alternativas tais como a utilização das embalagens das marmitas para satisfazer as necessidades e até mesmo urinar para fora da cela. Não há privacidade alguma em penitenciárias e presídios superlotados[...] (SILVA, 2013)

Em suma, não se consegue encontrar a efetivação de determinados textos legais como, por exemplo, o artigo 5° da Constituição Federal parágrafo III o qual possui a seguinte redação: “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988), ou ainda, o artigo 38 do Código Penal que possui a determinada disposição: “O preso conserva todos os

direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral". (CÓDIGO PENAL, 1940)

O que esperar de uma legislação que além de não ser cumprida é desrespeitada até pelo próprio Estado? Pois, este ao se omitir perante tal situação, rechaça e desconsidera todos os esforços que foram feitos para se atingir o texto legal e o respeito à sociedade.

Assim sendo, como dito, o governo não tem um maior comprometimento com essa questão, porque do que vale obras para construir mais presídios, busca de recursos para as penitenciárias, dentre outras melhorias que poderiam ser feitas, se a população não considera como algo plausível investir o dinheiro público nisso?

Logo, o que trás votos aos governantes são iniciativas "visíveis" e apoiadas pela população, por consequência os mesmos não vêm a investir nesse tipo de segurança pública, dado que os cidadãos em sua maioria desprezam ou rejeitam qualquer forma de melhora nas penitenciárias, trazendo consigo aquele espírito da Idade Média, construído em cima de vingança e retribuição para com os apenados.

Entretanto, as pessoas não adicionam a essa perspectiva o fato que estão prejudicando a si mesmas, tendo que os presos de hoje serão piores amanhã se nada for feito, pois aquele apenadouma hora ou outra, o mesmo que sofreu as mais variadas torturas físicas e psicológicas quando encarcerado,retornará ao berço da sociedade e dificilmente deixará de refazer o que viveu dentro da prisão para o convívio social.

Desse modo, o pensamento das pessoas precisa mudar, porque só quando se tem o mínimo de empatia com o próximo, coloca-se a frente o espírito de vingança e dá-se lugar ao racional que pensa no futuro de quem sai de lá e em sua própria melhor qualidade de vida. Somente a partir dessa metamorfose é possível mudar toda uma construção arcaica que não cabe mais no presente.

2.2.Efetivação dos objetivos da pena (ressocialização e retribuição)

A priori, a pena serve para adequar a norma abstrata ao caso concreto, quando houver a incidência de uma conduta típica, antijurídica, ilícita e culpável, isto é, aplicar-se-á a pena quando o agente infringir a lei penal.O Brasil adota a teoria da

pena mista, também denominada eclética ou unificadora, esta por sua vez é uma espécie de união das duas outras teorias existentes sendo a absoluta e a relativa.

Essa mescla de teorias tem dois principais objetivos, o primeiro versa sobre a punição do criminoso, ou seja, retribuir o mal causado com outro que no caso é a privação de liberdade. O segundo volta-se para a prevenção/ressocialização do preso, trazendo o intuito de função utilitária, almejando com isso que o apenado saia da cadeia e não volte a cometer crimes.

Nesse sentir, comparando a teoria à prática, percebe-se ausência de requisitos necessários para que houvesse a real efetivação da teoria mista, visto que somente a teoria absoluta está sendo aplicada, e mal, pois nem mesmo o tempo que deveria ficar apenado, o preso permanece.

Não há como falar em ressocialização ao perceber a realidade do sistema penitenciário, como ratifica o texto a seguir:

> A doutrina em geral ressalta os males prisões, apontando sua falência como meio reformulador do delinquente. Evidentemente que no decorrer dos tempos algumas modificações ocorreram, mostrando progresso em relação aos desumanos calabouços primitivos, mas não foram suficientes do ponto de vista da reeducação dos condenados, ajudando muito pouco ao homem em sua luta contra o crime.A opinião dominante é de que não é possível reabilitar o condenado ao convívio social, aplicando-se-lhe um isolamento que não é natural, que lhe traz, pelo tipo de vida a que obriga, repercussões negativas em seu físico e psiquismo, tornando-o ainda mais anti-social, por não lhe proporcionar uma existência racional e normal, levando-o a uma despersonalização incompatível com a vida em liberdade. (MUAKAD, p.24, 1984).

Nesse sentir, é interessante mencionar que o estado que os condenados se encontram pouco ou nada é possível ser feito para transformar o comportamento voltado para o crime, para alguém reinserido na sociedade, pronto para trabalhar, reconstruir a vida e esquecer o passado.

Desse modo, tais exposições são provadas até mesmo pelo nível de reincidência dos apenados. O Departamento Penitenciário Nacional (Depen) através de uma pesquisa nacional de reincidência considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional relatou uma taxa de reincidência de 70% no Brasil, o que prova mais uma vez que algo está errado, o modo de punir não está sendo correto, pois se assim fosse às finalidades da pena estariam sendo efetivadas.

3. PENAS ALTERNATIVAS

As penas alternativas ou também chamadas de penas restritivas de direitos, buscam por um perfil específico de preso, isto é, voltam-se para determinados infratores que respeitem características tais como: baixo potencial ofensivo, antecedência, a condutada social e a personalidade. Nesse sentir, percebe-se o caráter não de buscar afastar a ilicitude do fato, mas sim de substituir a pena de prisão.

Assim sendo, é uma medida que visa não apenas punir, mas também inserir no condenado o caráter de ressocialização que foi esquecido, e através das medidas alternativas volta dando o sentido real dos objetivos da pena, pois insere o caráter educativo e social, não afasta o infrator da sociedade e da família, incentivando-o a não mais cometer crimes, mas ao mesmo tempo punindo-o pelo que fez.

3.1. Tipos de penas alternativas

A priori, as penas restritivas de direitos encontram-se no artigo 43 do Código Penal, tendo sua redação dada pela Lei 9.714/98, substituindo a pena de prisão por possíveis cinco outras penas, como a prestação pecuniária, perda de bens e valores, prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas, interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana. Essas por sua vez podem ser aplicadas individualmente ou conjuntamente. Como nota-se na jurisprudência a seguir:

> E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS PRETENDIDO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA REDUTORA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI ANTIDROGAS NO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS) – POSSIBILIDADE – REQUISITOS PREENCHIDOS – ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPÓREA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – VIABILIDADE – RECURSO PROVIDO. I– A prática de atos infracionais pelo agente não pode obstar a aplicação da redutora prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 por levar a conclusão de que por tais incursões o réu dedica– se à atividade criminosa, vez que tais atos dizem respeito à práticas da pessoa em desenvolvimento e não se prestam a gerar sequer antecedentes ou

> reincidência. II- A fixação do regime inicial de cumprimento da pena, mesmo em condenações por tráfico de drogas, deverá observar as regras gerais do art. 33 do Código Penal, em respeito ao princípio da individualização da pena, por isso se o Apelante não é reincidente, não são desfavoráveis as circunstâncias judiciais e não é a pena definitiva superior a 04 (quatro) anos, o regime adequado é o aberto. III- Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, defere-se ao Apelante a substituição da pena corpórea por duas restritivas de direitos. Contra o parecer, recurso defensivo provido.
> (TJ-MS - APL: 00032351120138120001 MS 0003235-11.2013.8.12.0001, Relator: Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Data de Julgamento: 15/06/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 18/06/2015). (TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2013)

Diante do exposto, tendo em voga que o réu não possuía reincidência, o regime passou a ser aberto e ao que se refere às lesões corporais foi considerado o uso de duas penas restritivas de direito, substituindo desse modo a de liberdade.

Vale salientar que existem critérios para que se possa valer das penas restritivas de direito, esses estão elencados no artigo 44 do Código penal com a seguinte redação:

> Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
> II – o réu não for reincidente em crime doloso;
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (CÓDIGO PENAL, 1940)

Logo, o juiz terá a função de analisar o caso concreto e o agente através da observação desse artigo para assim poder aplicar a devida pena, tendo que se o infrator não estiver de acordo com as condições explanadas, não poderá ser substituída a pena privativa de liberdade, salvo determinados casos, elencados nos parágrafos posteriores dessa mesma disposição.

Outro ponto importante que vale ser mencionado é o artigo 44 parágrafo § 4° que menciona: “A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta”(CÓDIGO PENAL, 1940), assim, é possível perceber que ao haver descumprimento da pena da pena restritiva de direito, voltar-se-á para o regime de privação de liberdade, visto que é desconforme haver um abrandamento do regime e o infrator ainda assim não vir a cumprir determinada sanção.

Desse modo, achou-se necessário uma breve explicação sobre cada uma das possíveis penas restritivas de direito, pois a seguir poder-se-á explicar e salientar como as mesmas se dão e no que consistem.

3.1.1. Prestação Pecuniária

Tal medida destina-se com o fim de reparar o dano causado pela infração penal, assim se faz oportuno mencionar o texto do artigo 45, § 1° do Código Penal:

> A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.(CÓDIGO PENAL, 1940)

A partir disso, a vítima, seus dependentes, em regra, receberam determinada quantia que o juiz entender justa para sanar as consequências pelas infrações práticas. Porém vale salientar que em duas situações haverá destinatários diversos dos supramencionados, expostas abaixo:

> (a) Se não houver dano a reparar ou (b) não houver vítima imediata ou seus dependentes. Nesses casos, e somente nesses casos, o montante da condenação destinar-se-á “a entidade pública ou privada com destinação social”. (BITENCOURT, 2017, p.687)

Como ressaltado acima, somente nesses casos utilizar-se-á tais destinatários, sendo esses secundários e subsidiários, colocando o caráter indenizatório com finalidade última e o reparo ou prejuízo causado as vítimas ou dependentes, como situação principal.

3.1.2. Perda de bens e valores

É uma pena restritiva de Direitos que beneficia o Fundo Penitenciário Nacional, que dará como fim ao valor do montante do prejuízo causado ou do produto obtido pelo agente ou por terceiro em consequência da prática do delito, destino às reformas e obras em estabelecimentos prisionais(GARBUGGIO, 2002). Tal medida, encontra-se no artigo 45, § 3°do CP com a seguinte redação:

> A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em conseqüência da prática do crime. (CÓDIGO PENAL, 1940)

Nesse sentir, o patrimônio do condenado será afetado como forma de restituir o prejuízo causado,o que desestimula a reiteração. “Consequentemente, a atividade criminosa não ocasionará lucro, além de enfraquecer o poder econômico”. (GARBUGGIO, 2002)

3.1.3 Prestações de serviço à comunidade ou a entidades públicas

Trata-se de serviços gratuitos à comunidade ou às entidades públicas, há um respeito ao horário de trabalho do condenado, ou seja, a medida será em horário diverso, já com o objetivo de não afetar o sustento da família e até mesmo piorar a situação econômica do sentenciado.

Esse dever de prestar está intimamente ligado com o caráter de não tirar a pessoa do meio social, encontra-se regulada pelo artigo 46 do CP que possui o seguinte texto:

> Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
> § 1o A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.
> § 2o A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.
> § 3o As tarefas a que se refere o § 1o serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.
> § 4o Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (CÓDIGO PENAL, 1940)

Ademais, frisa-se a necessidade da privação de liberdade ser superior a seis meses de privação da liberdade, e condenado deverá aceitar tal sanção, o trabalho não será remunerado, deverá ter utilidade social nos devidos lugares estabelecidos e será estipulado conforme as capacidades do apenado a realizar uma tarefa específica.

3.1.4. Interdição temporária de direitos

Esse tipo de pena restritiva de direitos é específica, ou seja, é aplicada somente a determinados crimes. É uma das que causa maior efetividade da Justiça Penal, além de haver grande reflexo econômico. Encontra-se no artigo 47 do CP, citado abaixo:

> Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:
> I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;
> II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;
> III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.
> IV – proibição de frequentar determinados lugares.
> V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (CÓDIGO PENAL, 1940).

É interessante mencionar que os incisos I e II, só serão aplicados em casos de “crimes praticados com abuso ou violações aos deveres inerentes a cargo, função, profissão, atividade ou ofício” (BITENCOURT, 2017, p.700). Ao que toca o inciso III, há ligação com crimes culposos de trânsito, buscando proteger os demais de futuros acidentes, por exemplo. Ainda, o inciso IV, geralmente incide em casos de violência doméstica contra a mulher ou como “medida cautelar no curso da ação penal ou no próprio inquérito policial” (CURCI, 2013). Por fim, ao que tange o inciso V trata-se de delitos contra a administração pública.

3.1.5. Limitação de fim de semana

Essa sanção consiste no dever de o condenado permanecer aos sábados e domingos, por cinco horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado, buscando a não prejudicar as atividades laborais do condenado, conforme artigo 48 do CP. Segue uma jurisprudência sobre o assunto:

> APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA. LIMITAÇÃO DE FIM DE SEMANA. SUBSTITUIÇÃO POR OUTRA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE.

> Justificada a impossibilidade de o recorrente cumprir a pena de limitação de fim de semana, em razão de sua ocupação profissional, possível é a sua substituição por outra restritiva de direitos, adequada às ocupações do réu. Substituída a pena por outra de prestação de serviços à comunidade. RECURSO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2012)

Nesse caso, houve uma substituição da pena restritiva de limitação de final de semana para a de prestação de serviços à comunidade, pois o recorrente trabalhava aos finais de semana e como a pena restritiva de direito não tem finalidade de prejudicar as atividade profissionais do albergado, logo, aconteceu essa troca.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir de todas as concessões feitas, pode-se perceber a importância das penas restritivas de direito às pessoas que dela podem se beneficiar, visto que ao invés das mesmas serem submetidas a prisões que de nada vão contribuir para o melhoramento do seu comportamento - podendo até mesmo piora-lo - é possível fazê-los pagar pelos crimes que cometeram coma esperança de não retornarem para vida de delitos.

Infelizmente, como supracitado anteriormente, sabe-se que as penitenciárias não são o lugar adequado para receber a população carcerária, por diversos motivos, logo, é impossível se falar de ressocialização ao comparar o que a legislação almeja com a realidade.

Há muitos discursos errôneos que se seguram na ideologia de que “cadeia é para gente”, mas se ao menos adentrarmos à verdadeira realidade de cada presídio ou da maioria deles, vê-se que aqueles lugares não são adeptos nem para animais, muito menos a seres humanos.

Nesse sentir, as penas restritivas de direito nos são um princípio de expectativa para alcançarmos ao menos a ressocialização de uma parte dos condenados, já que na conjuntura atual do Brasil, é impossível, ao menos agora, falar da efetivação completa dos objetivos da pena adotados pelo Estado.

5. REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto**. Tratado de direito penal**: parte geral 1. 23 ed. ver.,ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Código Penal de 1940**. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 8 abril, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 de março, 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul**. Relator: Desª. Maria Isabel de Matos Rocha, Data de Julgamento: 15/06/2015, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205016620/apelacao-apl-32351120138120001-ms-0003235-1120138120001>.Acesso em: 20 de abril, 2018.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** Relator: Nereu José Giacomolli. Data de Julgamento: 28/06/2012. Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 20/07/2012). Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21972947/apelacao-crime-acr-70048457147-rs-tjrs>. Acesso em: 1 maio, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dados do Conselho Nacional de Justiça sobre reincidência**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>. Acesso em: 3 maio, 2018.

CURCI, André Rosengarten. **As Penas Restritivas de Direitos em Sentido Estrito.** 2013. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10819> . Acesso em: 2 maio, 2018.

GARBUGGIO, Juliano**. Pena alternativa da perda de bens e valores e confisco.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 10, ago 2002.Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4706>. Acesso em: 30 abril, 2018.

LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2010.

MUAKAD, Irene Batista. **Prisão Albergue**. São Paulo: Cortez, 1984.

SILVA, Elisa Levienda.**A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em:



<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/realidade-do-sistema-penitenci%C3%A1rio-brasileiro-e-o-princ%C3%ADpio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 8 abril, 2018.



O HABEAS CORPUS E O JULGAMENTO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PELAS CÂMARAS CRIMINAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

GONÇALVES, Thomas Ramos[78]
MARTINS, Felipe Antunez[79]

RESUMO: Este presente artigo tem como objetivo realizar um estudo do remédio constitucional do Habeas Corpus, expondo sua previsão legal na Constituição Federal do Brasil e no Código de processo penal e considerações a respeito da sua eficácia no Tribunal de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul, nos julgamentos do crime de tráfico de entorpecentes, ocorridos na primeira e terceira câmara criminal. Utilizando-se da pesquisa bibliográfica, na doutrina, assim como na própria legislaçã brasileira, busca-se dissertar levando em conta o entendimento de autores pesquisados, e jurisprudências conforme o posicionamentoe divergências das respectivas câmaras criminais no tribunal de segundo grau. No decorrer do trabalho foi exposto a sua previsão legal, as partes do Habeas Corpus, suas espécies, e quando se deve impetrar esta açãoe o processamento deste recursoconforme o regimento interno do respectivo tribunal, juntamente com a realização de uma análisede jurisprudências decorrentes de processos julgados das câmaras citadas. Foi possível concluir que as câmaras tem um entendimento divergente a respeito da matéria, o que é normal em virtude de existir juízes com posicionamentos diferentes, e que para a existência e continuidade de um Estado Democrático de Direito deve-se manter o respeito pela indepêndencia do Poder Judiciário mesmo e principalmente nas decisões que nos possam gerar questionamentos, levando em consideração sempre contraditório.

Palavras-Chave: Habeas Corpus; tráfico; câmaras criminais;

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A expressão latina *Habeas Corpus*, no qual sua traduçao para o português signfica, *"*tome seu corpo*"*não é recente. Desde os antigos períodos clássicos da história, ainda nas primeiras civilizações do homem que instituíram um ordenamento jurídico, já buscavam-se meios legais de preservar a liberdade do bem jurídico mais tutelado na época vigente, sendo sempre independentemente de valores e da concepção existente a respeito do conceito de liberdade, tendo a vida, cujo bem jurídico mais importante e protegido pelas primeiras e antigas sociedades que seguiram uma política, qua ao passar por um processo de evolução e de conquistas no decorrer da história da humanidade, atualmente na nossa sociedade contemporânea foi usado para a formação do conceito de Estado.

[78]O autor possui graduação no Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, Câmpus de Santiago, RS. E-mail: thomasramos40@hotmail.com
[79]Professor de Direito Penal, Processo Penal e Práticas Jurídicas da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Câmpus de Santiago/RS. Especialista em Ciências Penais. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado criminalista. E-mail: felipeantunezmartins@yahoo.com.br

Ao se realizar um estudo mais aprofundado a respeito da origem e consequentemente evolução deste heróico remédico constitucional, previsto no ordenamento jurídico brasileiro deve-se dar crédito ainda a antiga civilização romana pela criação do que antigamente era um procedimento judicial que visava proteger os elementos de participação e liberdade política, para os homens que eram livres, ou seja, os que não eram escravos. Há de se ressaltar que o conceito de liberdade que existia na antiguidade possuía um caráter primitivo, limitado pois o mesmo não estava interligado com a liberdade de locomoção e sim a possibilidade da participação das classes populares na gestão do governo.

Entretanto, foi somente na Inglaterra no ano de 1215, na Carta Constitucional, no qual originariamente foi escrita em latim, a"Magna Charta Libertatum" promulgada no dia 15 de junho do referido ano, mediante na época através do o rei João Sem Terra em seu Capítulo 29 em que pode-se encontrar os princípios essenciais do Habeas Corpus entre as conquistas do povo inglês a garantia prática, imediata e utilitária da liberdade física.

Em se tratando doordenamento jurídico brasileiro, tal recurso teve sua primeira manifestação ainda no Império de Dom Pedro I, no ano de 1821, mediante um alvará expedido pelo Imperador assegurando a liberdade de locomoção. Entretanto, o termo próprio Habeas Corpus só iria surgir no ano de 1832, tendo referência apenas no Código de Processo Criminal de primeira instância, no Título VI em seu artigo 340 com instruções até o artigo 355, mas foi somente após Proclamação da República na data de 15 de novembro de 1889, no qual permaneceria positivado ainda nas constituições dos Estados e posteriormente no Código de Processo Penal de 1941 e na Constituição brasileira de 1988 no qual será abordado ainda neste presente artigo.

Além disso, é preciso que se diga que o Habeas Corpus nos dias atuais é um remédio cuja previsão legal se encontra em inúmeros outros dispositivos, inclusives sob caratér internacional. Dentre os dispositivos, há de se mencionar aConvenção Interamericana de Direitos Humanos, que também é conhecida pelo pacto de San José da Costa Rica, encontramos sua previsão no artigo 7º, §7º que proíbe a prisão civil por dívidas, no qual aderiu ao ordenamento jurídico brasileiro

através da Súmula Vinculante sob o nº 25, restringindo a prisão por dívida, apenas nos casos de inadimplente por pensão alimentícia.

É notório para a população brasileira de que o crime de tráfico de entorpecentes é o responsável pela massiva população carcerária existente no Brasil. Ao analisarmos a situação percebemos a gravidade que o sistema prisional brasileiro enfrenta a ponto de junho de 2016, o Supremo Tribunal Federal retirar a natureza hedionda para os réus que são condenados pelo tráfico privilegiado como tentativa de tentar buscar a mais lídima em relação aos réus cuja grande maioria compõe pessoas pobres que são usadas pelo crime organizado, e buscar "desafogar" as prisões.

Entretanto, apesar de tal decisão visar uma redução de danos sob a perspectiva da matéria em relação ao mérito e consequentemente de execução de pena, pode-se dizer que através deste novo entendimento do Supremo Tribunal Federal pode ser utilizado para cristalizar entendimentos que já estavam consolidados na terceira câmara criminal e manter o posicionamento já existentes na primeira câmara criminal, gerando reflexos inclusive no julgamento do Habeas Corpus, remédio constitucional no qual não visa adentrar no méritoe queserá analisado através de julgados de ambas as câmaras.

2 UM ESTUDO DOGMÁTICO DO HABEAS CORPUS

Em se tratando de previsão legal, o Habeas Corpus, encontra-se na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXVIII e no Código de Processo Penal de 1941 noCápitulo X que trata do referido recurso e do seu processo entre o artigo 647 até o 667.

Ao realizarmos um estudo do Habeas Corpus, antes de se adentrar para a sua finalidade e quando se deve recorrer a este heroico remédio constitucional, é necessário em um primeiro momento abordar as partes que o compõe.

Há o paciente, no qual é a pessoa que é designada que sofre, ou irá sofrer um constrangimento ilegal. Por outro lado, nos deparamos com a figura do coator que é a pessoa que exerce ou ameaça exercer constrangimento com algum ato.

Assim, ao vermoso termo, impetrante, estamos diante da legitimidade ativa, da pessoa que pode, e que pede que a ordem de Habeas Corpus seja concedida. O Habeas Corpus, pode ser impetrado por qualquer pessoa, até pelo próprio paciente, que caso prefira, possa optar para que um advogado o faça, desde que haja procuração, podendo o paciente ser até estrangeiro.

Além disso é preciso que se diga que o Ministério Público também possui legitimidade para impetrar o Habeas Corpus para qualquer pessoa, como consta no artigo 654 do Código de Processo Penal e no artigo 273 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Já, por outro lado, a palavra impetrada, refere-se a autoridade a quem é dirigida o pedido, ou seja sempre um grau hierarquicamente acima da autoridade coatora. Logo, se estamos diante de um caso em que um(a) juiz(a) de primeiro grau decreta a prisão preventiva de um indiciado, tal ato o torna como autoridade coatora, tendo que o Habeas Corpus que busque um alvará de soltura, com a respectiva revogação da prisão seja impetrado no Tribunal de Justiça do respectivo estado, por estar hierarquicamente acima do ato do juiz.

Ao se estudar as espécies, os tipos, há de se dizer que existe duas modalidades de Habeas Corpus, o preventivo no qual é concedido quando alguém é ameaçado de sofrer uma violência a sua liberdade de locomoção, onde ao se conceder a ordem, se expede um salvo-conduto assinado pelo juiz como consta no artigo 660, §4º, do Código de Processo Penal, ou se tiver sido julgado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o mesmo será assinado pelo presidente do tribunal ou relator do respectivo acórdão favorável, como consta o §3º do artigo 280 do Regimento Interno do Tribunal Gaúcho.

Assim como existe o Habeas Corpus liberatório ou repressivo que visa colocar o paciente em liberdade através da expedição de um alvará de soltura quando a restrição ao direito de locomoção já tiver ocorrido, se a decisão dos desembargadores ao julgarem for favorável ao paciente e se não há nenhum outro motivo para que sua prisão seja mantida como prevê o artigo 660, §1º do referido código.

Em se tratando de cabimento deste heroico remédio constitucional, primeiramente pode-se dizer que não há a necessidade de se existir uma ordem de

prisão preventiva expedida por um juiz(a) de primeiro grau, ou até mesmo que a pessoa já se encontre recolhida em um estabelecimento prisional. Fica configurado o cabimento desta ação, sempre que existir um ato contra a liberdade de locomoção do cidadão, seja se o ato foi uma ameaça que já foi concretizada, ou em potencial, como já mencionadas nas suas espécies.

Quando nos deparamos com o termo "potencial", há de se dizer que este se refere a qualquer atividade persecutória no qual tenha como finalidade buscar a apuração de um fato imputado ou que possa ser imputável a uma pessoa individualmente.

Nesse sentido, Eugenio Pacelli Oliveira nos ensina que:

> […] Nesse, sentido, a simples instauração de inquérito policial ou de procedimento investigatório será suficiente para configurar situação de ameaça potencial à liberdade de locomoção, quando dirigida a fato certo e a pessoa previamente determinada, e desde que, para a conduta, seja prevista imposição de pena privativa de liberdade. (OLIVEIRA, 2014, p. 1041).

Sendo assim, não é incomum nos depararmos em situações em que advogados pleiteiam ainda na fase pré-processual, durante o procedimento investigatório impetrar o Habeas Corpus com fim de alcançar uma finalidade imediata como o arquivamento do inquérito policial em andamento, no qual pode vir como também não acontecer, já que uma das características do inquérito é o fato de ser um procedimento dispensável.

Entretanto para que ocorra o trancamento de uma ação penal já em andamento, ou para que ainda na fase pré-processual o inquérito seja arquivado é necessário que estejam presente de maneira comprovada algum dos pressupostos das medidas cautelares.

O primeiro é o *periculum in mora*, no qual se caracteriza pela demora do poder estatal em realizar uma prestação gerando um excesso de prazo que ocasiona um constrangimento ilegal para a pessoa, como ocorre nos casos em que pessoas ficam recolhidas no estabelecimento prisional provisoriamente por anos até receberem uma sentença, muitos casos até se quer antes do término da instrução processual, ou quando fica nítido o excesso de tempo, que no fim gera

constrangimento para o réu em cumprir uma das medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal, constantemente já sem necessidade.

A frase em latim *fumus boni iuris* ou também a expressão *fumus commissi delicti*, no qual é muito utilizada por doutrinadores no Direito Penal, cuja a tradução de ambas as expressões para o português tem como significado aparência de bom direito, pode ser interpretada também pela expressão "onde há fumaça, há fogo". Sendo assim, ao se impetrar um Habeas Corpus, deve-se provar a ausência da materialidade para que a prisão tenha ocorrido.

E por fim e não menos importante, nos casos de Habeas Corpus liberatório, cujo já tenha sido decretada a prisão preventiva, o próprio paciente, ou seu impetrante, no qual possivelmente possa ser seu advogado constituído com procuração para tais poderes, deverá demonstrar a ausência do *periculum libertatis*, de que o paciente não apresente risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para a aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal, como consta no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Logo nas palavras do já falecido processualista brasileiro Hélio Tornaghi podemos concluir que:

> Na realidade, o habeas corpus é remédio judiciário contra o mal da ilegalidade, do excesso ou do abuso de poder de que resulta violência ou coação na liberdade de ir e vir. Da ilegalidade, não da injustiça, que não se discute no processo do habeas corpus. (TORNAGHI, 1981, p 410)

Assim, quando o Habeas Corpus é enviado para o tribunal de justiça, e após da sua distribuição com a data de julgamento marcada, os desembargadores não irão julgar a prova relacionado ao mérito, se o paciente é culpado ou não, e sim a prova da ilegalidade que foi alegada no referido recurso.

3 O POSICIONAMENTO DAS CÂMARAS CRIMINAIS DO TRIBUNAL GAÚCHO.

Como já foi estudado, anteriormente a impetração do Habeas Corpus, sempre se dará para a autoridade cujo grau seja hierarquicamente superior dentro da Poder Judiciário. Assim em se tratando de crimes de tráfico de entorpecentes,

quando um juiz de 1º instância não relaxa a prisão ilegal, mantendo a preventiva, a ordem do remédio constitucional deve ser dirigida com o seu respectivo endereçamento na petição para o Presidente do Tribunal Estadual, se a competência for Estadual, assim caso seja Federal nos casos do tráfico transnacional como prevê o artigo 70 da Lei 11.343 de 2006.

O Habeas Corpus, acima de tudo é um remédio constitucional fruto de conquistas de um Estado Democrático de Direito, no qual não pode ser suprido por ser cláusula pétrea, pois o mesmo age como protetor dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal contra qualquer abuso da parte do Estado.

Vicente Greco Filho em uma de suas obras diz que:

> O procedimento do*habeas corpus*tem preferência sobre os demais, devendo ser apreciado com a urgência que lhe cabe.O juiz, ao receber a ação, se necessário, e se estiver preso o paciente, poderá mandar que este lhe seja imediatamente apresentado, em dia e hora que designar (CPP, art. 656), ou, se necessário, poderá locomover-se ao local em que o paciente se encontrar. (GRECCO FILHO, p. 1206, 2012)

Tal recurso possui tamanha importância no nosso ordenamento jurídico, no qual o Tribunal Gaúcho, apenas reforça o posicionamento ao estudar o seu respectivo Regimento Interno em especial Parágrafo Único do artigo 278 em que o Relator do acórdão, poderá conceder medida liminar se tiver no presente recurso, em favor do paciente até decisão do feito se houver grave risco de violência, convocando-se sessão especial, se necessário.

Sendo assim, Tourinho (2013, p. 679) nas suas palavras nos diz que “uma das mais belas criações da nossa jurisprudência foi a de liminar em pedido de habeas corpus, assegurando a maneira mais eficaz o direito de liberdade.”.

Aliás nesse sentido, é preciso que se diga que esse entendimento de se resguardar a importância desta ação constitucional é nítido, não apenas pela sua preferência nos demais julgamentos, e pela possibilidade do julgamento de algum pedido liminar antecipado e sim também pela possibilidade no qual o próprio Código de Processo Penal expõe dando a liberdade para os juízes e o Tribunal poder expedir quando no curso do processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer alguma coação ilegal de oficio ordem de Habeas Corpus, como consta no §2º, do artigo 654 do referido código.

Assim, antes de se realizar um estudo a respeito das jurisprudências em decorrência de julgamentos de Habeas Corpus nos crimes de tráfico de entorpecentes pela primeira e da terceira câmara criminal, para um melhor entendimento da matéria e do processamento é preciso abordar alguns pontos a respeito do processamento do recurso e da estrutura que compõe o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

De acordo com o artigo 20-B do Regimento Interno do Tribunal, há quatro Turmas Criminais, sendo que a primeira compõe a 1ª, 2ª e 3ª no qual se refere ao estudo deste artigo. Já cada câmara criminal é composta por até 5 desembargadores, nos quais apenas 3 participam das sessões de julgamento, como prevê o artigo 23.Ainda como dispõe o artigo 24 letra "a", é de competência das câmaras criminais separadamente processar e julgar os pedidos de Habeas Corpus quando os atos de violência ou coação ilegal forem atribuídos a Juízes e membros do Ministério Público de primeira instância, o que nos remete novamente ao que já foi estudado que quando existir coação ilegal, será autoridade cuja hierarquia seja superior que irá julgar o pedido de Habeas Corpus.

A 1ª, 2ª e 3ª câmara criminal tem seus processos distribuídos entre si por sorteio de acordo com a matéria de sua especialização, como o julgamento dos crimes de entorpecentes como consta no artigo 24-A, letra "b" do Regimento Interno.Seno assim, realizado o estudo do processamento do Habeas Corpus e desta brece passagem a respeito da estrutura interna que compõe o Tribunal de Justiça, passamos a análise das jurisprudências e entendimento da primeira e terceira câmara criminal.

3.1 O posicionamento da primeira câmara criminal.

Inicialmente, é preciso lembrar que aquele cidadão, que troca, comercializa entorpecentes, quem comete o crime de tráfico, infringe as sanções penais prevista entre o artigo 33 e outras modalidades de tráfico existentes até o artigo 39 da Lei 11.343/06. Logo, nas condenações por tráfico, o mais comum é pelo caput do artigo 33, devido ao fato de ser o mais extenso, atribuindo inúmeras condutas que por si só, já tipificam o crime.

Como dito, ainda nas considerações iniciais deste presente artigo, ainda no ano de 2016, mais especificamente na data de 24 de junho ao julgar o Habeas Corpus sob o nº 118533/MS o STF decidiu em remover o caráter hediondo para os réus que são primários, entendendo que o tráfico privilegiado não deve ser comparado a crime hediondo.

Percebe-se que mesmo com a decretação da prisão preventiva em tese não viole o Princípio da Presunção da Inocência previsto no artigo 5º, LXI da Constituição Federal, a primeira câmara criminal apresenta um posicionamento severo, demonstrando repulsa contra a atividade delitiva, combatendo denegando a maioria das ordens de Habeas Corpus para tráfico de drogas genericamente.

Eis um julgado da primeira câmara criminal:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. A prisão processual não produz afronta ao regramento constitucional - onde encontra recepção -,tampouco traz qualquer ofensa ao princípio da presunção da inocência, mormente ante o disposto no art. 312 do Código de Processo Penal cuja essência proteção da sociedade constitui objetivo preponderante no Estado Democrático. A questão atinente ao envolvimento - ou não da paciente com os crimes que lhe são imputados, ventilada pela impetrante, não é passível de exame na via estreita do habeas corpus, de sumária cognição. Cuidando-se o tráfico de drogas de crime grave, tanto que equiparado a hediondo, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão, restando apreendidas drogas diversas (maconha,cocaína e crack), além de vultoso numerário, em poder da paciente e do corréu, por ocasião do cumprimento de mandado de busca e apreensão. ORDEM DENEGADA, POR MAIORIA. (Habeas Corpus Nº 70077342426, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 09/05/2018)

Ao olharmos o julgado percebemos que a ordem foi denegada, mesmo que durante o cumprimento do mandado de busca e apreensão, não tivesse sido encontrado nenhuma arma de fogo, colete ou projétil balístico, o que não haveria prova alguma de que o paciente fosse soldado do tráfico, ou muito menos embalagem já preparada para a comercialização, ou balança de precisão o que poderia caracterizar a traficância continua.

Este posicionamento que para muitos pode ser entendido como uma atitude severa, e também como uma forma de combate ao crime organizado, o que se pensarmos seria uma medida racional, pode e de uma certa forma indiretamente e diretamente contribui para o encarceramento massivo, pela dependência dos presos primários que adquirem das facções existentes, gerando um ciclo vicioso.

Aproveitando o menção do tráfico privilegiado, não poderia deixar de mencionar o que o Ministro Ricardo Lewandowski relata ao afirmar durante seu voto de que em muitos casos, as pessoas que são presas com drogas são apenas “correios” ou “mulas”, que atuam em troca de alguma pequena vantagem econômica.

Há de se dizer, de que estas pessoas não possuem o perfil de criminosos, até pelo fato de muitas vezes da facilidade que a policia tem de encontrar a droga escondida, tendo um papel descartável pelo crime organizado no qual quem realmente tem lucro são os grande cartéis.

Assim, ao analisarmos a jurisprudência acima no qual sob um olhar superficial poderíamos dizer que não haveria motivos para o colegiado da primeira turma ter denegado a ordem de Habeas Corpus, cuja alegação de que a quantidade de droga apreendida fosse volumosa não geraria risco a ordem pública, em virtude de se tratar de um possível atacadista, ou “mula” por estar fazendo uma entrega, há de se dizer de que a câmara também dá votos que se analisarmos realmente faz jus a prisão preventiva, no qual exponho a seguir.

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA. RISCO CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. Cuidando-se o tráfico de drogas de crimegrave, tanto que equiparado a hediondo, a repercussão social dele decorrente, quer no âmbito da saúde pública, quer na esfera da criminalidade potencializada pelo uso e pelo comércio de substâncias entorpecentes está a evidenciar concreto risco à ordem pública a tornar necessária a prisão preventiva e obstar a aplicação das medidas cautelares a que alude o art. 319 do Código de Processo Penal. Segregação cautelar devidamente fundamentada, fundada nas circunstâncias em que se deu a prisão, restando apreendida significativa quantidade de droga, além de arma de fogo, munições e caderno com anotações pertinentes ao tráfico. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70077410348, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Julgado em 09/05/2018) (Grifei)

Ao fazermos uma comparação com as duas jurisprudências já expostas, neste presente artigo, percebemos que em ambas a primeira câmara criminal deixa expostamente, o seu entendimento de considerar o crime de tráfico de drogas um crime grave, equiparado a hediondo, no qual visa proteger a saúde pública, por estar concreto nos autos o risco a ordem pública prevista no artigo 312, não cabendo a aplicação de nenhuma medida cautelar que estão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Já no caso exposto acima, ao analisarmos a ementa podemos dizer que o risco a ordem pública ficou caracterizado sendo compreensível a manutenção da prisão preventiva do paciente. O mesmo responderá também por porte ilegal de arma, pois foi encontrado com arma de fogo cuja numeração inclusive estava suprimida, com munições o que traz indícios que o mesmo seria soldado do tráfico de alguma facção, ou até o chefe da venda de drogas da região e não apenas algum transportador. Além disso, foi encontrado caderno com anotações pertinentes ao tráfico, o que prova que o mesmo já estaria envolvido já algum tempo na traficância.

3.2 O posicionamento da terceira câmara criminal.

Se por um lado, encontramos juízes cujo posicionamento seja de que na dúvida deve se aplicar o *Princípio In Dubio Pro Societate*, com a manutenção da prisão preventiva, há também juízes que divergem no assunto e que possuem um posicionamento mais libertário.

Tal posicionamento não merece descrédito algum, e diga-se de passagem, torna-se até compreensível, afinal se o próprio Supremo Tribunal Federal oferece um entendimento recente para exercer uma política de desencarceramento, como o fez com a retirada da natureza hedionda do tráfico privilegiado, pode-se dizer que os juízes que compõe a terceira câmara sigam a lógica de que é inconveniente para o Estado, e constrangedor para o sujeito manter pessoas presas sem culpa formada, primárias, e sem constatação nos autos de que o mesmo apresente perigo para a ordem pública, sendo que podem ir para a casa e até trabalhar com o cumprimento de uma medida cautelar prevista no artigo 319 do Código de Processo Penal.

Tal posicionamento reflete em seus julgados, no qual trago a seguir:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. LIBERDADE CONCEDIDA. Paciente primário, preso em 17 de janeiro de 2018, na posse, tese, de 376 comprimidos de ecstasy. Quantidade de droga que não pode ser considerada de monta sobremaneira expressiva para fins de aferição deperigo de liberdade. Única natureza. Inexistência de apreensão de qualquer armamento. Paciente absolutamente primário, o qual possui 33 anos de idade e registra envolvimento em outros três expedientes relativos à posse de drogas. Comprovação de atividade laboral lícita. Delito cometido sem violência contra a pessoa. Prisão preventiva para garantia da ordem pública que se justifica apenas e exclusivamente diante das circunstâncias do caso concreto, sob pena de configurar a vedada hipótese de cumprimento antecipado da pena. Ausência de demonstração de perigo de liberdade. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70077229854, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 18/04/2018)

Ao analisarmos a ementa do julgado percebemos que neste caso a ordem foi concedida, e consequentemente a expedição de alvará de soltura do paciente. O paciente é primário, com 33 anos de idade, crime no qual foi cometido sem violência contra qualquer pessoa e comprovação de que o mesmo tem um trabalho licito. Além disso, o mesmo não foi encontrado com arma de fogo, e nem munição, o que não fica demonstrado o perigo para a sociedade em caso de sua liberdade.

Umdos posicionamento da terceira câmara que difere totalmente da primeira no qual ficou nítido, é que na primeira jurisprudência que foi exposta, a primeira câmara criminal levou em consideração a vultuosa quantidade e tipos de drogas por ter maconha, cocaína e crack como um dos motivos para a fundamentação da manutenção da prisão. Já nesta jurisprudência da terceira, cujo paciente foi preso com 376 comprimidos de ecstasy, droga sintética, tais julgadores entenderam que a quantidade da droga não pode ser considerada como único fator para que fique caracterizado a aferição do perigo a liberdade.

Tal entendimento é apenas um reflexo de que a terceira câmara vem seguindo o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o que caracterizaria reducionismo afirmar que pelo fato da câmara ter um olhar mais garantista, para alguns até liberal a mesma está muito longe de que as decisões do seu colegiado possa ser sinônimo de impunidade.

Trago um julgado de crime de entorpecentes que reforça isso:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PORTE DE ARMA. ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. SEGREGAÇÃO MANTIDA. Paciente primário, preso em 23 de janeiro de 2018. Apreensão, em tese, em cumprimento a

> mandado de busca e apreensão na residência do paciente, de 1 porção de cocaínapesando 28g, 1 porção de crack pesando 49g, 44 porções de cocaína pesando 12g, 1 porção de maconha pesando 8g, 25 porções de maconha pesando 75g e 1 balança de precisão, além de 3 cartuchos calibre 38, 2 estojos de munição calibre 38, 1 cartucho de munição calibre 45, 6 cartuchos de munições 9mm e 1 revólver Taurus calibre 38. Apreensão, em tese, de quantidade de droga que não pode ser desconsiderada, de naturezas distintas, além de arma de fogo e munições. Relato do policial condutor que dá conta de que o paciente teria fugido da residência ao avistar a aproximação dos agentes, tendo supostamente efetuado disparos de arma de fogo durante a fuga. Decreto de prisão preventiva suficientemente fundamentado. Menção a elementos do caso concreto que justificam a necessidade da segregação cautelar. Paciente que, embora primário, responde em liberdade a outros processos pela suposta prática dos delitos de porte de arma, associação para o tráfico, latrocínio tentado e tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico. Efetiva presença dos requisitos necessários à prisão preventiva previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal verificada. Substituição da prisão preventiva por medidas cautelares diversas que não se mostra adequada ao caso concreto. Custódia provisória proporcional. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus Nº 70076906320, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 18/04/2018) (Grifei)

Nota-se que mesmo o paciente sendo primário, obteve sua ordem de Habeas Corpus denegada. Diferentemente do outro caso exposto acima, neste o mesmo foi preso com uma quantidade mínima de droga. Entretanto foi encontrado com o mesmo 1 balança de precisão, além de 3 cartuchos calibre 38, 2 estojos de munição calibre 38, 1 cartucho de munição calibre 45, 6 cartuchos de munições 9mm e 1 revólver Taurus calibre 38.

Além disso, há o relato de um policial, do condutor, no qual ao avistar a aproximação dos agentes o mesmo teria efetuado disparos de arma de fogo durante a sua fuga. Ademais, apesar do mesmo ser primário, o mesmo responde em liberdade a outros processos pela suposta prática dos delitos de porte de arma, associação para o tráfico, latrocínio tentado, e tráfico ilícito de drogas e associação para o tráfico.

Sendo assim, comprovada a necessidade da manutenção da prisão preventiva em proteção da ordem pública, a terceira câmara denegou a ordem, no qual reforça a ideia de que a câmara está longe de apresentar decisões que possam vir trazer impunidade, e que a primariedade é apenas um dos requisitos para a obtenção da concessão da ordem e consequentemente da expedição do alvará de soltura.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se dizer que o remédio constitucional, Habeas Corpus é uma ação fruto decorrente de uma série de lutas no decorrer do processo de evolução da sociedade presente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo necessário para a luta contra o abuso e quaisquer ilegalidades que possa ocorrer, ficando nítida a necessidade da permanência desta ferramenta para a continuidade da existência de um Estado Democrático de Direito.

Sob a ótica da análise realizada através dos julgados pela primeira e terceira câmara criminal e de suas divergências, pode-se concluir que se torna compreensível pelo fato de encontrarmos juízes que tenham pensamentos e pontos de vistas diferentes. Além disso, é preciso que se diga que nenhuma câmara criminal é melhor do que a outra, e que a independência do Poder Judiciário como sendo um dos três poderes deve respeitada.

Entretanto, independentemente do ponto de vista do juízes de cada câmara, é necessário que as decisões sempre sejam baseadas conforme o entendimento dos Tribunais Superiores como o STJ e STF, para a manutenção da credibilidade da população com o Poder Judiciário e da Democracia.

5. REFERÊNCIAS.

A Constituição de 1891. Disponível em: https://mariaclara997.jusbrasil.com.br/artigos/333331580/a-constituicao-de-1891 Acesso em: 8 de maio de 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 8 de maio de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htmAcesso em: 8 de maio de 2018.

BRASIL. **Código de Processo Criminal de 1832.**Lei 29 de novembro de 1832. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição

provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-29-11-1832.htm Acesso em: 8 de maio de 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus nº 70077342426,Comarca de Crissiumal, Des. Relator: Honório Gonçalves da Silva, Porto Alegre, RS, 09 de maio de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Habeas+Corpus+N%C2%BA+70077342426%2C&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=trafico+balan%C3%A7a&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A24&partialfields=%28s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_juris Acesso em 12 de maio de 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus Nº 70077410348, Comarca de Tapejara, Des. Relator: Honório Gonçalves da Silva, Porto Alegre, RS, 09 de maio de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Habeas+Corpus+N%C2%BA+70077410348&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=Habeas+Corpus+N%C2%BA+70077342426%2C&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A24&partialfields=%28s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_juris Acesso em 12 de maio de 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus Nº 70077229854, Comarca de São Luiz Gonzaga, Des. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Porto Alegre, RS, 18 de abril de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=%28Habeas+Corpus+N%C2%BA+70077229854&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&partialfields=%28s%3Acrime%29&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%28Habeas+Corpus+N%C2%BA+70077229854&as_q=+&requiredfields=ct%3A3.coj%3A26&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=#main_res_juris Acesso em 12 de maio de 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Habeas Corpus Nº 70077229854, Comarca de Triunfo, Des. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Porto Alegre, RS, 18 de abril de 2018. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Habeas+Corpus+N%C2%BA+70076906320&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-

8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=%28Habeas+Corpus+N%C2%BA+70077229854&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A26&partialfields=%28s%3Acrime%29&as_q=+#main_res_jurisAcesso em 12 de maio de 2018.

Canal Ciências Criminais. Fundamentos da prisão preventiva: uma análise do periculum libertatis. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/fundamentos-preventiva-periculum/ Acesso em: 8 de maio de 2018.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 8 de maio de 2018.

Estudo aprofundado do Habeas Corpus. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,estudo-aprofundando-do-habeas-corpus,49967.html Acesso em: 8 de maio de 2018.

GaúchaZH. Segurança. Metade dos habeas corpus concedidos neste ano pelo TJ é de apenas uma câmara. 3ª Câmara Criminal é conhecida por ser mais liberal em suas decisões em relação às outras sete. Disponível em: https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2015/05/metade-dos-habeas corpus-concedidos-neste-ano-pelo-tj-e-de-apenas-uma-camara-cj5vytruh1293xbj01yix5x82.html Acesso em: 8 de maio de 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**9. ed. rev. e atual. – São Paulo, Saraiva, 2012.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Liminar em Habeas Corpus. Uma construção da jurisprudência. Disponível em: https://dizuza.jusbrasil.com.br/artigos/244473624/liminar-em-habeas-corpus Acesso em: 8 de maio de 2018.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli..**Curso de Processo Penal.**18 ed. Atlas. 2014.

Processo Penal. Origem, desenvolvimento, uso e abuso do Habeas Corpus. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-set-07/marcos-brayner-origem-desenvolvimento-uso-abuso-habeas-corpus Acesso em: 8 de maio de 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1, 35 ed. – São Paulo: Saraiva, 2013

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Curso de Processo Penal, volume 2.** Editora, Saraiva, 1981.

Wikipedia, a enciclopédia livre. **Constituição brasileira de 1988.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1988 Acesso em: 8 de maio de 2018.

Wikipedia, a enciclopédia livre. **Código de Processo Penal brasileiro.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%B3digo_de_Processo_Penal_brasileiro Acesso em: 8 de maio de 2018.

Wikipedia, a enciclopédia livre. **Pedro I do Brasil.**Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Pedro_I_do_Brasil#cite_note-3 Acesso em: 8 de maio de 2018.

Wikipedia, a enciclopédia livre. **Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Conven%C3%A7%C3%A3o_Americana_de_Direitos_Humanos Acesso em: 8 de maio de 2018.



PORNOGRAFIA DE VINGANÇA EM FACE DA VIOLAÇÃO AO DIREITO A INTIMIDADE E DA VIOLÊNCIA DE GENÊRO

Liara Ruff Dos Santos[80]
Felipe Antunez Martins[81]

RESUMO: Este trabalho possui como finalidade veicular a pornografia de vingança como uma nova categoria de hostilidade e caracterização de gênero, constituindo assim parte da cultura de violência contra mulher. Atualmente com a revolução tecnológica surgiu esta nova modalidade, chamada pornografia da vingança, que remete ao ato de expor publicamente, na Internet, fotos ou vídeos íntimos de terceiros, sem o consentimento dos mesmos, assim o uso desenfreado da internet tornou – se perigoso.Sendo realizado através do método dedutivo e bibliográfico, analisando trabalhos científicos, e a legislação. Dessa forma, pretende – se analizar seu contexto histórico e social e consequentemente e os métodos legais e os projetos que estão sendo debatidos no Congresso Nacional para o combate a reveng porn.

Palavras-Chave: Pornografia de vingança; Violência de genêro; Legislação.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Estamos vivendo a denominada “era digital, virtual”, que trouxe consigo uma evolução e ganhou uma importância significativa na vida das pessoas, capaz de romper distâncias que o mundo físico impõe através de computadores e logo em seguida dos telefones celulares, que possuem várias ferramentas multiuso e de entretenimento, são exemplos do mesmo o Facebook, Whatsapp, entre milhares de aplicativos, cuja função maior é a interação em tempo real, ao receber e enviar mensagens, fotos e vídeos instantaneamente.

Ao fazer um breve histórico das relações sociais, podemos perceber que a mulher ao decorrer do tempo, sempre possuiu orientações e regras para seguir, de como deveria se vestir e até mesmo se portar socialmente, conforme condizia o comportamento feminino, sendo extremamente submissa as “etiquetas sociais”.

[80] Acadêmica do Curso de Direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Santiago, RS. E-mail: liara_santos17@hotmail.com
[81]Orientador. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e de Prática Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santiago/RS, Curso de Direito. Advogado criminalista. Especialista em Ciências Penais. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. E-mail: felipeantunezmartins@yahoo.com.br

Esse comportamento que hoje ainda se manifesta por dentro das redes sociais, aonde a sexualidade feminina é limitada a “moral e os bons costumes” sociais.

Dessa forma, constitui – se não só benefícios o mundo virtual, mas similarmente de perigos, como o aumento da divulgação de material pornográfico com tamanha facilidade em rede, a oportunidade perfeita para que pessoas más intencionadas utilizem da internet usando do anonimato para praticar ilícitos, como a pornografia de vingança.

Frente as exposições mencionadas, este trabalho tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: quais as consequências e medidas protetivas para o resguardo da intimidade e da privacidade, diante das violações de genêro contra a mulher na esfera digital por meio da pornografia da vingança?

Para responder as questões apresentadas nessa pesquisa, a metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Como método de procedimento, na pesquisa em tela foi utilizado à análise bibliográfica e documental acerca da temática. Como técnica de coleta de dados optou-se pela produção de fichamentos e resumos estendidos.

Dessa forma, objetiva – se analisar o contexto histórico e social em que surgiu esse novo tipo de violência contra a mulher, que ocorre na internet, e por fim analisar quais leis estão em vigor e quais estão em processo de realização, para o combate e defesa das vítimas deste crime.

2 CONTEXTO HISTÓRICO E ORIGEM DO TERMO

A pornografia de vingança é o ato de popularizar fotografias e vídeos íntimos de pessoas próximas ou conhecidas na internet, na maioria das vezes casais no ato de sua intimidade, sem que o determinado parceiro consentisse com o ato. O termo vem dos Estados Unidos, onde é chamado de reveng porn. É desse país que também Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XVII Congresso de Ciências da Comunicação na Região Nordeste –

Natal - RN – 2 a 4/07/2015 3 vem os primeiros relatos de denúncias contra esse tipo de abuso e as primeiras leis e punições para quem pratica esse crime.

Apesar da popularização da internet ser recente e não chegar a todos espaços dimensionais, o primeiro caso do que se denominou pornografia de vingança ocorreu na década de 80 e, o mais significativo é que não foi através das mídias digitais que tais imagens foram divulgadas. Nos Estados Unidos, o casal LaJuan e Billy Wood estavam em um acampamento e decidiram tirar fotografias nuas um do outro. Essas fotografias ficaram guardadas para serem vistas apenas pelo casal. Porém, um amigo de Lajuan e Billy Wood, o vizinho Steve Simpson invadiu a casa, encontrou-as em uma gaveta e enviou para a revista Beaver Hunt, especializada em imagens pornográficas para o público masculino. Para enviar as fotografias para a Beaver Hunter, Steve Simpson fraudou um cadastro em que fingia ser o marido de Lajuan e, inclusive, dava informações falsas sobre preferências da "esposa" na cama. O caso só pôde ser descoberto pelo casal, porque no cadastro deveria contar um telefone para contato e Steve colocou os da vítima, fazendo com que os Wood recebessem inúmeros telefones de pessoas os assediando, principalmente a Lajuan.

No entanto, com o surgimento da internet e a viabilidade de propagação de inúmeros conteúdos, de diversos lugares para milhares de pessoas em diferentes ambientes, expandiu a facilidade para que se praticasse esse tipo de delito.

As mulheres, portanto, são os principais alvos da pornografia de vingança, e o mais comum é ser praticado pelos seus ex-namorados ou homens com que se relacionam, e o principal motivo desta conduta era o fim do relacionamento. Como não havia nenhuma lei que punisse tais atitudes, a divulgação dessas imagens era permitida e, diversos sites ou blogs eram criados com esta finalidade, de promover e disseminar a vergonha para estas mulheres.

A primeira proposta de lei para enfrentar os abusos da pornografia de vingança aconteceu na Flórida em 2013. Desde esse momento, segundo a organização End Reveng Porn, 17 estados americanos adotaram leis contra a publicação de imagens em situações íntimas.

Não há registros oficiais sobre quando a pornografia de revanche começou no Brasil, mas um dos primeiros casos que chamou atenção no país foi o da

jornalista Rose Leonel, em 2005, passados dez anos da exposição de suas fotos íntimas, ela ainda tem traumas e até hoje luta para que a pena contra seu agressor seja justa.

Segundo Juliana Cunha:

> Coordenadora psicossocial da Safernet, ONG que defende os direitos humanos na internet. O que mudou com a internet banda larga e o **avanço dos celulares** que tornaram a rede mais democrática, foi a facilidade. Agora, o volume desse tipo de conteúdo é muito maior e mais fácil de ser compartilhado, tanto em bairros ricos quanto em favelas e periferias, onde o celular também é a principal forma de comunicação. (SAFERNET, 2014).

Verifica Carolina Parreiras:

> Com o processo de **inclusão digital,** a exposição do corpo e, junto com ela, a pornografia de vingança, tornou-se algo difundido, sem marcadores de classe O Brasil ocupa o oitavo lugar na lista de países que mais acessam conteúdo pornográfico, segundo dados de 2014 do site Pornhub. Aqui, 29% dos consumidores é mulher. “A partir do momento em que algo envolve sexo, pode tomar uma proporção inimaginável”, afirma Carolina Parreiras, socióloga e pesquisadora na área de pornografia na internet. (SAFERNET, 2014).

Com a evolução desenfreada da internet e com seus beneficios consequentemente há traços negativos. Nos dias atuais, a divulgação de imagens/videos ocorrem deliberadamente, e esta pode ser pode ser acessada de qualquer lugar e, em qualquer hora, ainda que se passem meses e anos, o que dificulta que as imagens sejam apagadas totalmentes da internet é que a postagem referentes a esses conteúdos costumam “viralizar”, assim sendo exposta em todas as redes sociais e sites existentes. A visto disso, o site Olhar Digital explana:

> Em conformidade com o jornal The Guardian, o Facebook tem de lidar, por mês, com 54 mil casos de conteúdo pornográfico em sua rede social, de pornografia de vingança e de "sextortion", o que pode ser chamado, em português,de "sextorção".A rede social afirma que está usando uma série de softwares e ferramentas que identifiquem postagens e possam ajudar a remover esse tipo de conteúdo. Para ajudar a cumprir o desafio também há funcionários que trabalham exclusivamente na identificação e remoção de qualquer tipo de pornografia. O Google por outro lado, oferece formulários online para que as pessoas afetadas façam requisições solicitando a retirada do material dos resultados de pesquisas. Tal iniciativa ajuda a limitar os danos às vítimas (OLHAR DIGITAL, 2017).

A Pornografia de Vingança afeta diversas pessoas desde as mulheres que são as principais vítimas tanto quanto os homens, de todas as faixas etárias,

gêneros e classes sociais. As mulheres entre 12 a 25 anos, são as mais atingidas com esse delito segundo pesquisas.

Essas mulheres vítimas dessa violação de sua privacidade e intimidade sofrem com o julgamento da sociedade e por vezes através da mídia e por outros canais se tornam culpabilizadas, aonde são geradas ofensas a sua honra e integridade.Esse fenômeno acontece com o uso irresponsável da tecnologia que está fazendo muitas vítimas, ainda mais quando não há uma proteção e punição adequada e eficaz. Ou seja, as vítimas desse tipo penal ficam desemparadas com a falta de legislação especifica o que acarreta um grande impacto em suas vidas.

2 O DIREITO A INTIMIDADE E A PRIVACIADE

O direito à privacidade é uma das espécies do gênero dos direitos da personalidade. Tendo em vista que os direitos da personalidade, em última instância, buscam salvaguardar a dignidade da pessoa humana, faz-se pertinente a lição do professor Vasconselos “(...) a dignidade da pessoa exige que lhe seja reconhecido um espaço de privacidade em que possa estar à vontade, ao abrigo da curiosidade dos outros (VASCONSELOS, Pedro, 2014).

Zygmunt Bauman afirma que:

> Na sociedade pós-moderna ou na modernidade líquida, as pessoas estão matando voluntariamente o seu direito à privacidade. Para o autor a lógica atual é a da maior visibilidade possível, como se existência só se tornasse significativa quando exposta no cerne das redes sociais. As pessoas aparentemente ficam felizes por revelar detalhes de sua vida privada, postar informações preciosas e compartilhar suas imagens (BAUMAN,2012).

A Constituição Federal Brasileira estabelece a dignidade da pessoa humana como um de seus princípios fundamentais, mas infelizmente em meio ao mundo virtual, a mesma não tem seu devido respeito e proteção assegurada, visto que nosso ordenamento jurídico peca na falta de leis acerca do tema e em razão disso continuamos no retrocesso, o qual se perpetua em pleno séc XXI a discriminação presente em razão de gênero, classe social.

A respeito da personalidade, conceitua Maria Helena Diniz:

> A personalidade consiste no conjunto de caracteres próprio da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é o objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens (MARIA H. DINIZ, 2003).

Dessa forma afirma Drummond:

> No espaço virtual, a violação à intimidade caracteriza-se pelo deslocamento de dados ou de informações de um ambiente de comunicação privada para um ambiente de comunicação pública ou o deslocamento de dados ou informações de um ambiente de comunicação privada, compartilhado pelo usuário, para outro ambiente de comunicação privada, mas do qual o mesmo usuário não compartilhe (DRUMMOND apud VIEIRA, 2007).

Nessas circunstâncias é fato o quanto o sexo feminino ainda sofre diariamente e está suscetível a esses riscos, pois ao confiar em seu parceiro estariam sujeitas a qualquer momento ao rompimento de sua intimidade e privaciade, conforme a inexistência e a inadequação de leis que levem em consideração desigualdades de gênero e condutas semelhantes. Para além da disseminação da “pornografia de vingança”, a proliferação de outras formas de assédio e violência comuns na internet atestaria o potencial violento da rede para as mulheres (TRINDADE, 2017, p.111).

O direito à privacidade, desta maneira tutela dois interesses que se somam e interligam: o interesse de que a intimidade não venha a sofrer agressões e o de que não venha a ser divulgada sem autorização. Assim, deve-se proteger tanto a invasão, quanto a divulgação não autorizada da intimidade legitimamente conquistada (evasão).

3 DISPOSITIVOS LEGAIS PARA O COMBATE A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

Apesar que as vítimas de pornografia de vingança procurem pela punição dos assediadores, ainda não há no Brasil uma lei específica para este delito. Assim, as possibilidades dessas vítimas é recorrer a dispositicos provinientes de ações semelhantes.

Para tanto, é necessário a ampliação e modernização das leis, as quais protejam e criminalizem determinadas condutas que acontecem no âmbito virtual, para assim garantir a integridade, igualdade e os direitos de todas as pessoas. No atual cenário que estamos vivendo com esse mundo tecnológico, os crimes virtuais estão tomando uma grande proporção, se espalha de uma maneira veloz, possuindo um percentual minimo de resolução desse conflito. Além da falta de legislção específica, a uma necessidade de reforma nas legislações análogas para servirem de base já que de maneira muito lenta está a se fazer dispositivos que acompanhem o ritmo da sociedade e dos ilícitos que estão sendo praticados.

Na reparação cível, dispõe Maria Helena Diniz:

> A intimidade é a zona espiritual íntima e reservada de uma pessoa ou de um grupo de indivíduos, constituindo um direito da personalidade, daí o interesse jurídico pelo respeito à esfera privada. Desse modo, o autor da intrusão arbitrária à intimidade alheia deverá pagar uma indenização pecuniária, fixada pelo órgão judicante de acordo com as circunstâncias, para reparar dano moral ou patrimonial que causou. Além disso, deverá o magistrado ordenar medida que obrigue o ofensor a cessar suas ingerências na intimidade alheia, se estas ainda continuarem e, se possível, deverá exigir o restabelecimento da situação anterior à violação, a expensas do lesante, como, p. ex., a destruição da coisa produzida pelo atentado à intimidade 2007, p, 160).

A não criminalização da divulgação não consentida de imagens íntimas, nos moldes da pornografia da vingança, pode ser considerada, inclusive, como incentivo a tal prática, pois o agente sabe que, independente de sua conduta, ou ainda da extensão desta, não será penalizado(GUIMARÃES, DRESH, 2014, p. 11).

No viés do direito penal a divulgação de material íntimo poderá encaixar – se, nos crimes de difamação e/ou injúria e conforme a Lei Carolina Dieckmann, possuindo diferenças de acordo com cada caso concreto. Com a criação do marco civil da internet, mais precisamente com seu artigo 22. No entanto, há diversas críticas em relação ao marco civil, que ainda continuam pertinentes a recente lei que trata do tema, era a respeito da impossibilidade da retirada um conteúdo ofensivo apenas utilizando-se dos meios administrativos fornecidos pelo site, fazendo-se necessária uma ordem judicial para a remoção do conteúdo de cunho exclusivamente moral, excetuando os conteúdos de apelo sexual, que ainda poderiam ser realizadas por meio administrativo(Almeida, 2015).

O Congresso Nacional também abriu discussão para reformular a Lei Maria da Penha, fazendo com que a mesma tenha poder sobre crimes virtuais, já que da maneira que está escrita hoje não contempla esse espaço. A lei número 11340/2006 conhecida popularmente como lei Maria da Penha foi sancionada no Brasil com o intuito de punir violências contra a mulher, violências essas de caráter físico ou psicológico sofridas no ambiente domiciliar, porém, seu texto original não faz referências a violência contra a mulher no plano virtual (KYZE CAROLINA, 2015). A lei dispõe assim, conforme o trecho a seguir:

> A lei cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (JUSBRASIL, 2005).

É visto, o que a pornografia de vingança causa em especial ás mulheres, que sofrem e são julgadas, assim trazendo um sofrimento ilimitados a essas vítimas, dessa forma as vítimas por vezes não aguentam as devastações da prática e cometem suicídio, seja por um relacionamento que mantinha com seu parceiro, cujo quer a vingança seja a vingança, seja pelo fim do relacionamento, por traição ou qualquer outro motivo torpe que contrarie a vontade do indivíduo.

A lei nº 12.737/2012, popularmente conhecida como “Lei Carolina Dieckmann”, é considerada outro método para a punição aos envolvidos na pornografia de vingança, já que incluiu os artigos 154-A e 154-B, criando o crime de invasão de dispositivo informático e alterou os artigos 266 e 298, do Código Penal, exemplifica esta situação, haja vista ter sido criada após a grande repercussão que o vazamento de fotos íntimas dessa atriz teve no cenário nacional. A lei supracitada surgiu como alternativa à Lei Azeredo, a qual foi alvo de várias críticas em razão do temor de supressão da liberdade virtual, e, ao ser promulgada, somente previu a obrigatoriedade dos órgãos da polícia judiciária se estruturarem, para buscarem o combate de ações delituosas no meio virtual. A lei de crimes informáticos (leis 12.735/12 e 12.737/12) entrou em vigor na data de 02 de abril de 2013, elas alteram

o Código Penal para tratar dos crimes cibernéticos. Esta lei, a 12.735/12, transitou no congresso desde 1999, era o PL 84/99, na câmara (BRASIL,2014).

Devidamente citadas acima, essas são as tentativas legislativas relacionadas as discussões sobre “pornografia de vingança”, para sua criminalização e reparação civil. Diante disso, é inquestionavél a falha do sistema em proporcionar uma proteção as pessoas que utilizam da internet, seja qual for a sua finalidade, se encontrando assim desampardas nesta “terra sem lei”.

3.1 Projetos legislativos no combate a pornografia de vingança

Apesar de que as mulheres brasileiras estarem vivenciando um episódio lamentavel cenário, ainda há um sopro de esperança para que a atual realidade venha a ser alterada. Em razão disso, há dois projetos de lei que estão em trâmite no Congresso, pretendendo tornar crime a conduta de divulgar fotografias e vídeos sem o consentimento das pessoas envolvidas. Um deles, o PL 6630/2013 é de autoria do deputado federal Romário, que propõe o seguinte:

> Em ambos os projetos (PL 6630/2013 e 6831/2013) as sanções são definidas em patamares de um a três anos de detenção (primeiro projeto) ou de reclusão (segundo projeto). O outro projeto é o de lei nº 6713/2013, de autoria do deputado Eliene Lima, do PSD/MT, tem redação do tipo penal bastante genérica, prevendo-se apenas a punição de um ano de reclusão, mais multa de vinte salários mínimos, para aquele que ‘publicar as chamadas postagens pornográficas de vingança na internet’. (GUIMARÃES, DRESH, 2014, p. 9).

Estes dois projetos (PL 5555/2013 e PL 5822/2013) que tem como próposito inserir na Lei 11.340/06 a divulgação de imagens sem o consentimento da vítima seja caracterizado como violência de gênero.

Todavia, há diversas opiniões contrárias, pois acreditam que as leis em vigor e as mencionadas serão de certa maneira inconscistentes para os acusados, pelo fato que os danos causados as vítimas vão além de quantia pecuniária e determinadas reparações, suas consequências afetam a vida pessoal, social e profissional, estas que não poderão ser restituidas completamente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao decorrer da pesquisa, podemos evidenciar que a Pornografia de Vingança, é um crime atual e que está em crescimento atingindo assim cada vez mais pessoas, em especial as muheres jovens, e que as mesmas são submetidas a danos consistentes e as vezes irreparavéis. Na maioria dos casos, a divulgação das imagens/videos é feita pelo seu parceiro, o qual confiou e o mesmo traiu essa confiança, utilizando do conteúdo que devia ser de uso privado para atingir a vítima.

Configura – se assim uma violação aos direitos da personalidade da vítima, em especial o direito à honra, à imagem e à intimidade. A difamação e a injúria são as consequências desse compartilhamento indevido, que acarretam determinada humilhação e culpabilização da vítima através de ofensas. É imprensindivel salientar o machismo social ao falarmos da quebra da intimidade e privacidade.

Não muito diferente da realidade do dia – a – dia, seja por imposições machistas, salários diferenciados, o mesmo se repete no ciberespaço aonde realçam as desigualdades de genêro.

Deve ainda observar que não é possível medir os danos para a vítima, visto que as publicações feitas no âmbito virtual estão sujeitas a uma larga e rápida propagação da mídia em questão. É de suma importância expor o quão dificultosa é a remoção dos conteúdos publicados, pois na web a diversas ferramentas para o salvamento.

Assim, o ato da pornografia de vingança necessita de uma tipicação específica, para que assim seja considerada como um tipo de ilicitude, visto que dessa maneira poderá deixar claro que mesmo na internet a legislação se faz presente e faz jus a proteção da pessoa humana.

Porquanto a pornografia de vingança não for tipificada, permanecerão isentos os assediadores, podendo repetir seu ato deliberadamente e atingir um número maior de vítimas, no decurso dessas ações.

Apesar de tamanhas conquistas que a mulher obteve ao decorrer do tempo, esta ainda é submetida á desigualdades em relação aos homens, ainda mais quando sua sexualidade é exposta, aonde é perseguida por suas ações e escolhas sofrendo com julgamentos e até linchamentos.

Ao final dessa pesquisa, o resultado é que com a falta de uma legislação específica em relação ao crime de pornografia de vingança é dificil de se obter justiça para as vítimas, se o Brasil tivesse uma legislação com punições mais severas, com medidas socioeducativas eficazes e políticas públicas acerca do tema,então haveria uma inibição maior desse tipo de crime.

Contudo, há diversos projetos de lei existentes sobre o assunto, que visam a punição para quem praticar esse ato, os quais se implantados serviriam de colaboração na abordagem da pornografia de vingança possibilitando um maior entendimento sobre o que está em questão, e dessa forma proporcionar a vítima uma tutela no âmbito virtual evitando efeitos negativos, e se praticados posteriormente buscar a repressão do infrator, e o ressarcimento devido ao prejudicado.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilância líquida: diálogos com David Lyon**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2012. p. 24.

BUZZI, Vitória de Macedo. **Pornografia de vingança:** Contexto histórico-social e abordagem no Direito Brasileiro. 2015. 110 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Centro de Ciências jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

CAMILA KOHN; GABRIELA MAFRA; MIKHAIL VIEIRA – **Evasão de informações privadas: Proteção á privacidade nos casos de pornografia de vingança.** Disponível em: http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2017/9-6.pdf Acesso em: 11 de maio de 2018.

DE AZEVEDO, NATHÁLIA. **Crimes Cibernéticos: Pornografia de vingança**. Disponivel em: file:///C:/Users/liara/OneDrive/Documentos/ARTIGOS/PORNOGRAFIA%20DE%20VINGAN%C3%87A/Nathalia%20Mocho%20-%20Crime%20Cybern%C3%A9tico,%20Pornografia%20de%20vingan%C3%A7a..pdf Acesso em: 15 de maio de 2018.

LAZARI, Joana Sueli de. **Inferioridade Feminina:** o (des)enredo da violência. Revista de Ciências Humanas, vol. 7

MARCÃO, Renato; GENTIL, Plínio, **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do código penal** - São Paulo: Saraiva, 2011.

OLHAR DIGITAL, **Facebook.** Disponível em: https://olhardigital.com.br/noticia/facebook-lida-com-54-mil-casos-de-pornografia-por-mes/68448 Acesso em 15 de maio de 2018.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino. **"A nova lei Carolina Dieckmann".** 2013. Site JusBrasil. Disponível em: https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823244/a-nova-lei-carolina-dieckmann Acesso em: 15 de maio de 2018.

PARREIRAS, Carolina. **Altporn, corpos, categorias e cliques: notas etnográficas sobre pornografia online.** In: Cadernos Pagu, nº 38. Campinas jan/junho, 2012.

SAFERNET BRASIL. **Pornografia de vingança.** Disponível em: <http://new.safernet.org.br/content/pornografia-de-revanche> Acesso em 15 de maio de 2018.

VARELLA, G; SOPRANA, P. **Pornografia de Vingança: crime rápido, trauma permanente [online].** São Paulo, 16 Fev 2016. Fonte: Época. Disponível em: http://epoca.globo.com/vida/experiencias-digitais/noticia/2016/02/pornografia-devinganca-crime-rapido-trauma-permanentee.html. Acesso em: 11 de maio de 2018.

VASCONSELOS, Pedro de Pais. **Direito de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 2014.



A PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS COMO SOLUÇÃO PARA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

Analissa da Silva Couto[82]
Letícia Fumaco Maroneze[83]
Thiessa Maria Bianchini[84]
Felipe Antunez Martins[85]

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a realidade do sistema carcerário brasileiro, dando principal enfoque ao encarceramento em massa e as condições a que os presos são submetidos, mostrando as possíveis mudanças a serem adotadas na tentativa de privatizar a gestão prisional, como um meio de reduzir a população carcerária e os problemas por ela criados.

Palavras-Chave: Direito Penal; Sistema Carcerário; Crise; Privatização.

1CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É de conhecimento de todos que a realidade nos presídios é precária e as políticas aplicadas pelo governo têm certa deficiência no que diz respeito à prevenção e repressão dos crimes, gerando assim, consequências que irão surtir efeitos na reinserção do apenado à sociedade.

O problema em nossas penitenciárias, não é exclusividade de uma ou duas instituições, de um ou dois estados, e sim afronta o território brasileiro como um todo. A realidade do sistema penitenciário brasileiro é precária,"não há dúvidas que o sistema penitenciário brasileiro está à beira de um colapso, com rebeliões, superlotação, fugas, denúncias de corrupção e violência interna, sendo eventos corriqueiros" (CABRAL, 2007).

[82]Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Santiago, RS, V semestre. E-mail: analissa_couto@outlook.com
[83]Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Santiago, RS, V semestre. E-mail: leticiafumaco@outlook.com
[84]Graduanda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Câmpus de Santiago, RS, V semestre. E-mail: tii_bianchini@hotmail.com
[85]Orientador. Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal e de Prática Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santiago/RS, Curso de Direito. Advogado criminalista. Especialista em Ciências Penais. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. E-mail: felipeantunezmartins@yahoo.com.br

Conforme previsto, a população brasileira cresce progressivamente e com isso, os problemas relacionados à criminalidade e vivência nos presídios também aumentam de maneira paralela. O índice de reincidência é elevado, pois os criminosos não têm uma ressocialização adequada, uma vez que os recursos para esse fim são escassos.

Os problemas relacionados à saúde do apenado e o descaso referente aos direitos humanos estão mais evidentes com o passar dos anos, sendo que, a superlotação dos presídios faz com que as técnicas de estímulo de boa conduta não sejam seguidas e a posterior reinserção, não atende ao que se espera, fazendo com que os ex-detentos retornem ao mundo do crime.

> Chamar nossas cadeias e penitenciárias de prisões é um elogio desmerecido. O que existe no Brasil são verdadeiras masmorras, depósitos humanos de excluídos formalmente separados dos presos desviados, ou seja, aqueles bons cidadãos que por uma razão ou outra cometeram um equívoco e tiveram sua liberdade privada. São os chamados presos especiais com direito a regalias como comida especial, televisão, jornais, e outras regalias que não cabem ao denominado povão. (DROPA apud NOGUEIRA, 2006, p. 41).

Os noticiários nacionais e internacionais nos mostram a situação degradante em que se encontra o sistema prisional brasileiro, os quais não possuem infraestrutura mínima e nem ao menos humanas. A superlotação e os problemas relativos ao próprio cárcere nos mostram que o atual sistema está falido e sem condições de suportar a grande demanda de apenados que recebem todo o dia. O “Brasil teria que construir quase um presídio por dia durante um ano para abrigar presos atuais”, de acordo com a BBC, conceituada emissora de televisão.[86]

O principal objetivo do sistema penitenciário acaba sendo deixado de lado, uma vez que, a falta de estrutura básica e o tratamento digno para o interno não existem. Sendo assim, sua função de ressocializar acaba assumindo o conceito de faculdade do crime, onde os apenados dividem suas experiencias relacionadas aos crimes.

[86]Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/brasil-42274201 Acesso em: 15/05/2018

Os cárceres brasileiros são bem diferentes daquilo que está previsto na LEP, sendo a superlotação a viga-mestra que alicerça as precárias e subumanas condições a que são submetidos os presos. (CORDEIRO, 2006, p.118).

Dessa forma podemos observar que os presidiários se tornam vítimas do preconceito da sociedade/Estado, uma vez que cresceram em um ambiente violento, sem infraestrutura, sob o aspecto degradante e humilhante. Dentro da penitenciária, essas pessoas afloram o sentimento de ódio, vingança e agressividade, como forma de compensação ao tratamento que são submetidos. Um sentimento de que a sociedade está em débito com ele acaba levando-o a ansiar pela validade de seus direitos.

Odete Maria de Oliveira relata em seu livro o depoimento de um preso da Penitenciária de Florianópolis:

> A prisão é como um cemitério, onde está enterrado o corpo e o espírito do preso. Perde-se a liberdade, a moral fica abatida. Fisicamente e psicologicamente retrai a pessoa, entra-se num mundo muito pequeno e a pessoa sente um impacto. A penitenciária precisa preparar a volta do interno à sociedade para que ele não retorne a reincidir, mas está muito atrasada nesse sentido...

À reincidência demonstra que o objetivo principal da Lei de Execução Penal é ineficaz, uma vez que o preso que passou por todo trâmite da pena, cumprindo integralmente de acordo com o regime ao qual foi submetido, quando colocado em liberdade volta ao mundo do crime, pois não houve a ressocialização adequada no tempo em que cumpria sua pena.

Organizações nacionais e internacionais, frequentemente, denunciam o tratamento desumano, degradante e violento a que estão submetidos os presos. Nos estabelecimentos penais, os detentos, forçosamente, convivem com o medo de serem vítimas de uma agressão física, de serem violentados sexualmente, entre outras atrocidades praticadas, já que estão sujeitos a um regime no qual, praticamente, inexiste uma apropriada assistência e uma separação entre o criminoso de baixa e alta periculosidade.

Ao Estado cabe a função de proteger e preservar a vida do condenado, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 e na lei 7.210, de 1984 que trata

da execução penal, a preservação do princípio da dignidade da pessoa humana, porém, não é isso que acontece.

A Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984, conhecida como Lei de Execução Penal - LEP surge com o intuito de organizar os regimes e os estabelecimentos prisionais. Trata das garantias e deveres atribuídos aos presos, objetivando sua ressocialização e a consequente reinserção destes ao convívio social. Além disso, ela visa combater o excesso ou o desvio da execução penal que ameaça a dignidade humana ao aplicar a pena, assegurando ao apenado o direito à saúde, educação, respeito, trabalho, higiene, direito a uma cela, dentre outros.

O Estado, como ente principal na proteção dessas garantias, tem o dever de respeitar os direitos fundamentais dos detentos, que estão previstos na Lei de Execução Penal conforme já referido, de forma que deve assegurar o exercício de todos esses direitos que não são atingidos pela sentença ou pela lei.

Cabe também à autoridade judicial garantir os direitos dos presos e fazê-los cumprir pelo sistema penal, de modo que faz parte de seu dever zelar pelos direitos individuais fundamentais dos presos, prezando pelo correto cumprimento da pena legal, prevista pelo ordenamento brasileiro. Porém, há muitos relatos por parte dos presidiários em relação a descaso por parte de todos, sem que os seus direitos sejam respeitados. (BRASIL, 1988).

Sob esta perspectiva, existem inúmeras leis que dispões sobre condições dignas do ser humano, além da LEP que dispõe objetivamente em relação aos presos, entretanto, o que tem ocorrido, como podemos observar, é a constante violação dos direitos e a total inobservância das garantias legais previstas na execução das penas privativas de liberdade, acabam passando por tratamentos e sujeitos a condições que degradam sua personalidade, bem como sua dignidade, deixando claro que não estão preparados para sua futura reinserção na sociedade.

Odete Maria de Oliveira relata em seu livro que

> o sistema prisional não representa hoje apenas uma simples questão de grades e de muros, de celas e trancas, mas é visto como uma sociedade dentro de uma sociedade, onde foram radicalmente alterados numerosos comportamentos e atitudes da vida livre. (OLIVEIRA, 1996, p. 75)

Com todos esses problemas expostos, é de fácil entendimento que não há nenhuma chance de um indivíduo se recuperar nesse meio que se encontra falido. Os presos apenas vão se adaptando as condições que são submetidos, naquele "mundo" em que vivem. Embora a Lei das Execuções Penais tenha sido alterada, incentivando o trabalho e a educação dos presos, a estrutura das penitenciárias não consegue oferecer tal benefício, pois se mostra clara a necessidade de rever a maneira como as penitenciárias funcionam atualmente.

> De um lado pretende constituir um estímulo à boa conduta e à adesão do recluso ao regime aplicado, e, de outro, pretende que este regime, em razão da boa disposição anímica do interno, consiga paulatinamente sua reforma moral e a preparação para a futura vida em sociedade. (BITENCOURT, 2006, P. 166).

A crise no sistema carcerário brasileiro vem se agravando ao decorrer dos anos, sem medidas, amparo e até mesmo uma possível solução, fazendo com que a sociedade pense que não há mais o que fazer quando se trata desse assunto. Isso decorre principalmente pelo que é divulgado pela mídia, que faz com que todos acreditem que o direito penal pode combater toda a criminalidade do Brasil.

Segundo o criminólogo Salo de Carvalho *"*o sintoma contemporâneo vontade de punir, atinge os países ocidentais e que desestabiliza o sentido substancial de democracia, propicia a emergência das macropolíticaspunitivistas (populismo punitivo), dos movimentos políticos-criminais encarceradores (lei e ordem e tolerância zero) e das teorias criminológicas neoconservadoras (atuarismo, gerencialismo e funcionalismo sistêmico)".

O desejo de punição que a sociedade tanto cita acaba-se tornando uma maneira de aumentar a criminalidade e está muito distante de trazer a sensação de paz social que todos querem. Desse modo, por não serem conhecedores das reais condições dos presídios, a sociedade defende o aumento das penas e pedem mais rigor na aplicação da lei, desconsiderando o quadro crítico gerado com a prisão desses indivíduos em um local que não fará com que ninguém melhore sua conduta na posterior reinserção.

> A prisão segundo consenso comum e generalizado, não reeduca ninguém, mas pelo contrário, tem sido causa de rebeliões e revoltas, com profundos

> reflexos na reincidência, ainda que pareça um paradoxo, têm sido sugeridas medidas alternativas de punição, como meio mais eficaz de substituí-la. (NOGUEIRA, 1996, p. 16)

Assim, há discussões geradas em torno disso, principalmente para autores que defendem a soberania do Estado no que diz respeito a aspectos positivos e negativos da administração penal, porque segundo eles, o Estado pode estar perdendo seu espaço e deixando que a iniciativa privada tenha controle de todo o sistema penal, caso a privatização ocorresse.

Todos esses problemas não podem ser deixados de lado, como está acontecendo com o Brasil, a população carcerária precisa de atendimento para um bom convívio social posteriormente, bem como, que os seus direitos sejam respeitados por todos que possuem uma ligação direta ou indiretamente com os apenados.

Surge assim, a ideia da privatização comoprincipal objetivo o desafogamento do trabalho estatal na administração e condução dos presídios.

2 A PRIVATIZAÇÃO COMO SOLUÇÃO

2.1 A privatização em outros países

Diante dessa situação, não somente o Estado, mas também a sociedade deve contribuir para que a reinserção dos apenados ocorra, com programas que estimulem a educação, juntamente com suas responsabilidades éticas e morais, isso irá contribuir para que todos sintam certa segurança ao reeducar o preso para a vida social.

Anteriormente, a ideia que estava ligada a ressocialização dos presos era o investimento nos presídios porém, os recursos estão escassos principalmente em relação a preservação mínima dos direitos inerentes ao ser humano. A importância da participação social no controle e na gestação de políticas públicas pode ser enfocada através de diferentes perspectivas, já que sua forma e grau vão depender também das diferentes maneiras de entender o Estado e a relação que ele estabelece com a sociedade civil.

Portanto, a ideia proposta de privatização dos presídios contribui para que esses fatores sejam alcançados, uma vez que, o atual sistema penitenciário não passa nenhuma segurança em relação aos apenados e também não dispõe de recursos para atender a todos.

Um dos primeiros países a utilizar a privatização foram os Estados Unidos, em meados dos anos 80, quando o país vinha enfrentando uma grave crise de superlotação penitenciária. A ideia de privatização foi se estendendo a outros países como o Canadá e Inglaterra. O autor Minhoto relata que:

> O rápido crescimento da população prisional se fez acompanhar da escalada dos custos relacionados à construção e administração das prisões [...]. Um efeito imediato do crescimento da população prisional e dos custos de administração do sistema diz respeito à precarização generalizada das condições de encarceramento [...]. Essa situação abriu o caminho para crescente intervenção judicial no sistema penitenciário, outro ingrediente importante da crise. (MINHOTO, 2000, p. 26).

As crises relacionadas ao sistema carcerário estão sendo vivenciadas por diversos países e o Estado vem apostando no investimento de extensão dos presídios.

2.2 Modelos de privatização dos presídios

Há, portanto, três sistemas para a privatização de um presídio, o estatal, o privado e o comunitário. Segundo a autora, Grecianny Carvalho Cordeiro:“no primeiro sistema, a execução da pena é de responsabilidade tão somente do Estado, não havendo qualquer participação ou ingerência por parte da iniciativa privada” (CORDEIRO, 2006, p. 87).

Já no sistema privado, Grecianny nos diz que: “No sistema prisional, privado, por sua vez, verifica-se uma interferência da iniciativa particular na execução da privativa de liberdade, podendo esta ocorrer em menor ou maior grau” (CORDEIRO, 2006, p.87).

Por fim, no sistema comunitário: “a execução penal compete à própria comunidade que, através de associações civis sem fins lucrativos ou organizações nãogovernamentais, promovem o cumprimento da pena privativa de liberdade,

inclusive gerenciando os recursos provenientes do Estado" (CORDEIRO, 2006, P.87).

No Brasil, a Lei 11.079/2004, dispõe sobre normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, a qual pode ser feita de duas maneiras: na modalidade patrocinada e na modalidade de concessão administrativa.

Em relação ao presídio, ela será feita na modalidade de concessão administrativa, onde a empresa ficaria responsável pela construção da estrutura, contratação dos funcionários para trabalhar e a administração da penitenciária, isto é, responsabilidades antes pertinentes ao Estado passariam a ser da empresa privada. Porém, isso não impede que os policiais atuem para fiscalizar e agir nas penitenciárias, não anulando a ação do poder público.

3 CONCLUSÃO

A privatização significaria utilizar meios privados para atender as necessidades públicas, sendo que, o Estado iria continuar responsável pelo controle, mas, iria reduzir os gastos e ter acesso a novas tecnologias. Além de ser uma maneira de desafogar o atual sistema carcerário, a privatização daria a possibilidade de um tratamento mais digno aos presos, conforme previsto em lei e já citado anteriormente.

Em alguns países, a privatização já é uma tentativa eficaz, que está produzindo efeitos positivos e tem se mostrado a solução mais perceptível para assegurar uma utilização eficiente da grande quantia de dinheiro público que torna-se disperdiçado com o atual funcionamento dos presídios.

Diante dessa situação, há doutrinadores sustentando opiniões diversas sobre o tema, como por exemplo, que a privatização seria inconstitucional, pois a legislação atual não permite que as penitenciárias sejam administradas por iniciativa privada.

No entanto, outra parte da doutrina afirma que a privatização é dividida em diversas modalidades e que uma dessas poderia ser aplicada de maneira que não

causasse uma reforma constitucional e sim, criar leis federais que tratassem do assunto.

Kuene (2009) entende que “entregar as penitenciárias a uma direção estranha à nova ideologia do tratamento penitenciário e à filosofia da execução penal, quando a sua legislação já alcançou um estágio tão promissor, é uma perspectiva nova que merece estudos muito mais acurados quanto aos seus aspectos sociais, jurídicos e legais” (p. 2).

A função do Estado nessa situação, não será transferida e sim, receberá um auxílio do empreendedor privado, o qual irá cuidar de serviços como hotelaria, alimentação, limpeza e organização, isto é, principalmente das necessidades básicas do apenado. Sendo assim, Luiz Flávio, já citado anteriormente nos diz que:

> Já a função jurisdicional, indelegável, permanece nas mãos do Estado que por meio de seu órgão juiz, determinará quando um homem poderá ser preso, quanto tempo assim ficará, quando e como ocorrerá punição e quando o homem poderá sair da cadeia, numa preservação do poder de império do Estado que é o único titular legitimado para o uso da força, dentro da observância da lei. (D’URSO).

A principal crítica dos doutrinadores e juristas, é no tocante aos lucros e outras intenções das empresas, desmoronando o principal objetivo da função estatal. Como já citado por alguns autores, a privatização contraria a legislação brasileira, porém, em nenhum momento ela proíbe que isso aconteça, basta que algumas regulamentações sejam feitas, definindo as regras para que uma penitenciária seja privatizada.

A discussão ideológica que tem impedido o melhor andamento das privatizações no Brasil, é combatida arduamente por Fernando Capez (promotor e escritor, Entrevista de Fernando Capez - Ano VI - N.º 55 - março de 2002) diz que a privatização não deve ser enfrentada analisando a opinião contrária ou favorável, antes, como uma necessidade absolutamente insuperável.

Reafirmando, a privatização não faz com que os entes privados tenham poder sobre todo o sistema penitenciário e sim, somente sobre a administração. No que diz respeito às penas, o Estado ainda continuaria no poder. A privatização é uma forma para que o Brasil tenha prisões mais estruturadas, que possa representar

principalmente segurança a população em geral. Pois, com o sistema carcerário atual, a sociedade fica muito vulnerável a sofrer com eventuais fugas ou rebeliões.

Podemos perceber que o Estado não tem condição alguma de resolver essa crise que acabou se agravando, sendo que, isso é um problema inerente a sociedade como um todo.

Portanto, a privatização seria a melhor forma de combate e repressão do crime, pois, se o presídio é bem estruturado e administrado, com projetos e incentivos à educação, saúde e a garantia de emprego aos apenados que já cumpriram suas penas, a reincidência ao crime provavelmente irá reduzir. O Poder Público pode e deve abrir mão desses fatores, deixando que a iniciativa privada administre os mesmos.

4 REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral.** 10. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006

CABRAL, S. **Sobre a participação privada na gestão e operação de prisões no Brasil: uma análise à luz da Nova Economia Institucional.** Organizações e Sociedade, Salvador, v.14, n.40, p.29-47, jan./fev./mar. 2007

CARVALHO, Salo. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro.** Rio de Janeiro. 2006.

D'URSO, L. F. B.**A privatização dos presídios. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, n. 26, p. 213-218, ago./nov. 1999.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão;** tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987

MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: A gestão da violência no capitalismo global.** São Paulo: Max Limonad, 2000

NOGUEIRA, C. R. F. **Privatização do sistema prisional brasileiro.** 2006. Monografia (Curso de Bacharel em Direito), Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Faculdade de Direito de Presidente Prudente, Presidente Prudente, 2006

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, 1930. **Comentários à lei de execução penal: Lei nº 7.210**,3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social.**2 edição revista ampliada. Editora da UFSC Florianópolis 1996



OS PROFISSIONAIS JURÍDICOS NA CONTEMPORANEIDADE: A FORMAÇÃO ACADÊMICA E O (DES) PREPARO PARA A JUSTIÇA CONSENSUAL

Fabiana Marion Spengler[87]

Camila Silveira Stangherlin[88]

RESUMO: O tratamento contencioso dos conflitos interpessoais, foi, por muito tempo, visto como a única via possível para o desempenho das atividades jurídicas dos sujeitos desta seara, no entanto a complexidade das relações sociais requer uma resposta mais adequada, onde o profissional do Direito é parte essencial. O presente estudo tem por objetivo analisar o perfil dos profissionais jurídicos, de maneira a identificar se a formação acadêmica atual privilegia, em suas grades curriculares, a justiça conflitiva ou, fomenta a justiça consensual. Assim, questiona-se: é possível apontar uma insuficiência na formação acadêmica dos atuais profissionais do âmbito jurídico, no que tange à preparação para o exercício e incentivo de formas consensuais de resolução de conflitos? Fora realizado estudo bibliográfico, com doutrinadores especialistas, análise da legislação correlata, e pesquisa documental com a observação de matrizes curriculares de cursos de Direito previamente selecionados. Percebe-se que, apesar do aumento de debate em torno da importância do estudo acadêmico relacionado à justiça consensual, ainda há uma forte corrente arraigada no perfil conflitivo e beligerenate destes sujeitos jurídicos.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça; Profissionais Jurídicos; Formação Acadêmica; Justiça Consensual.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A crise que se instalou no Poder Judiciário fez irromper a necessidade de serem implementados mecanismos que atendessem à complexidade da sociedade hodierna, uma vez que a decisão adjudicada, típica da justiça tradicional, resolvia

[87] Pós-doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma Tre, em Roma, na Itália, com bolsa CNPq (PDE). Doutora em Direito pelo programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – RS, com bolsa Capes, mestre em Desenvolvimento Regional, com concentração na área Político Institucional da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC – RS, docente dos cursos de Graduação e Pós Graduação *lato e stricto sensu* da UNISC, Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas no Tratamento dos Conflitos" vinculado ao CNPq; coordenadora do projeto de pesquisa "O terceiro e o conflito: o mediador, o conciliador, o juiz, o árbitro e seus papeis políticos e sociais" financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - Fapergs, Edital 02/2017 - PqG – Pesquisador Gaúcho, coordenadora e mediadora do projeto de extensão: "A crise da jurisdição e a cultura da paz: a mediação como meio democrático, autônomo e consensuado de tratar conflitos" financiado pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC; autora de diversos livros e artigos científicos, e-mail: fabiana@unisc.br, link currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/8254613355102364.

[88] Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestra em Direito pela URI Santo Ângelo. Integrante do grupo de pesquisas "Políticas Públicas no tratamento dos conflitos", vinculado ao CNPq. Atuou como conciliadora e juíza leiga na comarca de Cacequi-RS. Professora Substituta de Direito no IFFar - Câmpus de São Vicente do Sul. Advogada. E-mail: camilastangherlin@hotmail.com.

pontualmente o litígio, sem contemplar o cerne do conflito, e os anseios condizentes ao acesso à justiça em seu sentido amplo – direito fundamental de todo o cidadão. Sendo assim, os meios consensuais, que privilegiam o diálogo e o entendimento, passaram a conquistar espaço valorativo no âmbito judiciário, sobretudo, com o afinco de políticas públicas que resultaram na edição de distintas leis.

O presente artigo objetiva compreender o perfil dos profissionais jurídicos, de maneira a identificar se a atual formação acadêmica disponibilizada nos cursos de Direito e Ciências Jurídicas contribuem para o desenvolvimento de posturas profissionais voltadas à justiça conflitiva, ou fomenta a procura de vias que vão de encontro à justiça consensual, buscando propiciar o tratamento adequado à demanda. Assim, questiona-se: é possível apontar uma insuficiência na formação acadêmica dos atuais profissionais do âmbito jurídico, no que tange à preparação para o exercício e incentivo de formas consensuais de resolução de conflitos? Para tanto, fora realizado estudo bibliográfico com doutrinadores especialistas no tema, com análise da legislação correlata ao assunto, bem como pesquisa documental com a grade curricular de determinados cursos de Direito, ecolhidos aleatoriamente pela pesquisadora.

Primeiramente, serão apresentados os principais obstáculos enfrentados pela jurisdição atual - dentre eles à excessiva conflituosidade, destacando a formação dos profissionais do eixo jurídico, e sua (mitigada) tendência em desenvolver meios que potencializam uma decisão consensuada e dialogada. Por conseguinte, serão expostas as principais legislações que contemplam a autocomposição de conflitos, e a presente cultura do litígio, que permeia a formação dos estudantes da seara jurídica. Ainda, serão observadas as grades de cursos de Direito, ocasionalmente selecionadas, a fim de averiguar a presença de disciplinas que atentam às inovações legislativas atinentes à resolução autônoma, dialogada e consensuada dos conflitos sociais, como maneira de aproximar o discente das formas complementares/alternativas de tratamento de contendas.

Em que pese as significativas mudanças, invariavelmente, o percurso rumo à formação de profissionais com perspectivas apaziguadoras é recém iniciado, ao passo que o perfil beligerante dos estudantes jurídicos ainda é uma constante nos bancos acadêmicos, reiterado por disciplinas que não apenas enfatizam a

conflituosidade, como também a dependência do Poder Judiciário como condição de alcance da justiça.

2 OS ENTRAVES À JURISDIÇÃO E AS NOVAS VIAS INSTITUCIONAIS: MAIS DO MESMO?

O ordenamento jurídico brasileiro encontra-se constantemente em mudança. Nos últimos anos, foi possível debater a edição de normas voltadas à efetivação de princípios constitucionais como o princípio do acesso à justiça, do devido processo legal, ou da duração razoável do processo, entre outros. Contudo, a crise jurídica instalada por aqui parece não sucumbir aos diplomas legais que trazem em seu bojo medidas evidentemente paliativas, desacompanhadas de ações que, de fato, constituam uma política pública de alcance multidimensional, "analisadas no contexto mais geral da política e da sociedade" (SCHMIDT, 2008, p. 2315).

Vê-se que as expectativas depositadas por aqueles que defendiam a conquista de espaços que atendessem ao pluralismo das relações contemporâneas, de modo a propiciar alternativas à jurisdição tradicional, esbarraram em obstáculos típicos de uma sociedade sustentada por um paradigma de disputa e rivalidade, o que não foi priorizado pelas legislações, que se ocuparam de institucionalizar mecanismos, e moldá-los às suas regras. Nesse aspecto:

> É notório como a estrutura jurídico-política foi sempre muito atenta aos "remédios" e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente, que é constantemente "traduzida" na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários. (SPENGLER, 2008, p. 49)

Os entraves a uma justiça que considere os fatores subjetivos de cada jurisdicionado - como a mediação e a conciliação - não são muito diferentes daqueles que contribuem para a morosidade da jurisdição contenciosa, e já foram demasiadamente debatidos: a escassez de servidores, ritos processuais protelatórios, formalidade e burocracia excessiva, deficiência de informação ao cidadão, etc. Porém, superada a estigma da insuficiência de leis que abarcassem os mecanismos consensuais, irrompe-se um novo questionamento: como proceder

para que dispositivos que preveem audiências/sessões autocompositivas não sejam encarados pelos cidadãos como meras fases improfícuas e totalmente dispensáveis de um processo?

Parece nítido que o grande elo entre cidadão e Poder Judiciário, inclusive ao que tange às vias consensuais de acesso à justiça (não citada aqui a via extrajudicial), transcorre pela eficiência/ineficiência dos profissionais jurídicos, e estes, por sua vez, são o produto de suas próprias experiências, práticas profissionais, e formação pessoal e acadêmica. Para que as vicissitudes da crise do Poder Judiciário não se alojem definitivamente nos meios de justiça voluntária, resultando em manifesto descrédito, insurge a necessidade de observar de que maneira estão sendo formados os futuros profissionais responsáveis pela harmonização do mundo das leis com o complexo mundo das relações sociais contemporâneas.

2.1 As inovações legislativas e os profissionais de Direito

Por óbvio, as reformas constatadas na seara judiciária não são, nem pretendem ser, substitutas das reformas necessárias no âmbito social e político do país, mas, cumprem um papel importante na busca pela efetivação do princípio de acesso à justiça – direito fundamental. Este papel, no entanto, não pode ser consubstanciado nas inovações legislativas, como ato unilateral de um sistema criado, precipuamente, para estancar conflitos através da aplicação de leis. Outros segmentos precisam avocar a mea-culpa, e efetuar suas ações modificativas:

> Ora, a substituição desse sistema jurídico por outro não é simples questão de mudança normativa. As normas jurídicas só têm vigência efetiva, isto é, só adquirem força ou vigor social [...] quando impostas por um poder legitimamente constituído e mantido; o que implica a sua efetiva aceitação pelo povo. (COMPARATO, 2010, p. 360)

O que muitos doutrinadores sustentam, e parece ter propósito aqui, é a chamada mudança paradigmática. Uma vez constatado que a previsão legal não era suficiente para alcançar resultados significativos na seara das soluções dialogadas e acordadas de conflitos, restaura-se a percepção de que os sujeitos que envolvem a

relação jurídica são titulares de uma formação insuficiente. Por muito tempo a construção acadêmica de um profissional de Direito baseou-se na pura aplicação da lei, e este ensinamento enclausurado na letra morta ainda respinga nos bacharelados da atualidade. A verdade é que “os códigos regem apenas o que se vê, isto é, a mímica formal que, na representação judiciária, se apresenta à luz do palco” (CALAMANDREI, 2000, p. 19), e por vezes deixa para trás o humanismo que deve pautar toda e qualquer atividade profissional.

Uma formação engessada no estudo puro da normativa jurídica, constantemente voltada para a aprovação em massa em concursos públicos, mirando o tripé dinheiro – estabilidade - status, só faz distanciar o Direito da justiça, e do seu comprometimento social: há caminhos intermediários. Ademais, uma formação acadêmica moldada nas matrizes dos ensinamentos contenciosos, “implica muito provavelmente no aparecimento de resistências e em pequenos fracassos imediatos” (GOMES NETO, 2005, p. 100). Tais fracassos podem, aparentemente, apenas contribuir para o aumento de processos e na adesão aos litígios, contudo, seus reflexos vão além, e se traduzem em depreciação das relações sociais.

2.2 Novas leis, velhas posturas

O atual Código de Processo Civil - a exemplo de demais dispositivos legais, como a lei que instituiu a mediação (lei nº 13.140/15), e da Resolução 174, do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), que dispôs sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista – apesar de prever uma audiência de tentativa de conciliação/mediação, em tese obrigatória, logo no início da tramitação processual, parece mais prolongar conflitos, do que oportunizá-los um tratamento adequado.

Inúmeros fatores vêm sendo apontados pela doutrina como responsáveis pela ineficácia do conteúdo do artigo 334 do CPC/15, assim como de outros textos legais que derivaram da Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça- CNJ. Em que pese a intenção de disseminar uma Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, é perceptível

que, reiteradamente, “pensa-se no ‘novo’ com a lógica da racionalidade formal e da unicidade sistemática dos ‘velhos’ parâmetros” (WOLKMER, 2001, p. 353).

Por isso a tarefa é tão árdua: requer mudanças profundas. É repensar que o ofício do profissional que estuda e dedica-se ao Direito perpassa pela compreensão de que o Estado, representado pelo Poder Judiciário, “[...] não é de modo algum o único garantidor da paz: tanto para uma sociedade como para um indivíduo, ficar adulto é aprender a não depender dos pais” (ROULAND, 2008, p. 152). E esta aprendizagem de extrema importância está entremeada nos bancos das faculdades dos cursos de Direito do país.

3 ENTRE A CULTURA DO LITÍGIO E A CULTURA DO DIÁLOGO: A BUSCA DA JUSTIÇA PELAS MÃOS DOS PROFISSIONAIS JURÌDICOS

Não é apenas nas disciplinas dos cursos de bacharelado em Direito que a cultura beligerante se encontra entranhada. Desde cedo o ser humano é doutrinado a conquistar a vitória, a superar os adversários, e se sagrar vitorioso em todas as batalhas cotidianas que compõem a vivência em sociedade. Além de cultural, é algo imanente à sobrevivência da espécie, onde “as forças repulsivas ou a aversão são uma realidade constante na vida moderna, colocando cada pessoa ou grupo em contato com inumeráveis outros (as) todos os dias” (SPENGLER, 2016, p. 556).

No que tange à justiça, esta acaba, por vezes, sendo vista como mais uma arena de rivalidade, resultando também em confronto declarado, em que o cidadão busca pelo veredito do juiz a glorificação do vencedor, em detrimento do vencido. Mas, se por um lado os profissionais responsáveis pelo exercício da ciência que se destina a empregar as normas jurídicas vigentes (para ordenar/estruturar as mais diversas relações entre indivíduos) podem desenvolver-se em perspicazes hábitos de disputa, por outro lado, podem, de igual maneira, receber uma preparação acurada acerca dos benefícios da justiça consensual, no decorrer dos anos que perdura o curso.

Estando o sistema respaldado por leis que atendam aos primeiros passos para uma nova perspectiva de resolução de conflitos (onde o jurisdicionado é a vértice atuante na construção da decisão que melhor atenda aos interesses

compartilhados pelos envolvidos) - nos moldes de um genuíno diálogo colaborativo , carece a reestruturção dos sujeitos que complementam esta vinculação Estado-sociedade.

Advogados, magistrados, membros do Ministério Público, serventuários do Poder Judiciário, defensores públicos, todos eles têm em comum a formação no mesmo eixo de ensino, razão pela qual quando se almeja "[...] a concretização do projeto político-jurídico de refundação democrática da justiça, é necessário mudar completamente o ensino e a formação de todos os operadores de direito" (SANTOS, 2015, p. 100), uma mudança com traços de humanismo e empatia, que perpassa pela interdisciplinaridade. A educação da área jurídica precisa desamarrar-se dos ensinamentos unívocos, que não interagem com as áreas afins, sustentando uma postura de extrema autonomia do Direito perante os demais ramos. Buscar agregar conhecimentos advindos de outras searas de ensino é condição para que uma cidadania voltada para a promoção da justiça despregue-se da teoria dos livros e realize-se no exercício da função de um profissional jurídico.

3.1 O (des) preparo para uma atuação autocompositiva

Após a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ, os meios autocompositivos, como a conciliação e a mediação, passaram, gradativamente, a receber maior atenção, tanto por legisladores, como por estudantes, doutrinadores e pesquisadores do setor, sendo inclusive, incluídos em muitas grades curriculares dos cursos de Direito do país, que até então, pouco abordavam sobre a temática. Reformulações foram consideradas, e observou-se uma adequação para atender às inovações legais sobre o tema.

Justamente, como pondera TARTUCE (2016, p. 95), "o profissional do direito não costuma contar, em seu panorama de formação, com a habilitação focada em considerar meios consensuais para tratar controvérsias, sendo seu estudo orientado para a abordagem conflituosa [...]". Nesse cenário, timidamente, cadeiras que discorrem sobre uma interpelação diferenciada do conflito, sobre a alteridade, e sobre a importância da participação ativa das partes, passaram/passam a ocupar muitas salas de aula, o que, por conseguinte, leva a outra discussão: disciplinas

dessa linha, ministradas inadequadamente, podem causar efeitos negativos, semelhantes - ou piores - daqueles derivados da falta da matéria?

Por óbvio, experiências pejorativas no transcorrer do curso podem ocasionar uma visão deturpada dos alunos em relação à autocomposição de conflitos. A imersão em assuntos poucos conhecidos, quando desacompanhada de uma base congruente, pode conduzir o aluno ao caminho reverso, que nesse caso é a contínua expansão de condutas contenciosas, sobretudo, para atender à clamada segurança jurídica.

Tão importante quanto saber batalhar dentro de um processo que requer a disputa pormenorizada de cada fase litigiosa, é saber mediar, conciliar, negociar, quando os elementos endógenos/exógenos assim assinalarem. O domínio do diálogo e da escuta cooperativos faz abrir portas essenciais na vida pessoal e profissional de todo indivíduo. Já é chegada a hora dessas habilidades serem fomentadas e desenvolvidas no cerne da formação dos estudantes de hoje, para a promissora fundação dos profissionais jurídicos de amanhã.

3.2 Formações adequadas: caminhos para efetivar mudanças!

Visando adentrar a seara educacional, e melhor contemplar a atmosfera de preparo dos profissionais jurídicos da atualidade, optou-se por realizar uma pesquisa documental, envolvendo determinados recortes das bases curriculares que constituem os cursos de Direito das IES's (Instituições de Ensino Superior) por ora seletados. Cabe ressaltar que cumpre ao Poder Público, por intermédio do Ministério da Educação (MEC), proceder com a manutenção, a supervisão e o desenvolvimento das instituições públicas federais de ensino superior, bem como com a supervisão das instituições privadas de educação superior, conforme o disposto na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB).

Por seu turno, o Ministério da Educação (MEC), através de sua estrutura organizacional, conferiu a SESU (Secretaria da Educação Superior), a responsabilidade por coordenar e supervisionar o processo de formulação e implementação da Política Nacional de Educação Superior. Por conseguinte, é o Conselho Nacional de Educação - CNE, em virtude da Lei n° 9.131/1995, quem

analisa e emiti parecer sobre questões relativas à aplicação da legislação educacional.

Quanto à grade curricular de cada curso, o MEC aduz que cada instituição tem autonomia para alterá-la, devendo tal alteração ser aprovada pelo colegiado superior da instituição, com registro em ata. Complementando, tem-se a lei n° 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, prevendo que:

> Art. 53. No exercício de sua autonomia, são asseguradas às universidades, sem prejuízo de outras, as seguintes atribuições:
> [...]
> II - fixar os currículos dos seus cursos e programas, observadas as diretrizes gerais pertinentes;
> [...]

Portanto, a grade curricular deve atender às orientações das diretrizes curriculares do próprio curso, e ainda, estar em conformidade com o disposto nas orientações correlatas. Assim sendo, o CNE editou a Resolução CNE/CES N° 9, de 2004, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito, e trouxe em suas determinações uma visão bastante tradicional do sujeito jurídico, como pode ser observado no dispositivo que trata das habilidades mínimas prevista para o profissional desta área:

> Art. 4º. O curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as seguintes habilidades e competências:
> I - leitura, compreensão e elaboração de textos, atos e documentos jurídicos ou normativos, com a devida utilização das normas técnico-jurídicas;
> II - interpretação e aplicação do Direito;
> III - pesquisa e utilização da legislação, da jurisprudência, da doutrina e de outras fontes do Direito;
> IV - adequada atuação técnico-jurídica, em diferentes instâncias, administrativas ou judiciais, com a devida utilização de processos, atos e procedimentos;
> V - correta utilização da terminologia jurídica ou da Ciência do Direito;
> VI - utilização de raciocínio jurídico, de argumentação, de persuasão e de reflexão crítica;
> VII - julgamento e tomada de decisões; e,
> VIII - domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito

Esta Resolução, ainda em vigor, declara que o curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua organização curricular,

disciplinas voltadas à formação fundamental, profissional e prática de seus acadêmicos, sem fazer maiores especificações, já que se trata de uma autonomia das IES's. No artigo 7°, é mencionado o exercício do estágio supervisionado dos alunos do curso:

> Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.
> § 1º O Estágio de que trata este artigo será realizado na própria instituição, através do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente, podendo, em parte, contemplar convênios com outras entidades ou instituições e escritórios de advocacia; em serviços de assistência judiciária implantados na instituição, nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública ou ainda em departamentos jurídicos oficiais, importando, em qualquer caso, na supervisão das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio das IES , para a avaliação pertinente.
> § 2º As atividades de Estágio poderão ser reprogramadas e reorientadas de acordo com os resultados teórico-práticos gradualmente revelados pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.

No entanto, após a solicitação para que fosse verificada a possibilidade de se aperfeiçoar a redação do art. 7º, § 1º, da Resolução CNE/CES nº 9/2004, que trata dos Núcleos de Prática Jurídica, o Parecer CNE/CES nº 150/2013, aprovado em 5 de junho de 2013, estabeleceu uma revisão ao aludido artigo, de forma que a nova redação cuidou de introduzir na disciplina de Estágio Supervisionado obrigatório, a previsão das seguintes atividades:

> Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização
> § 1º O estágio de que trata esse artigo poderá ser realizado:
> I – na própria instituição, por meio do Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo conselho competente da própria Instituição de Ensino (sic) Superior (IES), podendo ser celebrado convênio com a Defensoria Pública para prestação de assistência jurídica suplementar;
> II – em serviços de assistência jurídica de responsabilidade da instituição de ensino por ela organizados e implantados;

> III – nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias e demais Departamentos Jurídicos Oficiais.
> § 2º Em qualquer caso, o Estágio Supervisionado importará na supervisão acadêmica das atividades e na elaboração de relatórios que deverão ser encaminhados à Coordenação de Estágio da IES, para avaliação pertinente.
> § 3º Para o desempenho de suas funções, o Núcleo de Prática Jurídica poderá manter convênios com outras entidades de ensino, instituições públicas ou privadas, além de escritórios de advocacia, de modo a viabilizar aos alunos a participação em atividades jurídicas práticas, tal como previstas no Projeto Pedagógico do curso.
> **§ 4º O Núcleo de Prática Jurídica, com o objetivo de pleno atendimento às demandas acadêmicas do curso, poderá contemplar, dentre outras, as seguintes atividades:**
> I – práticas jurídicas simuladas;
> II – visitas orientadas;
> **III – participação em atividades de arbitragem, conciliação e mediação**;
> IV – participação em atividades judiciais/jurídicas reais, mediante supervisão de profissionais orientadores vinculados à IES. (grifo não original)

Tal alteração foi fruto de um Ofício da Promotoria de Justiça do Estado de Minas Gerais, que compreendeu que o curso de Direito não é voltado apenas para a formação de advogados, mas sim de bacharéis em Direito, e, portanto, o Núcleo de Prática Jurídica deve orientar outras atividades, que não aquelas engessadas pelos escritórios de advocacia, como a mediação, conciliação e arbitragem, além de preparar o estudante para demais carreiras jurídicas, contemplando temas como os direitos difusos e coletivos, direitos humanos, atendimento a ONGs, entre outros. Nas palavras do Promotor responsável:

> Cabe destacar que, enquanto a assistência judiciária se mantém atrelada ao uso do Poder Judiciário, a assistência jurídica, concepção mais ampla que engloba a assistência judiciária (conforme a doutrina jurídica), aceita novas possibilidades de resolução de conflitos, tais como meios extrajudiciais de conciliação, prestação de informações jurídicas por meio de consultorias, representação junto à administração pública, atividades de mediação de conflitos e atividades com o objetivo de educação (como a criação de cartilhas sobre direitos, palestras etc.), dentre outros. Parecer CNE/CES nº: 362/2011, p. 04).

Apesar dos apontamentos positivos e do resultado profícuo alcançado com a alteração do artigo, no ano de 2017, a Resolução Nº 3, de 14 de Julho de 2017, alterou, novamente, o art. 7º da Resolução CNE/CES nº 9/2004, suprimindo o conteúdo que direcionava os alunos para a prática dos meios alternativos/complementares de tratamento de conflitos durante o período de estágio supervisionado, dando-lhe a seguinte redação, que vigora atualmente:

> Art. 7º O Estágio Supervisionado é componente curricular obrigatório, indispensável à consolidação dos desempenhos profissionais desejados, inerentes ao perfil do formando, devendo cada instituição, por seus colegiados próprios, aprovar o correspondente regulamento, com suas diferentes modalidades de operacionalização.
> § 1º O estágio de que trata esse artigo poderá ser realizado:
> I - Na própria Instituição de Educação Superior, por meio do seu Núcleo de Prática Jurídica, que deverá estar estruturado e operacionalizado de acordo com regulamentação própria, aprovada pelo seu órgão colegiado competente, podendo ser celebrado convênio com a Defensoria Pública para prestação de assistência jurídica suplementar;
> II - Em serviços de assistência jurídica de responsabilidade da Instituição de Educação Superior por ela organizados, desenvolvidos e implantados;
> III - nos órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública e das Procuradorias e demais Departamentos Jurídicos Oficiais;
> IV - Em escritórios e serviços de advocacia e consultorias jurídicas.
> § 2º As atividades de Estágio Supervisionado poderão ser reprogramadas e reorientadas em função do aprendizado teórico-prático gradualmente demonstrado pelo aluno, na forma definida na regulamentação do Núcleo de Prática Jurídica, até que se possa considerá-lo concluído, resguardando, como padrão de qualidade, os domínios indispensáveis ao exercício das diversas carreiras contempladas pela formação jurídica.

A citada alteração buscou elucidar o fato de que as atividades do estágio supervisionado obrigatório dos cursos de Direito poderão ser realizadas em outros ambientes além do Núcleo de Prática Jurídica da instituição de ensino superior, porém, retirou-se a menção que era feita à mediação, conciliação e arbitragem (conquistada na alteração anterior), que, ainda que sutilmente, contribuía para disseminação de tais práticas nas instituições de ensino.

Apesar das intercorrências, outras ações de fomento à inserção do estudo de formas de justiça consensual nos cursos de bacharelado em Direito despontam no cenário nacional. Exemplo disso é a premiação anual do Conselho Nacional de Justiça - CNJ para práticas que se destacam no âmbito do ensino superior, no aprimoramento em relação à conciliação na sociedade, e que, no ano de 2017, premiou a mais tradicional graduação de Direito do país, a faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), pela inclusão de duas disciplinas sobre mediação e conciliação.

Para os premiados, “ o CNJ sinaliza a importância desse olhar da mediação na formação do aluno de direito” (CNJ, s.p.) ao reconhecer a necessária reestruturação das grades curriculares dos cursos disponibilizados no país. Trata-se de uma adequação aos anseios de uma sociedade que há muito tempo deixou de contentar-se com uma decisão impositiva, que desatende às singularidades ínsitas a

cada conflito. Para tanto, a cultura de paz, aquela menos dependente de uma relação jurídica-estatal tríade, necessita brotar, sobretudo, no âmago de desenvolvimento destes profissionais: a graduação.

No intuito de delinear o perfil dos sujeitos jurídicos que estão em formação na atualidade, o presente estudo traz à baila algumas matrizes curriculares de cursos de Direito, escolhidos de maneira aleatória, a fim de verificar a presença de disciplinas que oportunizam o estudo de meios dialogados e consensuais, para que os estudantes possam, futuramente, reverberar tais práticas no exercício de suas funções. Assim, selecionou-se: a UNISC (Santa Cruz do Sul), a URI (Santiago), a ULBRA (Santa Maria), a URCAMP (São Gabriel, Bagé, Alegrete e Santana do Livramento), a UFN (Santa Maria) e a UNICRUZ (Cruz Alta), todos analisados em face de suas páginas eletrônicas.

A URI (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões) – campus de Santiago, prevê a disciplina de Mediação e Arbitragem no 7° semestre do curso, conforme dispõe o arquivo de matriz curricular do curso, divulgado em seu *site*. Já a UNISC (Universidade de Santa Cruz do Sul), apresenta na opção *disciplinas,* na página do curso de Direito, a previsão da cadeira de Mediação e Arbitragem, ofertada no 4º semestre, com 30 horas/aula.

De forma similar, a UNICRUZ (Universidade de Cruz Alta) oferta a disciplina de Mediação e Arbitragem, em 30 horas/aula, no 4° semestre do curso, e, ainda, no 7º semestre letivo, há a disciplina de Estágio Curricular em Mediação, corforme dispõe a estrutura curricular divulgada na página do curso.

Já em análise ao curso de Direito, contida no *site* da URCAMP, nos *campi* de São Gabriel, Bagé, Santana do Livramento e Alegrete, não há previsão de oferta de disciplina alusiva à mediação, conciliação, arbitragem, ou ainda, de modo genérico, como ocorre no curso de bacharelado da ULBRA - Santa Maria, que estabelece a disciplina de meios alternativos de resolução de conflitos, prevista no 7° semestre do curso (como figura na grade curricular), ou no 10° semestre (contida no arquivo de Ementas).

Já o curso de Direito da UFN (Universidade Franciscana), apresenta uma disciplina denominada Gestão de Conflitos, no 5° semestre, contendo uma ementa frugal que contempla a “Gestão. Conflito. Meios de Gestão. Métodos de Gestão.

Elementos presentes nos conflitos e seus respectivos princípios orientadores" (UFN, 2017, p. 76). Perceptivelmente,trata-se de uma disciplina direcionada para o estudo da negociação, detendo-se em fatores mais objetivos, similares à conciliação, mas distantes da mediação.

Em que pese a consulta tenha sido realizada utilizando como base apenas as informações contidas nos *sites* das IES's, pode-se afirmar que, na maioria dos cursos averiguados, há uma atenção em transmitir ao discente que o Direito não é feito apenas de leitura, interpretação e aplicação da lei, mas de uma dimensão maior, que passa pela ressignificação de seu papel enquanto profissional atrelado ao mundo das leis, e ao mundo das relações humanas. Como preceitua ECONOMIDES (1999, p. 73) "[...]o acesso dos cidadãos brasileiros à carreira jurídica deveria ser olhado como uma importante dimensão, até mesmo uma precondição, para a questão do acesso dos cidadãos à justiça", e, portanto, para que o direito fundamental de acesso à justiça seja concretizado, não basta a edificação de boas leis, mas a aptidão daqueles que a efetivarão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo observou que, apesar das inovações legislativas apontarem para vias que estimulam a justiça consensual no âmbito do Poder Judiciário, a formação dos profissionais jurídicos da atualidade ainda é incipiente em relação ao estudo e aprimoramento de meios que promovam a busca da justiça por intermédio de mecanismos voltados à decisão dialogada e autônoma das partes.

A visão do profissional jurídico difundida na maioria dos cursos de Direito ainda atende aos preceitos do embate litigioso, que considera as habilidades conflitivas como condição de ascensão na carreira. No entanto, não se pode olvidar das conquistas obtidas até então, traduzidas na inclusão de disciplinas que não figuravam nas grades curriculares de cursos jurídicos até a década passada - como aquelas que abordam a conciliação, mediação e arbitragem - e na inserção de debates acerca das benesses provenientes do tratamento adequado de um conflito.

Se por um lado a formação depreendida na atualidade ainda parece ser insuficiente para tratar de forma mais humanística a resolução de contendas

interpessoais que percorrem os trâmites judiciais, por outro, tem-se significativos ganhos advindos de uma parcela considerável de profissionais atuantes dentro das IES's, que semeiam, incansavelmente em seus alunos, a idealização de uma justiça capaz de cumprir com os anseios constitucionais, e de ser mais próxima dos cidadãos.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 01 mai 2018.

BRASIL. **Lei n° 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L9394.htm. Acesso em 04 mai 2018.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. 5. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Direito da USP é premiado por incluir disciplinas sobre mediação.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84434-direito-da-usp-e-premiado-por-incluir-disciplinas-sobre-mediacao-de-conflitos-2. Acesso em: 30 abr 2018.

COMPARATO, Fábio Konder. **Rumo à Justiça**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do "Movimento de Acesso à Justiça": epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce [et al](Org.). **Cidadania, justiça e violência**. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getulio Vargas, 1999.

FURI. **Resolução Nº 2235/CUN/2016**. Dispõe sobre Projeto Pedagógico do Curso de Direito da URI. Disponível em: http://www.reitoria.br/soap/projetospedagogicos.php. Acesso em: 26 abr 2018.

GOMES NETO, José Mario Wanderley. **O acesso à justiça em Mauro Cappelletti**: Análise teórica desta concepção como movimento de transformação das estuturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Fabris, 2005.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Conselho Nacional de Educação. **Parecer CNE/CES Nº: 150/2013**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 30 abr 2018.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Parecer CNE/CES Nº: 150/2013,** de 05 de junho de 2013. Disponívem em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=140

36-pces150-13&category_slug=setembro-2013-pdf&Itemid=30192. Acesso em 03 mai 2018.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Resolução n° CNE/CES N° 9**, de 29 de setembro de 2004.Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em: 04 mai 2018.

UFN, Universidade Franciscana. **Projeto Pedagógico do Curso de Direito**. Santa Maria, 2017. Disponível em: http://www.universidadefranciscana.edu.br/site/ensino/graduacao/direito. Acesso em: 25 abr 2018.

ULBRA, Campus Santa Maria. **Curso de Direito**. Disponível em: http://www.ulbra.br/santa-maria/graduacao/presencial/direito/bacharelado. Aceso em: 27 abr 2018.

UNICRUZ, Pró-Reitoria de Graduação. **Projeto Pedagógico de Curso** – PPC . Cruz Alta, 2014. Disponível em: https://home.unicruz.edu.br/wp-content/uploads/2017/04/PPC-Curso-de-Direito-2014_01.pdf . Acesso em: 30 abr 2018.

UNISC. **Curso de Dirieto**. Disponível em: https://www.unisc.br/pt/cursos/todos-os-cursos/graduacao/bacharelado/direito/disciplinas. Acesso em 26 abr 2018.

URCAMP. **Curso de Direto**. Disponível em: https://www.urcamp.tche.br/cursos/graduacao/direito. Acesso em: 27 abr 2018.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. Coimbra: Almedina, 2015.

SCHMIDT, João P. **Para entender as políticas públicas**: aspectos conceituais e metodológicos In: REIS, J.R.; LEAL, R.G. *Direitos sociais e políticas públicas*: desafios contemporâneos. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar. (org.) **Conflito, jurisdição e direitos humanos**: (des) apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Uma Relação a Três**: O papel político e sociológico do terceiro no tratamento dos conflitos. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, vol. 59, n° 2,2016, pp. 553 a 583. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308280422_Uma_Relacao_a_Tres_O_Papel_Politico_e_Sociologico_do_Terceiro_no_Tratamento_dos_Conflitos. Acesso em: 04 mai 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. Ed. São Paulo: Método, 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3ª Ed. São Paulo: Editora alfa-omega, 2001.



O INCREMENTO DA AUDIÊNCIA DE MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: UMA VISÃO CRÍTICA

Ana Paula da Costa Alves[89]
Marcelo Cipolat[90]

RESUMO: O poder judiciário, baluarte da democracia, deve ser revestido de eficiência, eficácia e efetividade para que possa sustentar o sistema processual brasileiro. A importância do judiciário repousa na salvaguarda de princípios, entre os quais ressaltamos a paridade das partes, conforme exposto na Constituição Federal de 1988 (CF/88). Entretanto, é de conhecimento público que o procedimento processual executado no país demonstra insuficiência para responder a demanda, indicando ineficiência na solução das lides sociais. A estrutura jurídica brasileira, eivada de dificuldades, não desenrola o embaraço em virtude da elevada quantidade de processos que emperram o sistema. Tal situação estimulou adoção de novas ferramentas para sobrepujar as dificuldades, assim, em 2015, foi incorporado ao ordenamento jurídico a Lei 13.105, na qual o incremento da audiência de mediação e conciliação desponta como uma das principais modificações. Logo, encontramos campo fértil para elencar novas situações doutrinárias com o objetivo de desvelar nuanças deste instituto. O artigo, em questão, integra a primeira parte de um estudo de maior amplitude que pretende verificar a real situação da aplicação da autocomposição no ordenamento jurídico. A investigação está alicerçada em uma pesquisa bibliográfica, que busca embasamento teórico sobre o novo instituto e o princípio da igualdade. Abordaremos, também, aspectos objetivos fundamentados em pesquisa de outros autores que sedimentaram o parecer conclusivo. O estudo fundamentou-se em doutrinadores como Mello (1993), Nascimento (1999), Lenza (2014), Souza (2015). Finalmente, expomos a possibilidade de ocorrer violação do princípio da igualdade com a aplicação da nova legislação.

Palavras-Chave: Mediação; Conciliação; Princípios; Paridade; Igualdade.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O estabelecimento da relação jurídica processual e a caracterização das divergências entre as partes que configuram a lide remetem ao nascimento do processo. Esse rito particular se repete em uma escala progressiva em todos os rincões do país, contribuindo para alcançar números elevados de processos a serem julgados pelo judiciário o que gera insatisfação popular em função da morosidade das decisões. Com o intento de reduzir a espera e agilizar as sentenças, o novo

[89] Acadêmica do I semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI, *campus* Santiago). E-mail: anapaulaalves@live.com
[90]Acadêmico do VII semestre do curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI, *campus* Santiago). E-mail: celcipolat@gmail.com

Código de Processo Civil (CPC/2015) trouxe em sua redação uma nova abordagem, desse modo, enfatizando as técnicas de resolução de conflitos: autocomposição e heterocomposição (câmaras arbitrais e a conciliação e mediação em âmbito judicial).

Atentos a este aspecto, procuramos abordar o requisito da petição inicial, albergado pela Lei 13.105/2015, que determina a obrigatoriedade das partes apresentarem o desejo de realizar ou não o ato da audiência de mediação e conciliação, como forma de prestigiar e valorar o instituto, além de potencializar a possibilidade de firmar acordos, “desafogando” o judiciário. Após um certo período da aplicação da nova lei é razoável considerar que este procedimento tenha impactado a sociedade brasileira, logo, o novo mecanismo obteve os resultados esperados, ou seja, houve redução do tempo médio dos processos ou trouxe mais problemas que soluções?

Nesse contexto, analisaremos as consequências de tais medidas em relação ao princípio da paridade das partes emergindo como hipóteses as seguintes questões: a primeira, diz respeito a “sedução” que a parte autora sofre no sentido de, por exemplo, aceitar proposta financeira inferior a desejada em virtude da reconhecida morosidade processual, utilizada como forma de pressão pela parte ré; a segunda, trata do caráter decisivo que o réu possui na nova legislação já que caberá a esta parte a anuência final pela realização ou não da audiência, acarretando em desequilíbrio na relação jurídica processual.

A organização desta pesquisa procurou alcançar um breve histórico do instituto da audiência de mediação e conciliação no Brasil, suas definições e características. Sendo, a primeira seção dedicada a fazer um retrospecto desse procedimento de resolução de conflitos, trazendo a baila o processo de formação na história do direito brasileiro, seus mecanismos de aplicabilidade em diferentes momentos da evolução jurídica do país que proporcionaram o amadurecimento necessário para o emprego atual.

Destarte, discutiremos, neste estudo, os atos procedimentais que concebem a audiência de mediação e conciliação dentro do Código de Processo Civil e de que forma o legislador organizou o seu emprego no texto da Lei 13.105/2015. Na seção seguinte discutir-se-á o princípio da paridade das partes, neste item exploramos o entendimento conceitual do princípio.

A partir da problemática em evidência é possível destacar a influência externa e da própria legislação no rito procedimental, constatando-se à agressão ao equilíbrio entre as ferramentas das partes. Porquanto, tentou-se demonstrar até que ponto as hipóteses supracitadas podem influenciar na decisão da parte autora e se existe alguma violação ao princípio da paridade das partes.

Por fim, traçamos as considerações finais concluindo a cerca da pesquisa bibliográfica realizada, além da repercussão da audiência de mediação e conciliação para a rotina processual. Importante destacar que este trabalho é parte inicial de um trabalho de maior vulto que pretende realizar uma pesquisa de campo a fim de verificar *in loco* quais os benefícios do emprego do instituto para a solução das lides no que se refere ao tempo médio para homologação de acordos.

2 ANTECEDENTES E CARACTERÍSTICAS DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO

O instituto da conciliação e mediação está alinhado aos princípios da celeridade processual e da vontade das partes e, conforme Sarlet (2009, *apud* PODLECH, 1989, p.56), também encontram guarida na própria Constituição Federal no que se refere aos Direitos Fundamentais da pessoa humana:

> (...), na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade. Este seria, portanto (segundo o mesmo Podlech), o elemento mutável da dignidade.

Logo, ao analisarmos doutrinariamente os institutos propostos podemos compreender que estes garantem o respeito à dignidade, uma vez que possibilitam às partes condições legais para solucionarem a lide e conduzem a pacificação da

demanda sem onerar em demasia o Estado. Nesta seção abordaremos o histórico, conceitos e características da conciliação e mediação além de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro previsto no novo Código de Processo Civil.

2.1 BREVE HISTÓRICO DA CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NO BRASIL

A origem do processo de reconhecimento destes institutos pode ser evidenciada desde o período imperial,em âmbito nacional, e advém da necessidade do cidadão de ter sua causa julgada no menor espaço de tempo, desonerando o estado e o próprio indivíduo. No contexto internacional, apesar de várias nações adotarem tais medidas desde o século XVII, somente a partir de 1950, com a Convenção Europeia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, passou-se a ter respaldo de outras experiências que adotaram essas práticas. A Convenção Europeia trouxe em seu texto visível precaução no sentido de alertar os países signatários para que o espaço temporal de resolução dos processos litigiosos não ultrapassassem os limites da razoabilidade, evitando o prejuízo as partes.

Em 1969, o Brasil aderiu a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) sendo que o texto do documento carrega certa dedicação ao princípio da celeridade processual, visto que determina a todo o indivíduo direito de ver sua demanda apreciada em um intervalo de tempo compatível com a ação proposta. Da mesma forma, este dispositivo já era encontrado no início do Século XX em constituições e códigos de outros países, tais como Portugal, Itália.

A respeito da evolução da conciliação e mediação no Brasil Chaves e Sales (2014, p. 259) apontam:

> A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu preâmbulo, expressa a sua fundamentação na harmonia social e comprometimento com a ordem interna e internacional, além de afirmar o compromisso com a solução pacífica das controvérsias. A conciliação e a mediação são albergadas por esse preâmbulo. A conciliação, no entanto, esteve presente no texto da Constituição Imperial de 1824 e ao longo dos anos foi sendo apresentada em leis infraconstitucionais com forte expressão.

Apesar do ordenamento jurídico brasileiro apresentar dispositivos normativos semelhantes que tinham por finalidade buscar uma maior dinamicidade processual, em especial no segunda metade do século XX, com o advento da Constituição Federal(CF/88), a insatisfação popular com a morosidade dos processos judiciais culminou com uma modificação considerável da legislação, a chamada Reforma do Poder Judiciário que foi efetivada por meio da aprovação da Emenda Constitucional 45/04.

Chaves e Sales (2014) entendem que o problema da morosidade processual deriva, também, da expansão dos problemas sociais decorrentes da crescente complexidade das relações humanas no início deste século e o melhor conhecimento jurídico das pessoas em relação aos seus direitos, fruto da globalização e da facilidade de acesso aos meios de informação, fatores que contribuem para uma verdadeira explosão de demandas judiciais.

Com base no entendimento de Barbosa e Silva (2015) podemos afirmar que é patente o acúmulo de processos oriundos das “questões de massa”, ou seja, ações de indenizatórias, de consumo, de locação, de família dentre outros. Desse modo, a alteração da redação e adição do inciso LXXVIII ao art. 5° da CF/88, ressaltando a razoável duração do rito e a busca pela celeridade processual é um direito ainda distante do parâmetro ideal.

Nesse sentido, o legislativo brasileiro inseriu profundas mudanças no Código de Processo Civil aprovando a Lei 13.105/2015 como enfatizam Barbosa e Silva (2015, p. 11):

> (...), a Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil relembra a tendência mundial desta prática conciliativa citando, de modo especial, a experiência contida no Modelo Processual Civil alemão (...) desta maneira, a experiência conciliadora constante nos Juizados Especiais é levada de forma destacada ao novo Código de Processo Civil (CPC), para ser aplicada em todas as lides da Justiça Comum. Já no art. 3º, §2°, do CPC (Lei 13.105/15) estabelece que “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.” Ele reforça tal entendimento ao determinar, no art. 3º, §3°, que: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Por fim, o dispositivo legal, em realce, demanda estudos/pesquisas que constatem realmente se tais institutos atendem as expectativas da população, na verdade, acreditamos que, apesar do esforço do legislador em efetuar tais reformas, as distorções em busca da celeridade processual acaba por violar outros preceitos como o da paridade das partes, fator que inspirou o presente artigo e que será aprofundado na sequência.

2.1.1Conciliação

De acordo com Cardoso (1996, p. 95), o termo conciliação: deriva do latim "*conciliatio"*, de "*conciliare"* (atrair, harmonizar, ajuntar); entende-se o ato pelo qual duas ou mais pessoas que acordam a respeito de certo negócio põem fim à divergência amigavelmente".

Assim, entendemos que o sistema autocompositivo, no qual a conciliação e a mediação estão inseridas, tem como principal característica permitir que as próprias partes cheguem a um acordo interessante para ambas. Ao analisar a evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro observamos que o mecanismo autocompositivo possui antecedente que remonta o século XVII, assim, Lagrasta Neto (2008) cita que a conciliação surgiu no Brasil através da Constituição de 1824:

> Art. 161 - Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162 - Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Câmaras. Suas atribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

Logo, o dispositivo inserido na constituição imperial surgiu pela primeira vez com o intuito de instituir a conciliação prévia como requisito obrigatório no rito processual cível atingindo todos os procedimentos normativos. Chaves e Sales (2014) explicam que tal conduta foi inspirada no Código de Processo Civil Francês, modelo na época. Em tese a determinação legal para tentativa prévia de conciliação, amparado pelo texto constitucional, não permite influência externa ao interesse das partes. Este procedimento tem por intento afastar o agravamento da situação belicosa e harmonizar as relações jurídicas entre os envolvidos.

Tendo por base a CF/88, é evidente o esforço do legislador ao buscar a harmonização das relações sociais, exatamente no momento em que redige os objetivos fundamentais constitucionais, tomando a precaução de exibir objetivamente o desejo de salvaguardar a busca pela conciliação que atenda aos interesses comuns, como observa o artigo 3º, Inciso I da referida norma: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

A conciliação corresponde, ainda, a uma das missões atribuídas ao poder judiciário na figura do magistrado. De modo que, a inserção de medidas jurisdicionais possam se moldar a este objetivo também conduzirá o processo a um ritmo mais célere, contemplando diretamente o art. 5º, LXXVIII, também da CF/88: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Também, sobre a definição de conciliação observamos a concepção atribuída pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ):

> A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes.

Desta forma, podemos compreender que a conciliação consiste em um meio de harmonização das lides, no qual as partes delegam a uma terceira pessoa (imparcial) de sua confiança, denominado como conciliador, a missão de apaziguar o conflito e conduzir os esforços comuns para estabelecimento de um acordo. Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2007, p. 34):

> (...), a conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. Em ambos os casos, visa a induzir as pessoas em conflito a ditar a solução para a sua pendência. O conciliador procura obter uma transação entre as partes, ou a submissão de um à pretensão do outro, ou a desistência da pretensão. Tratando-se de conciliação endoprocessual, pode-se chegar à mera desistência da ação, ou seja, revogação da demanda inicial para que o processo se extinga sem que o conflito receba solução alguma.

Assim, a conciliação, tendo em vista novo CPC e, portanto, sustentada pelo ordenamento jurídico brasileiro, pode ocorrer de forma extrajudicial, que ocorre

antes do processo; ou judicial (endoprocessual) quando estabelecida pelo Poder Judiciário como parte inerente do processo.

Entretanto, é imperioso ressaltar que, conforme o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 125, inciso IV, o juiz deve “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes”, assim, Bacellar (2003, p.79) orienta que:

> (...), antes, durante e depois da instrução do processo e até mesmo posteriormente à sentença, em grau de recurso, possa o magistrado relator buscar o consenso entre as partes, que, uma vez alcançado, será submetido à homologação pelo colegiado.

Por isso, Barbosa e Silva (2015) enfatizam que a importância da capacitação de conciliadores é primordial para que o instituto possa ser aplicado adequadamente afastando vícios, equívocos e prejuízos ao procedimento que ocasionariam ao descrédito perante a população. O conciliador deve estar consciente de buscar um acordo justo com possibilidade de ser cumprido

Porém, não podemos afastar a inevitável presença de influências do interesse advindo de poderosos grupos econômicos que uma vez envolvidos no processo como pólo passivo, tendem a procrastinar ao máximo o curso das ações, com o intuito de ganhar tempo para sua defesa, pressionar o autor para aceitar a proposta em função da letargia processual e desacreditar o sistema estatal.

No item seguinte, passamos a examinar o conceito de mediação.

2.1.2Mediação

Conforme Barbosa e Silva (2015), os métodos de solução de conflito podem ser classificados em dois grupos: os de autocomposição e heterocomposição. Assim, a solução autocompositiva corresponde à conciliação e a mediação, enquanto que a heterocompositiva refere-se à jurisdição estatal e a arbitragem.

Na mesma linha de raciocínio, encontramos o pensamento de Cretella Neto (2004, p.3) que explica ser a mediação “oriunda de práticas costumeiras, sendo materializadas por intermédio das Convenções de Haia nos anos de 1899 e 1907”; o doutrinador esclarece, ainda, que o instituto da mediação tem por escopo convocar as partes para que estas possam discutir “olho no olho” cabendo ao mediador

aconselhar e orientar os rumos das negociações podendo intervir durante o processo.

Conforme aponta Stahlhöfer, Jahnke e Cervi (2014, p. 97-98 *apud* Weingärtner, 2009, p.13), verificamos que a mediação e a conciliação possuem distinções definidas:

> a mediação difere da conciliação em vários aspectos. Nela o que está em jogo são meses ou anos de relacionamento. Assinala Weingärtner, no tocante a Mediação, "demanda um conhecimento mais aprofundado do terceiro com referência à inter-relação existente entre as partes." A mediação é um método pacífico de resolução de conflito pelo qual terceira pessoa, imparcial e independente coordenará reuniões separadas ou conjuntas com as partes envoltas na contenda.

Segundo Viana Júnior (2016), a mediação e a conciliação possuem pontos similares por comporem a mesma técnica, a autocomposição (lide resolvida pelas partes), exige participação de uma terceira pessoa (conciliador ou mediador), uma vez que nas duas técnicas esta terceira pessoa não contribui decisivamente para o acordo.

Por outro lado existem distinções na medida em que a mediação é empregada quando os litigantes, em virtude de fatores diversos, não estabelecem um canal de comunicação. Ocorrem em situações, nas quais o conflito é viciado por antecedentes de cunho pessoal, estabelecidos por sentimentos como raiva, vingança e intolerância. Na seção abaixo, discutimos o princípio da paridade inerentes aos institutos em questão.

3 O PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS PARTES E A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

De acordo com Lenza (2014), os princípios constitucionais são aqueles que preservam valores reconhecidos como imprescindíveis para o funcionamento do Estado Democrático de Direito e que reforçam os fundamentos para validade de todo sistema jurídico nacional.

O autor supracitado sugere que os princípios são institutos consagrados pela Carta Magna e servem ao mesmo tempo para sedimentar a interpretação do texto

constitucional e estabelecer as diretrizes na tomada de decisão. Importante considerar que os princípios, também, assumem papel limitador da vontade subjetiva do magistrado. A seguir, apresentamos uma síntese do princípio da paridade das partes.

3.1 PRINCÍPIO DA PARIDADE DAS PARTES

O princípio da paridade das partes encontra-se inserido na nossa Constituição Federal e é reconhecido como sustentáculo do Estado Democrático de Direito. Em virtude disso, Mello (1993, p. 18) entende que:

> Por via do princípio da igualdade (...), o sistema normativo concebeu fórmula hábil que interdita o quanto possível, tais resultados, posto que, exigindo igualdade, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e os atos concretos colham a todos sem especificações arbitrárias, assim mais proveitosas que detrimentosas para os atingidos.

Logo, tal princípio que deve ser respeitado tanto pelo juiz como no próprio rito processual proporcionando tratamento igual para os litigantes. O princípio em realce pode ser observado no novo CPC/2015:

> Art. 7º - É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Portanto, dando-se paridade aos envolvidos na relação jurídica processual, evitaremos situações vantajosas ou supremacia de uma das partes sobre a outra, logo, preconiza Lenza (2014) que o princípio visa equilibrar o processo pelo respeito à igualdade, na medida em que as partes devem ser munidas de forças similares.

Malta (2003, p. 22 *apud* GRINOVER, 1990, p. 6) aponta que o princípio da igualdade é estabelecido tanto para fins materiais como formais. Assim, compete ao Estado assegurar o princípio da igualdade e estar sempre atento ao dinamismo da sociedade moderna que influencia diretamente a paridade em função do avanço dos meios informatizados.

Dessa forma, o novo CPC, no que se refere a aplicação da mediação e conciliação, ao depositar no réu o poder decisório da opção pela audiência atribui desequilíbrio à situação, uma vez que possibilita manobras que podem facultar maior prazo para a defesa, além de procrastinar a sentença, propiciando que o réu pressione o autor para aceitar acordos que inferiorizem a restituição exigida e, portanto, a parte autora incorra em desvantagem. Abaixo, o instituto da mediação e conciliaçao conforme o CPC/2015.

3.2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO PREVISTO NO NOVO CPC

Conforme exposto acima, o instituto da mediação e conciliação, inseridos no novo CPC, pode estar contribuindo para a agressão ao princípio da paridade das partes, uma vez que alguns dispositivos jurídicos da Lei 13.105/2015, parecem estar afrontando esse princípio na medida que proporcionam a ideia de igualdade formal apenas na redação do artigo, todavia ao executar o rito processual encontramos distorções.

Em seu artigo 3º, § 3º, o CPC refere-se ao modo como os operadores do direito sofrem uma pressão para alcançar um acordo a qualquer momento do processo: “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Assim, uma das principais inovações do CPC que demonstram a violação ao princípio da paridade das partes encontra-se em alguns pontos do Art. 334, pois faculta ao réu o acréscimo de tempo para apresentar sua opção pela audiência de conciliação ou mediação sendo que, durante toda a fase pré-processual, está sugerido que este acordo foi tentado sem sucesso, logo, qual seria o fator que poderia modificar o posicionamento do réu?

A consequência é a manutenção do *statusquo* e que o réu utilize este tempo a seu favor ou apenas para procrastinar o processo. Lembrando que o Art. 335 garante novo prazo de quinze dias ao réu, em caso do insucesso da audiência. Conforme explana Souza (2015, p. 276), existem duas espécies de litigantes, os

habituais e os eventuais sendo que existem desigualdades entre eles, ferindo o princípio em discussão:

> ora, é sabido que litigantes habituais assim o são porque se aproveitam de deficiências estruturais do Poder Judiciário, bem como de seu poder econômico e do tempo minimamente necessário para se julgar bem um processo, e, lidando habilmente com todos esses fatores, terminam fazendo do processo um método de minimização de seus riscos e prejuízos. Os litigantes habituais se utilizam de vantagens tais como: a) maior experiência jurídica e melhor planejamento do litígio; b) relações informais de seus mandatários com servidores públicos, juízes e membros de tribunais; c) diluição econômica dos riscos processuais entre outros feitos; d) litigância de larga escala e otimização de custos com honorários advocatícios contratados com um único mandatário (ou poucos) para todos os processos do litigante habitual; e) teste de estratégias processuais visando a casos futuros. De outro lado, os litigantes eventuais, em geral, não possuem condições de sustentar o processo por longo tempo, tendo em vista os custos a ele atinentes, em especial aquelas relacionadas aos honorários advocatícios e custas processuais, bem como à falta de uma tutela judicial, quando o caso a justificar por sua evidência. Há várias formas de se demonstrar como o Direito brasileiro permite um injusto tratamento "igualitário" entre litigantes habituais e litigantes eventuais.

Desse modo, os litigantes podem ser classificados como habituais e eventuais de forma que os habituais possuem certas vantagens por se beneficiarem através das deficiências do sistema processual, do próprio poder político e econômico. Por outro lado, encontramos os litigantes eventuais que, majoritariamente, não reúnem condições financeiras para sustentar o processo e enfrentar o poderio dos habituais.

Logo, constata-se a ideia do desequilíbrio entre as partes durante audiência de conciliação e mediação na medida em que demonstra que existe um polo desamparado pelo sistema processual por uma série de situações, tais como dificuldades financeiras e culturais. Souza (2015, p.278) enriquece o argumento por meio de trabalho desenvolvido em Juizados Especiais Federais ressaltando aspectos característicos do sistema processual, oportunidade na qual identificamos violações ao princípio da paridade das partes:

> Não é raro perceber essa discrepância na realização de audiências no âmbito dos Juizados Especiais Federais, nas quais é comum encontrar partes mais pobres, desacompanhadas de advogados (o que é permitido pela legislação e referendado pela jurisprudência), e ávidas por alguma proposta de conciliação, ainda que parcial, da parte contrária. Estas, por sua vez, detêm o poder econômico e costumam ofertar propostas que não condizem razoavelmente com aquilo que o cidadão teria direito. Em alguns

casos, especialmente envolvendo questões relacionadas a empresas públicas e sociedades de economia mista (como bancos e prestadores de serviços públicos), entes com maior poder de disposição patrimonial, é comum que conciliações injustas sejam realizadas extrajudicialmente para posterior homologação judicial.

Porquanto, a classificação dos litigantes habituais e eventuais está perfeitamente alinhada à realidade. O principal réu das contendas no país é, sabidamente, o próprio Estado e grandes organizações nacionais e multinacionais que recebem ações de várias naturezas, o que os torna litigantes habituais com representativo potencial para defesa. Enquanto, o contendor desprovido de condições econômicas, frequentemente, o autor, cabe aceitar acordos desvantajosos. Na seção seguinte, apresentamos as constatações alcançadas pelo estudo.

4 CONSIDERAÇOES FINAIS

Portanto, os ganhos reais, advindos da aplicabilidade das audiências de conciliação e mediação como fruto do novo CPC, se contrastam com o número de acordos estabelecidos e que, realmente, encontram respaldo na vontade das partes ou quando não se formam eivados de outras motivações, tais como morosidade processual, necessidade financeira etc.

Após analisarmos os aspectos referentes ao mecanismo autocompositivo de solução de conflitos, nos quais ressaltamos a conciliação e a mediação, podemos entender que o Novo CPC prestigiou estas técnicas e as inseriu no sistema processual brasileiro tornando obrigatória a manifestação das partes, de forma que a audiência só não irá ocorrer em caso de negativa de todos os litigantes envolvidos no conflito.

Por outro lado, há o interesse de certos grupos econômicos em protelar ao máximo a tramitação dessas ações, porque visam prorrogar a decisão final e desacreditar o sistema judicial.O poder Judiciário é um instrumento democrático de defesa do cidadão e da sociedade, todavia, necessita de uma maior aproximação com os seus destinatários, possibilitando, assim, um efetivo acesso à justiça, objetivo este que vem sendo perseguido desde a instauração da Justiça de Paz no

Brasil. Foi possível identificar a existência de dois grupos desnivelados no sistema processual proposto pelo novo CPC, de um lado os litigantes habituais e de outro os eventuais.

Segundo Souza (2015 *apud* Mancuso 2011), os litigantes habituais possuem maior conhecimento jurídico, dispõem de vantagem econômica por representar empresas e organizações de grande vulto no país ao passo que os eventuais podem ser comparados a “aventureiros jurídicos” que sofrem com os gastos financeiros e psicológicos que contribuem para que acordos desvantajosos sejam estabelecidos.

O CPC/2015, além de obrigar o litigante eventual (geralmente autor da ação) a ter que se submeter a uma audiência de conciliação e mediação, em que pese toda fase pré-processual ter sido dedicado a busca infrutífera por um acordo, o legislador faculta ao réu (na maioria das vezes onde materializa a figura do litigante habitual) a faculdade de opção decisória, além de estabelecer novos prazos para defesa em caso de negativa.

Nesse contexto, é necessário que o mundo jurídico tenha uma atuação fiscalizadora de forma a localizar desequilíbrios, punindo responsáveis pela disparidade nas conciliações e mediações, tanto endoprocessual como extraprocessual. Outra questão é a violação ao princípio da paridade das partes que necessita ser assegurada não só pela atuação do magistrado como de todos os operadores do direito participantes do processo.

Por fim, a conscientização de que a adoção dos sistemas de resolução de conflitos autocompositivos traz uma série de situações indesejáveis, mas que podem ser identificadas por intermédio do envolvimento solidário e profissional de todos. Assim, como medida essencial, o magistrado poderia elencar os fatos conflitantes com a paridade das partes e que possam trazer consequências relevantes no acordo. Todavia, mesmo adotando estas providências, o risco de ocorrer desequilíbrio dos litigantes ainda é provável.

5 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. **Os Métodos Consensuais da Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei 13.105/15)**. Disponível em: http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf. Acesso em: 27 abr. 18.

BRASIL. **Constituição Politica do Império do Brazil**.Rio de Janeiro, RJ, 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 16 mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 abr. 2018.

CARDOSO, Antônio Pessoa. **Justiça alternativa:** Juizados Especiais. Belo Horizonte: Editora Nova Alvorada, 1996.

CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano;SALES, Lilia Maia de Morais. **Mediação e Conciliação Judicial:** a importância da capacitação e de seus desafios. Disponível http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf. Acesso em: 21 abr. 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.**Conciliação e Mediação**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao. Acesso em: 22 abr. 2018.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo; revolução na prestação jurisdicional:** guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MALTA, Renata. **Ações afirmativas e o princípio da igualdade**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça:** condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/6N3NEIBT5VxsI0fq.pdf. Acessado em: 27 abr 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MERLO, Ana Karina França. **Mediação, conciliação e celeridade processual**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 105, out 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12349&revista_caderno=21>. Acesso em 24 abr. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito Processual do Trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 54, 1 fev. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2620>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana:** construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. Disponível em http://www.escolasuperiordedireito.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf. Acesso em 24 abr. 2018.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **O novo Código de Processo Civil brasileiro e a Audiência de Conciliação ou Mediação como fase inicial do procedimento**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/0j0ub037/6N3NEIBT5VxsI0fq.pdf. Acesso em: 22 abr. 2018.

STAHLHÖFER, Iásin Schäffer; JAHNKE, Letícia Thomasi e CERVI, Mauro Luiz. Meios **Alternativos ao Judiciário para Tratamento de Conflitos:** questões atuais. 1 ed. São Paulo: Editora Letras Jurídicas Editora Ltda.-EPP, 2014.

VIANA JÚNIOR, Dorgival. **Audiência de Conciliação / Mediação Obrigatória no Novo CPC**. Disponível em: http://www.novocpcbrasileiro.com.br/audiencia-de-conciliacao-mediacao-obrigatoria-no-novo-cpc/. Acesso em: 27 abr. 2018.

WEINGÄRTNER, Lis. **Mediação é escolha alternativa para resolução de conflitos**. Publicado na Revista Justilex, ano VII, nº 76, abr. 2009, p. 13.



A FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS ATRAVÉS DO JUÍZO VALORATIVO E MORAL DAS DECISÕES

Patrícia Ribeiro de Lima Saurin[91]
Fernanda Vargas Pes[92]
Fabiana Barcelos da Silva Cardoso[93]

RESUMO: O presente artigo trata-se sobre a fundamentação das sentenças no Novo CPC e o uso do juízo valorativo e moral do juiz em seus julgamentos. No primeiro momento, o primeiro tópico serão esclarecidos as garantias e direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 perante a ocorrência na história do Brasil e a segurança jurídica no processo brasileiro. Após, no segundo item, será destacado as sentenças e a fundamentação a partir da visão do Novo Código de Processo Civil Brasileiro. Por fim, será tratada da fundamentação da decisão a partir do juízo valorativo e moral do magistrado. A metodologia de abordagem que será usada é a dedutiva e histórica, tal como suas técnicas de pesquisa, está entre elas, pesquisa em bibliografias, artigos eletrônicos, legislação, revistas jurídicas. A partir do referido estudo, conclui-se que o magistrado deve julgar e elaborar suas decisões segundo a legislação vigente e caso seja omisso deve decidir pelos parâmetros das fontes mediatas como a analogia, jurisprudências e a doutrina, sem influências do seu juízo valorativo, e, assim, proporcionando maior segurança jurídica ao processo e as partes.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil; Sentença; Fundamentação; Segurança jurídica.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Atualmente, a importância da segurança jurídica ao Direito Brasileiro, vem passando por algumas transformações e porque não dizer, adaptações. Tudo isso, com o intuito de efetivação do processo e a busca da resolução dos conflitos entre as pessoas.

Em um país que já passou por períodos de repressão e desrespeito aos direitos humanos, retomar aos direitos fundamentais individuais e coletivos da

[91] Bacharela em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus Santiago/RS. E-mail : pati.i.i@hotmail.com.
[92] Bacharela em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Santiago/RS. E-mail: fernandavargaspes@hotmail.com.
[93] Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2013). Atualmente é professora titular e também Coordenadora da Pós Graduação *lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil - Nível Especialização, do Curso de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Campus Santiago. Email: fabi.barcelos.jus@gmail.com

população é um progresso, pois o processo é a porta de entrada ao Judiciário a todo e qualquer cidadão que necessita resolver algum impasse.

O Código de Processo Civil de 1973 que foi revogado pelo atual Código de 2015, já trazia a fundamentação da sentença como um compromisso do juiz. Este compromisso foi inserido no novo código, sob uma ótica constitucionalista.

Sabe-se que a fundamentação deve ser baseada em argumentos de pleno direito, porém, na prática, essas fundamentações estão cheias de juízos valorativos e morais do juiz quanto pessoa e isso não pode acontecer.

É verdade que, cada ser traz em si a bagagem de vida, suas experiências, valores e conceitos subjetivamente formados. Mas, o magistrado diante do seu importantíssimo papel na sociedade deve soltar de suas convicções para fazer um julgamento justo e sóbrio.

A pesquisa se desenvolverá a partir da utilização dos seguintes parâmetros metodológicos: O método de abordagem será o dedutivo, pois partirá da teoria geral para casos específicos. Os métodos de procedimento serão histórico e comparativo, pois será realizado estudo sobre evolução histórica dos direitos fundamentos e do processo civil. Por fim, a técnica de pesquisa será a de documentação indireta, com base nas pesquisas em artigos científicos e eletrônicos, doutrinas, revistas jurídicas e legislação.

2 DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO PROCEDIMENTO JUDICIAL

Atualmente, a realidade do ordenamento jurídico pátrio, está revestido pelas várias normas às quais dão validade e eficácia no plano existencial da sociedade, para manter o bem-estar social entre todos.

Primeiramente, um dos elementos da mudança a ser instituída foi a transição de pensamento dos homens a eliminar as práticas arbitrárias para solucionar seus litígios. Tais atividades desenvolvidas por aqueles que detinham o poder eram tão repugnantes, foi o ápice para que as outras classes sociais da sociedade lutassem por direitos às suas liberdades individuais.

Além disso, para chegar a tal condição, foram necessários enfrentar governos absolutórios, dar fim a “Idade das Trevas”, e começar um novo período de luzes,

chamado “Iluminismo”, abrangendo outros direitos à proteção do ser humano como cidadão.

Dado o primeiro passo à valorização do ser humano, não foi suficiente para que o mundo voltasse seus olhos às populações. No século XX, o planeta vivenciou duas grandes guerras onde a brutalidade, o desrespeito ao ser humano foi crucial para que tivesse homem a dimensão do quanto poder tem em suas mãos.

Após a exposição de atrocidades cometidas nas guerras, em especial, na Segunda Guerra Mundial, iniciou-se uma nova conjuntura, na qual, a proteção da vida, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de expressão e opinião, isonomia entre homens e mulheres, entre outros objetivos narrados pela Declaração Universal de Direitos Humanos proposta pela Organização das Nações Unidas, em 1948 (s.p.,s.d) eram fundamentais a concepção do Estado Democrático de Direito.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos em sua carta, além de deixar explicitamente, direitos inerentes aos cidadãos, também estabeleceu garantias processuais a qualquer indivíduo.

As constituições dos países tinham antigamente, simplesmente, a finalidade de embasar a estrutura de normas ordinárias, e outras modalidades legislativas para a criação de regras.

Após a Declaração, as Cartas Magnas das nações voltaram-se a tratar, em primeiro lugar, os princípios fundamentais e as garantias fundamentais a todo nacional e estrangeiro residente no país. Um dos exemplos, pode-se citar a atual Constituição da República Federativa do Brasil, inspirado nos moldes romano-germânicos.

Neste enfoque, o autor destaca:

> […] os direitos fundamentais, após o advento da LF, adquiriram um alto significado, sobretudo em sede de desenvolvimento da jurisdição constitucional, onde o modelo alemão inspirou a construção de modelos semelhantes em seus fundamentos, em vários países de cultura ocidental (MENDES, apud, DUQUE, 2014, p. 43).

O autor refere-se que a promulgação da Constituição alemã influenciou as demais legislações ocidentais, em especial o desenvolvimento e a inclusão de normas e garantias fundamentais.

Historicamente, o Brasil passou por algumas Constituições, desde ao tempo do Império até a chegada da República, em 1889. Na década de 1940, a imposição do Estado Novo, suprimiu direitos fundamentais já consagrados pela anterior Constituição de 1934. Mais tarde, sucessivas crises institucionais aconteceram no Brasil, sendo um dos exemplos o estabelecimento por alguns poucos anos do sistema parlamentarista (BASTOS, 1989, p. 79).

A população insatisfeita, foi às ruas recorrer a volta do presidencialismo, mas devido as profundas rupturas do país, e com grupos esquerdistas em grande ascensão, as Forças Armadas ingressam no mais alto posto de Chefe de Estado.

Inúmeros atos institucionais foram emendados à então Constituição de 1946, porém, necessitava-se de uma nova Lei Fundamental. O novo texto foi aprovado pelo Congresso em 1967, devidamente convocado, com o ponto principal de assegurar a segurança nacional da maneira mais abrangente possível.

Com efeito, após a aprovação da Carta Constitucional, o Poder Executivo detinha todo o poder do país em suas mãos, então os direitos fundamentais eram tratados da seguinte forma:

> Sem embargo a Constituição de 1967 foi uma tentativa de agasalhar princípios de uma Constituição democrática, conferindo um rol de direitos individuais, liberdade de iniciativa, mas a todo instante se sente a mão do Estado autoritário que a editou (BASTOS, 1989, p. 82).

Após a reformulação do advento do regime, com texto próprio, ingressa ao poder o Marechal Costa e Silva (BASTOS, 1989,p.82). A visão que tinha-se na época era que o país melhoraria, a economia viria a crescer nos diversos setores da sociedade, entretanto, os dias não foram exatamente assim.

A revolta pela implementação ao regime ditatorial civil só aumentava, agora com movimentos da sociedade unidos, como estudantes, trabalhadores, religiosos, entre outros, desafiando as autoridades.

A união dos movimentos começou a surtir efeito, e, portanto, o governo tomou uma atitude drástica: a instituição do Ato Institucional número cinco (A.I- nº 5), em 13 de janeiro de 1968, um dos marcos de repressão a aqueles que combatiam ideias contrárias ao “País”, chamados de subversivos à nação.

Foi dos piores períodos vividos, pois não tinham assegurado seus direitos, tornando-se um regime arbitrário a repressão daqueles que lutavam a volta da democracia.

Passado os “anos de chumbo” até meados de 1979, com a aprovação da Lei da Anistia (Lei número 6.683/79), começava-se ali uma nova caminhada rumo a abertura do país, a redemocratização, e o resgate dos direitos e garantias, a partir do Movimento “Diretas já”.

A volta da democracia, os constituintes elaboraram juntamente com outros grupos da sociedade, uma nova Carta, para que os horrores cometidos e truculências não voltassem nunca mais.

Por isso, antes de mais nada, as garantias e direitos constitucionais vêm explanadas antes de outros títulos importantes, como o disposto no título da Organização do Estado, “daí surge a necessidade de desenvolvimento de um esforço interpretativo, no sentido de potencializar ao máximo as garantias constitucionais” (DUQUE, 2014, p. 133).

Um dos temas mais falados na Constituição Federal, está elencado no artigo quinto, em seus setenta e oito incisos, com matérias de natureza civil, penal, processual, remédios constitucionais, e o mais importante: segurança jurídica.

Também, inova em outros assuntos como a defesa do consumidor e direito à informação, misturando princípios explícitos com outros, essencialmente formais e implícitos:

> A atual Constituição brasileira, no que segue as anteriores, não pretende ser exaustiva na enumeração dos direitos fundamentais. Admite haver outros direitos fundamentais além dos enumerados, direitos estes implícitos (FERREIRA FILHO, 2011, p. 322).

No procedimento judicial, está claro em seus incisos LIII a LVII, do artigo quinto, a assegurar a proteção do indivíduo em qualquer trâmite processual, seja administrativo quanto judicial, ampla defesa, contraditório, e devido processo legal, entre outros princípios.

Estes preceitos consubstanciam a segurança jurídica em litígios, sendo que a não observância dos devidos artigos constitucionais, pode gerar a nulidade dos atos processuais.

Estas disposições foram confeccionadas pelos legisladores constituintes com a finalidade de que o Estado tivesse poderes limitados na vida dos indivíduos, interferindo quando necessário na figura do Estado-Juiz:

> A justiça constitucional nasce da cultura do constitucionalismo, isto é, da concepção de que a democracia, estribada sobre um conjunto de valores sociais capitaneados pela ideia e o valor da liberdade, exige a limitação do governo por meio da Constituição (ABBOUD, 2016, p. 105).

Na prática da atual Constituição, a aplicação das funções já mencionadas deixam claro que a proteção em desfavor à formação de mitigar algum direito fundamental e restringir a atuação estatal são fatores determinantes a não violação de direitos e garantias.

No ano de 2004, houve uma grande reforma na Constituição Federal, no que se refere ao Poder Judiciário, na qual ficou conhecida como Emenda Constitucional número quarenta e cinco.

Na referida Emenda à Constituição foram incluídas novas competências aos Tribunais Superiores, a criação do Conselho Nacional de Justiça, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal, garantias as funções essenciais à justiça, dentre outros direitos.

Ademais, também foram instituídas outras garantias processuais ao Poder Judiciário, espalhadas em diversos artigos da Carta Magna. Mas, é importante salientar que as “garantias não possuem existência isolada dentro do processo judicial” (USTÁRROZ, 2003, p. 129), pois todas estão interligadas e necessitam uma das outras para sua valorização.

Nesta nova perspectiva, uma das novidades trazidas está no artigo noventa e três, inciso nono no qual é esclarecido a todos os no âmbito judicial que seus julgamentos serão públicos e suas decisões fundamentadas, sob pena de nulidade, exceto aqueles julgados que necessitam a preservação da intimidade. Ou seja, todos os julgamentos terão publicidade aos seus atos processuais, com exclusão de litígios de segredo de justiça.

A parte mais importante do referido artigo é sobre a fundamentação das decisões judiciais. O magistrado não pode julgar segundo seu pensamento ou

crença, devendo ser imparcial, analisando cada caso concreto, e agir segundo as fontes do Direito brasileiro, em especial, a Lei.

Dessa forma, o juiz incumbido na sua missão de “dizer o Direito”, através de sua decisão fundamentada no âmbito de atuação manifesta-se como garantia de efetividade de sua demanda, assim, salvaguardando o Estado democrático no órgão jurisdicional.

Na visão constitucionalista, Daniel USTÁRROZ define:

> Por fim, e ainda com maior importância, analisada sob o prisma constitucional, a motivação das decisões serve para afastar (ou diminuir) o risco de que o Poder Judiciário cometa abusos e invada, sem maiores justificativas, a esfera privada dos membros da sociedade. É, enfim, um direito inalienável da coletividade e ínsito ao estado que assegura a participação popular (2003, p. 131).

Dessa forma, os direitos e garantias fundamentais asseveram na segurança de praticar livremente, garantias individuais e coletivas, com limitação da interferência estatal na vida dos indivíduos, garantindo condições favoráveis a proteção da segurança jurídica no âmbito processual em qualquer hipótese.

3 SENTENÇAS E SUA DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO PROCESSO

A atual Carta Magna de 1988 institui preceitos garantidores a várias matérias jurídicas, primando à proteção das partes, e outros institutos que servem para regular a sociedade e em suas esferas de atuação.

Já com a Constituição em vigor, o antigo Código de Processo Civil já passava por diversas modificações, tornando-se pelos seus recortes na Lei, quase uma nova legislação.

Analisando a doutrina brasileira em face a outros países, percebe-se que a cultura brasileira está enraizada “sem o predomínio dos parâmetros político-liberais emanados das garantias constitucionais do sistema” (DINAMARCO, 2013, p.185).

Devido às velhas práticas e as mudanças decorridas ao longo dos anos, o projeto de lei que trazia o novo código processual, arrastava-se perante as

tramitações legislativas, trazendo inovações e mantendo atividades já consagradas pelos aplicadores do Direito.

Após a aprovação e publicação do novo código processual, muitas foram as inquietudes aos juristas, magistrados e advogados ao novo sistema trazendo soluções pacíficas antes da judicialização do futuro litígio, por exemplo.

Porém, a legalidade das novas faculdades introduzidas e o ingresso da constitucionalização do processo, resultou em muitas discordâncias entre magistrados nos seus procedimentos de exarar suas sentenças e sua forma de fundamentação.

Neste viés, a atual sistemática do direito processual entrelaça ramos na Constituição Federal, devido aos princípios norteadores de segurança jurídica entre as partes:

> O modelo constitucional do processo civil brasileiro da atualidade é composto pelas normas, pelos princípios e garantias integrantes do direito processual constitucional e particularmente por aquelas que oferecem a tutela constitucional [...] (DINAMARCO, 2016, p. 38).

A conjuntura exposta pela nova sistemática caracterizada por direitos e garantias inerentes uma maneira de “identificar o *perfil democrático* do processo civil brasileiro, sendo essa a síntese de seu modelo constitucional” (DINAMARCO, 2016, p. 38).

Através deste aspecto, a força do novel do Direito Processual Constitucional, no tocante a perspectiva de um novo ramo, com a inclusão de influências entre a Carta Magna e processo, expressam outras relações na tutela constitucional de reprodução de salvaguardar seus direitos (DINAMARCO, 2016, p. 53).

Assim, a proteção de suas garantias perante ao processo civil visa:

> [...] esse conjunto de disposições a Constituição Federal quer afeiçoar o processo a si mesma, de modo que ele reflita, em menor escala, o que em escala maior está à base do próprio Estado de direito (legalidade, devido processo legal, participação em contraditório). Ela quer um processo pluralista, de acesso universal, participativo, isonômico, liberal, transparente, conduzido com impessoalidade por agentes previamente definidos e observância das regras, sem excessos *etc.* - porque assim ela mesma exige que seja o próprio Estado e assim é o modelo político da *democracia.* (DINAMARCO, 2016, p. 54)

Dessa forma, a transformação do sistema processual em consonância com os princípios norteadores de outras normas sob a ótica de um sistema mais ao alcance dos indivíduos e do julgador, com mais simplicidade e imparcial em suas decisões, é a fórmula que o legislador optou a uma maneira democrática de resolução dos conflitos.

No atual Código Processual, ingressando na matéria de procedimento ordinário, no que aduz sobre os pronunciamentos do juiz, no artigo duzentos e três, no parágrafo primeiro, o legislador traz o conceito de sentença: é “o pronunciamento por meio do qual o juiz, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução, com ou sem resolução de mérito” (s.d., s.p). Ou seja, sentença é “o ato jurídico e processual do juiz que declara, cria, modifica ou extingue relação jurídica” (THAMAY e ANDRADE, 2016, p. 625).

Na reforma legislativa, os elementos das sentenças não foram modificados e continuam de suma importância, pois a falta de um de seus pressupostos, gera a nulidade do processo.

O relatório contará com uma breve exposição de fatos e atos acometidos no litígio processual, tal como, o histórico das principais ocorrências diante da tramitação.

O dispositivo é a parte direcionada, de forma indiscutível, a total ou parcial procedência ou não do pedido feito ao juízo. Nota-se que no atual e novo Código de Processo Civil, o dispositivo continua mal formulado, restringindo a atuação do magistrado somente para analisar a causa de pedir e seu pedido:

> Na realidade, é no dispositivo que se realiza o julgamento ou a resolução do pedido, em sentido positivo ou negativo. Ele está mal definido, tanto no artigo 458, inciso III, do Código de 1973, quanto no artigo 489, inciso III, do Código de 2015, já que no dispositivo o juiz somente examina a procedência ou a improcedência do pedido, sendo todas as demais questões, por mais importantes que sejam, apreciadas na fundamentação (GRECO, 2015).

Compreende-se através do requisito do dispositivo, na prática forense, seu uso e aplicação nos sentidos favorável ou desfavorável, porém, sua definição já era mal formulada e, infelizmente, ingressou no sistema jurídico da mesma maneira, pois as demais questões serão debatidas no elemento da fundamentação.

A fundamentação é um dos principais requisitos para a aplicação do dispositivo, uma vez que é pelos seus argumentos de convicção e livre persuasão que se passa a dar embasamento a decisão.

O princípio da motivação das decisões encontra-se embasado no artigo quinto, inciso cinquenta e quatro, da Constituição Federal, a qual é taxativa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (BRASIL, 1988, s.p).

Através deste princípio foram criadas outras normas decorrentes, como o artigo trezentos e setenta e um, do atual Código de Processo Civil, e reiterado no artigo noventa e três, inciso nono, da Constituição Cidadã, visa “conferir *transparência* ao exercício do poder pelo juiz, para conhecimento pelas partes e possível controle pelos órgãos superiores da Magistratura e pela própria ordem pública” (DINAMARCO, 2016, p. 72).

A motivação das decisões fundamentadas não é nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, visto que passou a estar presente, a partir da publicação da Emenda Constitucional número quarenta e cinco, no ano de 2004.

A norma constitucional garante que a decisão fundamentada “é aquela que leva a sério os argumentos, teses e provas de ambas as partes, e, portanto, não é sinônimo de decisão longa e de difícil compreensão” (THEODORO JUNIOR et.al., 2016, p. 328).

Logo, com o advento do novo Código de Processo Civil, fundou-se na ideia de trazer este princípio constitucional como uma norma processual, impondo ao magistrado nas suas fundamentações analisar com transparência, clareza e integridade em seus julgamentos e dar segurança jurídica aos litigantes.

Na prática, esse princípio das decisões motivadas causou certo desconforto aos juízes, pelo fato de exarar qualquer sentença devido a omissão:

> […] dos juízes no exame de todas as questões suscitadas pelas partes, alegando que muitos advogados, até mesmo no intuito de impressionar os seus clientes, elaboram enormes petições, recheadas de preliminares e de argumentos absolutamente irrelevantes. O juiz não está compelido a analisar alegações manifestamente incabíveis e inúteis, mas precisa evidenciar na sentença que delas tomou conhecimento e apontar, ainda que sinteticamente, as razões que o levaram a desprezá-las (GRECO, 2015).

É evidente notar que a prática da advocacia, nos dias atuais, pela acumulação de milhares de processos ingressando no Judiciário a cada minuto, os magistrados são obrigados a cumprir metas de produção, e, portanto, os juízes não têm tempo para analisar todos os argumentos da causa de pedir e os pedidos.

No entanto, o imperativo na esfera processual civil da motivação das decisões, impõe ao juiz demonstrar seus argumentos a todo o exposto durante a lide, pelo qual, “uma sentença não motivada ou insuficientemente motivada constitui fator de desgaste da confiabilidade do próprio Poder Judiciário, que a emitiu, e da idoneidade das instituições processuais do país “ (DINAMARCO, 2016, p. 74).

Na hipótese de uma sentença má fundamentada no caso concreto “se equipara à não fundamentada, sendo ambas maculadas com a mesma nulidade prevista no texto constitucional (THAMAY e ANDRADE, 2016, p. 634).

No texto processual é inserido no artigo 489, parágrafo primeiro, o legislador foi atento ao agregar rol de elementos para caracterizar sentenças passíveis de reexame, caso esteja presentes os requisitos dos incisos I a VI do atual do Código de Processo Civil.

Observa-se que na teoria o legislador teve uma boa intenção, porém “o resultado, perigoso, porquanto pretendem estruturar rol que venha a definir, objetivamente, quais decisões serão ou não fundamentadas” (THAMAY e ANDRADE, 2016, p. 635).

Dessa forma, as fundamentações das decisões motivadas nas sentenças no Novo Código de Processo Civil, é imprescindível sua devida e correta aplicação ao juiz, consagrando o princípio da segurança jurídica entre os litigantes e suas decisões judiciais assegurando os princípios constitucionais em consonância com a nova visão processual atual.

4 O USO DO JUÍZO VALORATIVO E MORAL NA FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇA

Os conceitos morais de uma pessoa são aqueles construídos desde o início de sua vida, sendo aqueles sentimentos de diferenciação do que é certo ou errado.

Entre outros assuntos, os conceitos morais sobre os mais variados temas formam-se ao longo da vida do indivíduo.

Na hipótese de uma apresentação de um caso nutrido de acontecimentos entre dois ou mais litigantes, instantaneamente, como ser humano que é o magistrado, inevitavelmente, fará um juízo valorativo baseado nos seus princípios morais. Porém, acontece que no seu julgamento não poderá se valer deste juízo.

A fundamentação da decisão deve ser fundada nos anseios jurídicos e doutrinários, e não meramente valorativo. Isso quer dizer que, os conceitos valorativos do magistrado devem ser deixados de lado nesse momento, pois "ela não se contenta apenas com as meras razões, pois exige que o julgador demonstre que a decisão tomada é a que melhor se a(jus)ta ao caso" [...] [grifos do autor] (SILVA,2016, p.451).

A fundamentação tem como finalidade motivar a decisão, e Vilson Farias demonstra no trecho a seguir qual o escopo imediato da fundamentação da sentença:

> A motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua instituição, e mostra à parte sucumbente que a decisão não é fruto da sorte ou acaso, mas da atuação da lei, permitindo o controle crítico da sentença, possibilitando o dimensionamento da vontade do juiz e a verificação dos limites objetivos do julgado. [grifo do autor] (2016, p.32).

Como já mencionado, a decisão não é fruto da sorte ou do acaso, pelo qual o magistrado tem o compromisso com as partes e com o próprio sistema jurídico de julgar conforme a lei e valendo-se dos demais atributos auxiliares da decisão, como por exemplo a jurisprudência, se for necessário.

É claro que hoje o juiz não é apenas conhecido como "a boca da Lei", uma vez que, com o decorrer da sua história dentro do Direito em si, esta figura adquiriu certa autonomia, contudo, não quer dizer que suas decisões possam ser proferidas ao "bel-prazer".

Roberta Ferme Sivollela usa o termo "fundamentação substantiva" (s.d., s.p) para definir esta ênfase dada a fundamentação pelo novo Código de Processo Civil, portanto, é necessário que se fundamente agora mais do que nunca.

No que diz respeito ao juízo valorativo, é importante salientar que este nada mais é do que o julgamento subjetivo feito a partir de perspectivas ponderadas pela bagagem pessoal. Pode ajudar na construção do juízo valorativo as crenças, as ideologias, o modo de vida, entre outras coisas.

Beclaute Oliveira Silva explora no seguinte trecho o fato da fundamentação só se contentar com um firme lastro na ordem jurídica:

> Mas fundamentar também evoca a ideia de motivar, apresentar os motivos, as razões, as causas para a decisão. Entretanto, não é qualquer razão ou motivo. A fundamentação só se contenta com um firme lastro na ordem jurídica de onde a decisão provém. Não pode ser simplesmente um "eu quero", típico do discurso político, mas um "eu sei", embora queira dizer, claro, um "eu quero". [grifos do autor] (2016, ps. 450 e 451).

A fundamentação deve ser racional, pelo qual "significa dar razões que visam evidenciar a racionalidade das opções interpretativas constantes da sentença, a viabilizar o seu controle intersubjetivo [...] deve ser concreta, estruturada e completa". (MARINONI, 2015, p. 492).

Assim sendo, o magistrado deve agir com seu conhecimento jurídico e imparcial, como uma figura colaborativa das partes a fim de garantir uma melhor decisão, evitando argumentos morais decorrentes de sua personalidade.

Quando se trata de decidir, obviamente o juiz deverá tomar por base todo conhecimento que possui da legislação e da experiência jurisprudencial, de outro lado, o juízo valorativo baseado na moral e experiências pessoais faz parte do subjetivo de cada um. Porém, ao magistrado cabe a responsabilidade de decisão sobre assuntos que envolvem o bem da vida de outras pessoas e seu juízo de moral e valor deve ser usado com cautela e limitação.

Antes de tentar entender a forma que se usa a moral e a relação desta com o direito, é útil salientar como Paulo Nader classifica a moral em tipos, onde é necessário entender seus conceitos antes de mais nada. No que tange a forma de decidir do magistrado visto de uma ótica "pessoa provida de valores e moral", entender o conceito de moral autônoma e moral social é de grande valia:

> A Moral autônoma corresponde à noção de bem particular a cada consciência. O homem atua como legislador para a sua própria conduta. A consciência individual, que é o centro da Moral autônoma, com base na

> experiência pessoal, elege o *dever-ser* a que se obriga. Esta esfera exige vontade livre, isenta de qualquer condicionamento.
> A Moral social constitui um conjunto predominante de princípios e de critérios que, em cada sociedade e em cada época, orienta a conduta dos indivíduos. Socialmente cada pessoa procura agir em conformidade com as exigências da Moral social, na certeza de que seus atos serão julgados à luz desses princípios. Os critérios éticos não nascem, pois, de uma determinada consciência individual. Na medida em que a Moral autônoma não coincide com a Moral social, esta assume um caráter heterônomo e impõe aos indivíduos uma norma de agir não elaborada por sua própria consciência. (NADER, p. 64, 2014). [grifos nossos].

Nas hipóteses em que encontram-se a falta de esclarecimento ou uso de juízo de valor a cima dos preceitos legais e ainda a falta de cuidado com o andamento processual correto, poderá alegar a parte que se sentir prejudicada sob fundamento do erro *in procedendo* ou do erro *in judicando*.

O erro in procedendo, como o próprio termo já deixa claro, é o erro em proceder, erro de forma e a inobservância das formas necessárias e fundamentais ao prosseguimento da ação, levando à uma sentença completamente nula.

Já o erro in judicando está relacionado a forma de apreciar a demanda em si, em seu conteúdo, em outras palavras, é um erro no julgamento, podendo ser ocasionada pela falta de adequação do caso concreto com a norma. Enquanto a primeira acarreta a cassação da sentença, a segunda deverá ser passível de reforma.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado já decidiu a respeito da matéria nos seguintes casos em tela:

> APELAÇÃO CÍVEL. DECISÃO MONOCRÁTICA. USUCAPIÃO. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AOS ARTIGOS 9 E 10 DO CPC. ERROR IN PROCEDENDO. Hipótese em que o julgador a quo proferiu sentença de extinção do feito sem resolução de mérito, sem prévia intimação da parte. Violação aos artigos 9 e 10 do CPC configurada. APELO PROVIDO PARA DESCONSTITUIR A SENTENÇA EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Apelação Cível Nº 70076473750, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gelson Rolim Stocker, Julgado em 26/03/2018)

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO. NOVA AÇÃO COM IDENTIDADE DE PARTES, CAUSA DE PEDIR E PEDIDO. COISA JULGADA CONFIGURADA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. NÃO OCORRÊNCIA. ERROR IN PROCEDENDO. Caso em que a parte autora declina o número da ação antes julgada, o resultado do julgamento e o motivo pelo qual teve seu pedido denegado. Logo, em que pese ser evidente que as circunstâncias configuram a existência de coisa julgada, com a clareza e a motivação esposadas na inicial pelo ora apelante, restou também evidente que este buscava a reforma da decisão

> calcado em fato e prova não antes apreciados pelo Poder Judiciário. Assim, tivesse a parte autora ajuizado ação rescisória, não teria sido levantada a hipótese da litigância de má-fé, o que por si só permite concluir que o ocorrido configura error in procedendo por parte de seu procurador. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70070805429, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alex Gonzalez Custodio, Julgado em 26/10/2017.

Assim, cabe exatamente na questão do uso do juízo de valor e moral na hora de julgar o erro in procedendo, tendo em vista ser ocasionado pela forma como se julgou a demanda.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As ciências jurídicas evoluíram com o passar das descobertas do ser humano na vida em sociedade. Devido a estas reações de deter o poder a todo custo a uma determinada classe ou pessoas, muitas injustiças foram cometidas a aqueles que não detinham muitos recursos.

A luta das outras classes para que as atrocidades feitas fossem acabadas e que todos tivessem igualdade de condições, liberdade para seus atos e expressões, o Direito necessitou ingressar com suas normas e regrar a sociedade para que arbitrariedade não acontecessem mais.

Acontece que, na história da humanidade, o desejo pelo poder e a disputa pela ambição de dominar outras raças e crenças, cegou determinadas pessoas e esqueceu-se os fatos passados.

No Brasil enfrentou-se um regime ditatorial que suprimiu direitos civis, políticos e sociais, pelo motivo da segurança nacional, porém, os livros de história e as pessoas que conviveram aquela época conhecem a imposição de uma cultura de repressão.

Com a volta da democracia ao final dos anos de 1980, uma das primeiras constatações a ser providenciadas na Carta Magna, foi a implementação de um rol exemplificativo de direitos garantidores a sua integridade física e mental, suas crenças e sua liberdade de ir, vir, e expor seus pensamentos, aos brasileiros ou estrangeiros residentes no país, entre outros.

A Constituição Federal expõe e defende a segurança jurídica em tramitação via judicial ou administrativa, assegurados a todos os princípios inerentes ao processo.

Após a Emenda Constitucional número quarenta e cinco, de 2004, ingressou com outros princípios como a motivação da fundamentação das decisões judiciais, e o Novo Código de Processo Civil adotou este princípio consagrado na Constituição, agora, imposto como artigo de Lei.

Antes, o magistrado deveria argumentar suas decisões a todo os pedidos feitos da exordial, sendo cada um fundamentado. Contudo, na prática, os juízes não respeitavam esta instituição, pois, o Código de 1973 fazia que o Juiz era a peça principal do processo, e praticava seus atos com seus valores morais e suas convicções éticas.

Hoje, com a implementação do artigo noventa e três, inciso IX, da Constituição Federal, no atual Código, o magistrado é obrigado a fazer seus atos e decidir sobre questões de fato e direito sob o ditame da Lei, e em suas fontes, como a analogia, a jurisprudência e a doutrina.

Dessa forma, o magistrado terá que fundamentar suas sentenças em conformidade com o sistema da legislação vigente, sem amarras no seu juízo valorativo, suas opiniões e conceitos pré-determinados pela sociedade que convive, pois deve agir segundo o poder atribuído pelo Estado, dando plena segurança jurídica ao litígio e as partes.

REFERÊNCIAS

ABBOUD. Georges, **Processo Constitucional Brasileiro**, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

AZEREDO. Kellen Cardozo de, **A problemática da fundamentação nas decisões judiciais perante o Novo Código Civil: análise do artigo 489, § 1º, IV, NCPC.** Disponível<http://conteudo.pucrs.br/wpcontent/uploads/sites/11/2016/09/kellen_azeredo_2016_1.pdf> Acesso em: 28 set. 2017.

BASTOS. Celso Ribeiro, **Curso de Direito Constitucional**, 11.ed., reform.de acordo com a Constituição Federal de 1988, São Paulo: ed. Saraiva, 1989.

BRASIL. Ato Institucional nº 5. **Publicada no Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jan. 1968.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Publicada **no Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988.

_____. Emenda Constitucional nº 45. **Publicada no Diário Oficial da União**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 30 out. 2004

_____. Lei da anistia, número 6.683/79. **Publicada no Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 ago. 1979.

DINAMACO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil,** 7.ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

_____._____. LOPES. Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Código de Processo Civil: de acordo com a Lei 13.256, de 04.02.2016.** São Paulo: Ed. Malheiros, 2016.

DUQUE.Marcelo Schenk, **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática,** São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Vilson. ÁVILA, Leonardo Silva. Rodrigues, Diogo Balbinoti. DOMINGUES, Graciele Miranda. O Novo CPC Comentado Assunto por assunto. In: **Revista Síntese:** Direito Civil e Processual Civil. Editora IOB. v.18, n 103, set/out. 2016, p. 9-57.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves, **Curso de Direito Constitucional**, 37.ed., rev. e atual., São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

GOTTI, Daniel. O dever de motivação em questões de fato e de direito como garantia do jurisdicionado no Novo CPC: breves notas sobre os aportes da teoria do direito para constitucionalização do processo civil. In. **Novo CPC doutrina selecionada, v.2:** procedimento comum / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodvim, 2016. P. 463-476

GRECO. Leonardo, **Instituições do Processo Civil**, v.2, 3.ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado,** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NADER, Paulo**. Introdução ao estudo do direito**. Revista e atualizada. 36. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, Beclaute Oliveira. Contornos da Fundamentação no Novo CPC. In. **Novo CPC doutrina selecionada, v.2:** procedimento comum / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodvim, 2016. P.447-461.

SIVOLLELA. Roberta Ferme, A sentença e a fundamentação substantiva no novo CPC. In: **Revista eletrônica Fórum Trabalhista**. Disponível:<http://www.editoraforum.com.br/ef/wpcontent/uploads/2016/04/sentenca-novo-cpc.pdf> Acesso em: 28 set. 2017.

THAMAY, Rennan Faria Krüger. ANDRADE, Vinícius Ferreira de. Sentença no Novo CPC. **Novo CPC doutrina selecionada, v.2:** procedimento comum / coordenador geral, Fredie Didier Jr.; organizadores, Lucas buril de Macêdo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. – Salvador: Juspodvim, 2016. P. 621-638.

THEDORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Aleandre Melo Franco. PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: Lei 13.105, de 16.03.2015. Fundamentos Sistematização.** – 3 ed. ver., atual. e ampl. – Rio de Janeiro. Editora Forense, 2016.

UNIDAS. Nações. O que são Direitos Humanos? **In:ONU Nações Unidas no Brasil**. Disponível em:<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/> Acesso em: 12 set. 2017.

USTÁRROZ. Daniel, **A Democracia Processual e a Motivação das Decisões Judiciais**. Porto. Sérgio Gilberto (Org.), As garantias do cidadão no processo civil: relações entre Constituição e processo, Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 2003, p. 125 a 145.



GRUPO DE ESTUDOS DE MEDIAÇÃO- GEM E A ADVOCACIA DO SÉCULO XXI:

Estudo na Universidade Regional Integrada – URI, campus Santiago/RS

Isabela Viero de Oliveira[94]
Dunnya Kamal Abdel Karim Amer[95]
Angélica Chechi [96]

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de analisar o desafio da mediação na advocacia do século XXI. A demanda processual tem crescido cada vez mais, por esse motivo é preciso implantar novos métodos de resoluções de conflitos, tendo em vista a morosidade da prestação jurisdicional. O poder de um diálogo pode desburocratizar algo que levaria anos a ser concluído, portanto a utilização da mediação para uma justiça mais célere e eficiente torna-se necessária. Entre os operadores do Direito, o advogado desempenha importante papel naorientação dos cidadãos sobre a melhor via para solucionar um conflito. Entretanto, muitos ainda possuem resistências referentes à aplicação do meios autocompositivos, com viés na mediação. Para o desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método dedutivo e as técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Mediação;Advocacia;Resolução de conflito.

1CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O assunto abordado é fruto de encontros realizados no ano de 2017 pelo Grupo de Estudos em(GEM)vinculado a Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santiagoo Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Cada integrante do grupo se responsabilizou pela leitura

[1]Aluna do curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, campus de Santiago/RS. E.mail: bellaviero@hotmail.com
[2] Aluna do curso de graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e Missões, campus de Santiago/RS. E-mail: dunnya.uri@gmail.com
3 Mestre em Direito pela URI - Sto. Ângelo (2016).). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Regional Integrada- URI, campus Santiago. Especialista em Docência no Ensino Superior pela URI, campus Santiago. Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (1985). Atualmente é professora tempo integral da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus Santiago, coordenadora do núcleo de mediação e arbitragem da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e do Grupo de Estudos em Mediação. E.mail para contato: chechiangelica@gmail.com

de um capítulo do Manual e no decorrer dos encontros foram debatidos os temas. O estudo instigou o questionamento sobre a eficiência da mediação e o quanto ela pode auxiliar no acesso à Justiça brasileira.

O mencionado grupo apurou qua a mudança cultural jurídica e social é de suma importância para a recepção da mediação e a sua aplicabilidade, no meio judicial e extra judicial.No entanto,a resistência que alguns operadores do direito se deve ao fato das partes serem as protagonistas do conflito, enquanto o advogado deve intermediar e tentar restabelecer os vínculos rompidos.

Por esse motivo é preciso dar mais visibilidade aos métodos não litigiosospara que seja demonstrado a sua eficiência e celeridade e assim conquistar a confiança dos advogados, visto que cabe a esses profissionaisos informarem aosseus clientes sobre a melhor via para solucionar algum conflito.

2 O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

Inicialmente, cumpre mencionar que há diversos meios de solucionar um conflito, quer seja pela jurisdição estatal, onde se busca uma solução acionando o Poder Judiciário, quer seja por meio de uma ação judicial ou por meios alternativos, como a arbitragem, a conciliação, a negociaçãoe a mediação.

Na explicação de Carnelutti (2000, p. 269), “autocomposição é a expressão do poderreconhecido à vontade dos interessados para a tutela dos seus interesses. O fato de que olitígio possa ser composto pelas próprias partes sem intervenção do juiz significa que a leiremete à vontade delas no que concerne à tutela dos interesses recíprocos”.

Nas palavras de Vezzulla,

> [...] a mediação é a técnica privada de solução de conflitos que vem demonstrando, no mundo, sua grande eficiência nos conflitos interpessoais, pois com ela, são as próprias partes que acham as soluções. O mediador somente as ajuda a procurá-las, introduzindo, com suas técnicas, os critérios e os raciocínios que lhes permitirão um entendimento melhor.(VEZZULLA, 1998, p. 15 e 16)

Em outros termos, trata-se de um processo voluntário exercido por um terceiro imparcial, denominado “mediador”, que auxilia as pessoas que estão diante

de um conflito a conversarem num espaço adequado, com o intuito de solucionar as questões relativas ao que lhes afligem, chegando a um acordo viável para ambos.

Por ser um tema relativamente novo na Justiça, grande parte dos operadores do Direito, desconhecem os objetivos e os fundamentos da mediação, deixando de vislumbrar uma nova forma de exercer a advocacia e quebrar paradigmas. Acabam por optar pela via judicial para que os conflitos sejam solucionados e como não possuem o conhecimento necessário para acreditar nesse método os encaram como uma desvantagem.

Cabe salientar que essa situação vem de uma cultura que sempre litigou e prezou por levar ao Judiciário casos em que o Juiz decida quem vence ou perde, tendo consistência nos dizeres de Lucena Filho (2016, p. 5) : “(...) na ideia geral inserida no (in)consciente coletivo é de que todo e qualquer conflito necessita ser judicializado e resolvido sob a forma de uma solução adjudicada, isto é, dotada de força imperativa e coercitiva, fundada na lógica vencedor-perdedor (...)”.

Diante desse contexto, a demanda processual vem crescendo e conforme apurado pelo CNJ o acervo judicial chega a aproximadamente 95 milhões de processos, no ano de 2018, uma demanda incontrolada e difícil de ser atendida.

Outro fator determinante da resistencia dos advogados trata-se da questão financeira, sendo que muitos acreditam que a mediação pode causar prejuizos referente às suas remunerações. Grande éo receio de que o crescimento da mediação poderá reduzir a procura pelos mesmos e sua função será desvalorizada.

Por óbvio,a mudança gera desacomodação e exige uma nova postura para o exercício da advocacia, menos beligerantee se afasta da arraigada cultura do litígio a qual está habituado. Por esse motivo, ainda há resistência de muitos profissionais. Contudo, o medo da diminuição do campo de trabalho é reflexo da falta de informação sobre os meios alternativos das soluções de conflitos e das possibilidades de ganho financeiro, pois o cliente procura o advogado com o intuito de buscar a solução do problema e quando a mesma for célere e eficiente serão devidos à contraprestação remuneratória.

Por isso, não há que se falar em desvantagem econômica, tampouco em diminuição da importância do advogado que permanece como mediador, aliando o conhecimento jurídico com as técnicas apropriadas à resolução dos conflitos.

Para que essa resistência seja mudada a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) vem proporcionando cursos e palestras a fim de divulgar o conhecimento e a práticados métodos autocompositivos de resolução de conflitos. Inclusive,no ano de 2015, a Ordem dos Advogados aprovou o novo Código de Ética e no art. 2º, parágrafo único, inciso VI, acrescentou aos deveres do advogado o de estimular a mediação entre os litigantes e manteve entre esses deveres o de prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios.

Os advogados podem e devem incluir a mediação como forma de recebimento dos honorários advocatícios, previsto em contrato de honorários, amparados no artigo 48, parágrafo 5º, que trata dos honorários advocatícios e veda em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.

Na Lei 13.105/2015, denominada Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 3º, parágrafo 3º, diz que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No Brasil, o Código de Processo Civil atual permite que qualquer pessoa capacitada em curso específico de formação de mediadores possa funcionar como mediador extra judicial. De outrolado, na mediação judicial são exigidos certos requisitos, como ser graduado há pelo menos dois anos, em qualquer área de formação, conforme dispõe o art. 11 da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação)participar de curso de formação de mediadores judiciais e/ou de conciliadores devem entrar em contato com o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) ou com os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) dos tribunais.A Resolução n. 125/2010 do CNJ, a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) determinam a obrigatoriedade da capacitação do mediador judicial e do conciliador, por meio de curso realizado pelos tribunais ou por entidades formadoras reconhecidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM).

Na realidade , vive-se uma situação paradoxal na academia que ensina a fundamentação jurídica e os recursos processuais para a defesa dos cidadãos e de outro lado , um Judiciário buscando soluções para os inúmeros processos que esperam uma resposta como também, determina que todos no âmbito jurídico devem incentivar as formas alternativas de solução dos conflitos.

Resta claro que os meios consensuais de resolução de litígios não abrange ou resolve todos os conflitos, porémse houver concordância das partes a mediação traz inúmeras vantagens, como o diálogo, a escuta do outro , uma nova visão do conflito , além da sua resolução de forma célere. Assim, advogado e cidadãos podem se beneficiar com as práticas da mediação.

Na mediação se oportuniza aos conflitantes espaço e tempo para exporem os seus posicionamentos, com a oportunidade de verbalizar os problemas e, invariavelmente, entenderem a origem do conflito.

Por meio da mediação, se elimina ou se reduz significativamente o custo emocional e financeiro, porque as partes abandonam a decisão imposta pela autoridade judicial e constroem um acordo embasado no convencimento de que esta é a melhor solução.

É concebido as partes o tempo necessário para se manifestarem já que, muitas vezes, a pauta extensa de audiências no Poder Judiciário inviabliza utilizar essas técnicas, sendo a decisão imposta e baseada somente nos preceitos legais.

3 LEI DA MEDIAÇÃO

O início da mediação foi a Resolução 125/2010 do CNJ que incentivou o uso dos meios não judiciais para a solução dos conflitos e ainstalação dos núcleos e o centros de conciliação . marco regulatório da mediação, ocorreu em 2015, com a Lei nº 13.140/2015 que regulou a mediação, a atuação dos mediadores judiciais e dos extrajudiciais, bem como fala a respeito das câmaras privadas.

Nas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e coordenador do Conselho Consultivo da Presidência do CNJ para análise de métodos consensuais de pacificação de conflitos, Marco Aurélio Buzzi questiona:

> Será que as faculdades não vão ensinar um componente tão básico do sistema processual para seus alunos de Direito? Ou seja, em curto prazo, as faculdades terão de lecionar com maior profundidade mediação e conciliação para seus alunos sob pena de terem conteúdos absolutamente desvinculados da prática cotidiana do Direito. Numa sociedade democrática leis são feitas para serem cumpridas, porque a sociedade elegeu aquele assunto como prioridade e o elevou a padrão de norma (BUZZI,2015)

O regramento dos meios consensuais ou autocompositivos, vem regulado na Lei 13.105/2015 e na Lei nº 13.140/2015, marco regulatório da mediação. O conceito legalestá previsto no parágrafo único, do artigo 1º, da referida Lei:

> Art. 1o Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

A mediação pode ser exercida de forma extrajudicial, e o mediador será escolhido pelas partes. Sobre ele recaem as mesmas hipóteses legais de impedimento ou suspeição que incidem sobre os magistrados, previstas no art. 145, do CPC. Entretento,na mediação judicial quem realiza as audiências é um mediador indicado pelo tribunal, ou seja, o juiz é quem designa, não estando este condicionado a uma prévia aceitação das partes.São os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas capacitados, devidamente selecionados e inscritos no registro de mediadores das seccionais da OAB. A mediação judicial prevê o prazo de duração do procedimento de até 60 dias, contados da primeira sessão, exceto se houver pedido de prorrogação feita pelas partes.

Dentre outros aspectos da lei, a grande inovação está na possibilidade de realização virtual da mediação, se as partes assim optarem. Esta modalidade já vinha sendo utilizada pela Justiça Federal desde 2012, desenvolvendo-se em um ambiente totalmente virtual, sem a participação do magistrado, de forma integrada ao processo eletrônico, primando pela simplicidade, informalidade, desmaterialização, celeridade econfidencialidade nas soluções das demandas.

A mediação atende aos princípios gerais do direito e aos princípiospróprios, elecandos no art. 2º da Lei , merecendo um breve comentário:

[...]

I - imparcialidade do mediador;
II - isonomia entre as partes;
III - oralidade;
IV - informalidade;
V - autonomia da vontade das partes;
VI - busca do consenso;
VII - confidencialidade;
VIII - boa-fé.

Com relação ao princípio da imparcialidade do mediador é fundamental para a condução do procedimento de forma justa e idônea. Enquanto a isonomia entre as partes garante o tratamento igualitário e o princípio da oralidade e informalidade prioriza ouvir as partes e praticar a alteridade.A mediação caracteriza-se pelo princípio da confidencialidade, segundoo qual o mediador está proibido de revelar o que se discute na mediação,também não pode servir como testemunha

Importante, mencionar que embora o parágrafo 1º, do art. 2º, transcrito acima, faça menção de que as partes “deverão comparecer à primeira reunião de mediação”**,** uma vez previstas em cláusula contratual a mediação, o parágrafo 2º, em concordância com o princípio da autonomia das partes, faz menção de que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

Visto essa contradição, podemos interpretá-la através do Código de Processo Civil pois em conformidade ao artigo 334 do CPC, assim que recebida a petição inicial, o juiz designará audiência de conciliação ou mediação, citando o réu e intimando-o para que ele compareça obrigatoriamente na audiência designada, em caso de não comparcimento, será aplicada multa de até 2% do valor da causa (§ 8º). A audiência apenas não ocorrerá se as partes (Réu e Autor) informarem ao juiz seu desinteresse nos métodos mencionados. Ou seja, basta uma das partes ter interesse na audiência, que ela necessariamente ocorrerá.

Quanto ao objeto de mediação, o art. 3º dispõe que versa somente sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, trazendo uma ressalva no parágrafo 2º, do artigo em comento, sobre os conflitos envolvendo

direitos indisponíveis, mas transigíveis, que deverão ser homologados em juízo, exigindo a oitiva do Ministério Público, quando houver interesse de incapaz.

4.DA FUNÇÃO DOS MEDIADORES

Os mediadores são treinados por meio de curso realizado por entidade credenciada no CNJ, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, exigindo do mediador ser graduado há pelo menos dois anos em qualquer área de formação, conforme o artigo 11 da Lei 13.149 no qual dispõe:

> Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Essa capacitação lhes possibilita identificar assuntos mais importantes a serem tratados, para ajudar as partes a encontrarem alternativas mais relevantes e que possam ter êxitos durante a técnica. Os mediadores devem ser neutros, ou seja, não devem dar conselhos, tampouco tomar decisões.

Possuem a função de facilitar o diálogo e propiciam a identificação das reais necessidades das partes. Ainda, vale ressaltar que todos assuntos tratados durante o processo de Mediação são protegidos pela política do sigilo e da confidencialidade, apenas será externado o acordo a ser cumprido.

A valorização do mediador se destacou com o advento do Novo Código de Processo Civil cujo aborda a mediação no capítulo III, artigo 334, e especificamente sobre a atuação do mediador no parágrafo primeiro, sendo um fator determinante de profissionalização deste pois fora incluso no rol dos auxiliares da justiça.

> Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

Conforme o exposto, a função do mediador vem sendo reconhecida e valorizada gradativamente em nosso ordenamento jurídico, viabilizando que essa profissão seja cada vez mais destacada. Portanto, se conclui que o mediador possui plena capacitação para exercer a sua função, tendo amplas condições de amparar e facilitar o diálogo entre as partes.

Vislumbra-se uma nova postura e atuação do advogado que precisa se adaptar com as exigências de um Poder Judiciário mais ágil na resposta ao conflito e aos anseios do cidadão e atuar na mediação de forma mais pacienciosa , ouvindo as partes, costurando aproximações, tudo isso aliado aos seu conhecimento jurídico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os advogados podem ser considerados o “primeiro juiz da causa”, portanto cabe a eles informarem a seus clientes qual a melhor via a ser trilhada, que nem sempre é a via judicial. Por esse motivo devem conhecer técnicas alternativas e apresentar para o cliente o que será proporcionado através dessa escolha. É preciso mudar o padrão de pensamentos de que o melhor caminho será sempre a decisão judicial.

O sistema judiciário encontra-se defasado devido ao comportamento de enviar os litígios para que o juiz decida. A primeira grande mudança inicia no próprio escritório do advogado, a partir do momento que o cliente o procura e ambos chegam num consenso sobre a via a ser percorrida.

Neste aspecto, é preciso ter em mente que a mediação não retira trabalho do advogado e não tem a intensão de substituir o processo judicial. A sugestão é que conhecendo as opções quanto asvias alternativas no enfrentamento do conflito, é preciso selecionar o método que melhor se apresenta, zelando semprepelos interesses dos clientes.A importância de incentivar a utilização dos métodos

alternativos nas resoluções de conflitos trata-se de buscar soluções mais rápidas, eficientes e que satisfaçam as partes.

Desse modo, muito embora o sistema tenha como objetivo empoderar as partes para que possam expor o conflito e promover sua solução do tema, a presença do advogado, figura indispensável para a administração da justiça, continua sendo de suma importância.

A mediação veio para complementar à atuação da advocacia moderna como um meio enriquecedor dos serviços oferecidos pelos advogados. Por esse motivo a intersecção entre a advocacia e a mediação mostra-se como um campo bastante promissor.

Por fim, o advogado que se adequar aos novos métodos de solução de conflitos, como o da mediação, se destacará e ainda, poderá contribuir para uma justiça mais célere. Diante disso, uma nova era será iniciada na Justiça brasileira a partir do momento em que o caminho extrajudicial ganhar relevância, visto o reconhecimento de suas características positivas se desconstituirá aresistência dos advogados.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal**. Juizados especiais: a nova mediação paraprocessual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília (DF): Senado Federal, 2016.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016.

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça- CNJ.**Disponível em :http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81043-lei-da-mediacao-e-novo-cpc-reforcam-acerto-da-resolucao-125-do-cnj. Acesso em 11.05.2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasília (DF): Senado Federal, 2016.

CARDOSO, Milena Cornelheiro. **A importância da mediação no judiciário brasileiro.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI127488,11049A+importancia+da+mediacao+no+Judiciario+brasileiro>. Acesso em: 10 de Fevereiro de 2018.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Direito Processual Civil. Vol. I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

Código de Ética e Disciplina da OAB, VADE MECUM, Editora Rideel, 10ª edição, 2010, São Paulo.

COELHO, Renata Moritz Serpa**. Advogados versus mediação – uma resistência desnecessária**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI256839,81042Advogados+versus+mediacao+uma+resistencia+desnecessaria>. Acesso em: 01 de Março de 2018.

CRETELLA NETTO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Carmem. **A importância do advogado na mediação**. Disponível em: <http://barradogarcas.oabmt.org.br/artigo/348/a-importancia-do-advogado-na-mediacao>. Acesso em: 15 de Fevereiro de 2018.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A cultura da litigância e o poder judiciário**: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira. Disponível em: < http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=84117275be999ff5>. Acesso em: 19 Out, 2016.

RAMOS, Augusto Cesar. **Mediação e arbitragem na Justiça do Trabalho**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2620>. Acesso em: 08 maio. 2018.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Paraná: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.



A REGULAMENTAÇÃO FUNDIÁRIA, A USUCAPIÃO ADMINISTRATIVA E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Fábio Franzotti de Souza[97]

Diego Marques Gonçalves[98]

RESUMO: O Código de Processo Civil de 2015 tem suscitado discussões no meio acadêmico, em razão das inovações que ele trouxe. Um dos aspectos importantes introduzidos por esse novo diploma legal foi a usucapião realizada pela via extrajudicial. Em decorrência da importância desse assunto, o presente artigo tem por escopo compreender a usucapião administrativa. Logo, é de grande importância este trabalho, pois é imprescindível aos operadores do direito compreender tal instituto. A estrutura deste trabalho encontra-se organizada a partir de três capítulos: no primeiro é discutido a respeito das modalidades da usucapião em vigência, bem como, sumariamente, seu procedimento; no segundo é abordada a Reforma do Poder Judiciário, como deflagrador da materialização do princípio da eficiência e celeridade; por fim, no terceiro capítulo, discorre-se sobre as inovações procedimentais trazidas na redação do Código de Processo Civil de 2015, especialmente no procedimento da usucapião, onde foi demonstrado que a abertura da desjudicialização de tal sistema processual, além de colaborar na morosidade de Poder Judiciário, atua efetivamente na regularização fundiária. Ao cabo do trabalho, verificou-se a importância da regulamentação da usucapião administrativo no direito brasileiro, pois insere elementos que poderão facilitar a celeridade e eficiência do judiciário brasileiro Para tanto, utilizou-se dos métodos bibliográfico e qualitativo.

Palavras-chave: Eficiência; Celeridade; Usucapião; Código de Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

A disciplina jurídica dos processos repercute diretamente na vida de todos; as decisões judiciais podem versar a respeito de temáticas tão diversas quanto relevantes. Em decorrência disso, o aperfeiçoamento da legislação pertinente é medida imprescindível, na medida em que proporciona a atualização da lei que, por vezes, pode estar em desacordo com as necessidades sociais.

A própria Constituição Federal de 1988 foi marco relevante para a conformação do direito processual brasileiro. Entretanto, em razão da abertura proporcionada pela Magna Carta, criou-se a cultura da judicialização do litígios. Esse

[97]Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha/São Gabriel; e-mail: fabio_fzt@hotmail.com;
[98]Doutor em Desenvolvimento Regional/UNISC. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas/UNISC. Advogado. Professor da Universidade da Região da Campanha/São Gabriel; e-mail: diegomarques-2007@hotmail.com;

hábito tem levado a um grande acúmulo de processos, causando certa morosidade na atividade jurisdicional. Diante desse impasse, a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como a Reforma do Poder Judiciário, propôs reformas, visando à celeridade e eficiência do aparelho judicial brasileiro.

Juntamente com as alterações constitucionais acima referidas, outro marco importante é o Código de Processo Civil de 2015, que nasce claramente comprometido com o princípio da celeridade processual. Em razão dos objetivos almejados pela nova lei processual civil, assuntos tidos como menos complexos estão deixando a esfera judicial para serem objeto de regulamentação na esfera administrativa.

Realmente, dentre os vários assuntos que chegam às portas do Judiciário atualmente, alguns não são necessariamente litígios, porém, necessitam da chancela jurisdicional. Este é o caso da regulamentação fundiária, mais precisamente da usucapião, que, quando não contestado, poderá tramitar fora da alçada judicial.

Em razão da importância desse assunto, o presente trabalho objetiva compreender a relevância da usucapião administrativa para a regulamentação fundiária, discutindo esse tema a partir dos postulados da reforma do Poder Judiciário proposta pela Emenda Constitucional n.º 45.

2 DA USUCAPIÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A aparência têm significativa relevância para o direito. Por este motivo, não se pergunta a um professor universitário se ele é efetivamente contratado pela universidade; apenas e tão somente pelo fato dele estar à frente da turma, crê-se que é docente devidamente formalizado junto à instituição (VENOSA, 2003).

Assim, a vida em sociedade não despreza as aparências, que se transformam, também, em objeto da preocupação do direito. Portanto, toda vez que ocorrer algo relevante, no sentido jurídico da expressão, encontrar-se-ão normas aplicáveis ao caso com o fito de proteger a situação fática. Não são as aparências

triviais que são resguardadas, mas, sim, as constituídas de magnitude jurídica. (VENOSA, 2003).

Essa perspectiva deve ser aplicada, também, aos direitos reais, ramo no qual as aparências também gozam de significativa relevância. Nesse segmento da ciência, jurídica, dois notáveis institutos jurídicos tornam-se de suma importância: a posse e o domínio.

A posse, portanto, expressa a situação de fato existente entre o sujeito e a coisa. Ela, a posse, pode repercutir de várias maneiras e ocasionar o surgimento de determinadas relações jurídicas, tal qual a usucapião. Contido no Capítulo II – "Da Aquisição da Propriedade Imóvel" do Livro III "Do direito das Coisas" do Código Civil de 2002, a usucapião é a maneira de aquisição originária da propriedade, pelo fato de o possuidor, exercer, com animus de dono, sem interrupção e oposição, o imóvel, por 15 anos , 10 anos ou 05 anos .

Destarte, o componente essencial do instituto é:

> (...) a posse qualificada, que se revela apta a produzir a aquisição dominial exclusivamente quando cumpridos todos os requisitos legais atinentes à matéria. O legislador vê no usucapião a perspectiva de melhor aproveitamento econômico das riquezas, seja pela atribuição da propriedade a quem não dispunha de imóvel para morar ou trabalhar, seja porque o adquirente terá demonstrado, pelo tempo de posse, efetivo interesse em se assenhorear da coisa, do que resulta o seu provável emprego em atividades proveitosas à coletividade. (MATIELLO, 2008, p. 111).

Nesse mesmo sentido, a usucapião considera

> (...) a posse mansa e pacífica em detrimento da propriedade ociosa e descuidada. Por meio da usucapião, o proprietário desidioso acaba sendo privado da coisa, prestigiando-se o possuidor que, ao longo de certo lapso temporal, usou-a como se sua fosse e agora deseja legitimar sua situação já consolidada no plano fático. Com o passar do tempo e a consagração definitiva da função social da propriedade no ordenamento jurídico, a usucapião ganhou relevo e tratamento diferenciado pelo legislador, que tratou de reduzir os prazos para aquisição do direito e conceber novas modalidades de usucapião, calcadas na posse útil para fins de moradia e trabalho. A inércia do proprietário e a função social da propriedade são, pois, os fundamentos da usucapião. (DONIZETTI, 2008, p. 935).

As espécies de usucapião, atualmente, são: a extraordinária, a ordinária, a especial, urbana e rural, a usucapião individual e coletiva, bem como a indígena.

Disciplinada pelo art. 1.238 do Código Civil de 2002, a usucapião extraordinária possui como requisitos a posse por quinze anos, a qual deve ser exercida de forma contínua, com ânimo de dono, de forma mansa e pacífica. Tal posse poderá ser reduzida a dez se o proprietário estabelecer, no imóvel, sua moradia habitual ou realizar serviços de caráter produtivo, ou, ainda, nele ter realizado obras. Nessa modalidade, é dispensável o requisito da boa-fé e do justo título (GONÇALVES, 2012).

Dessa forma, a posse da usucapião extraordinária:

> [...] deve ter passado todo esse lapso de tempo de modo contínuo, não interrompido e sem impugnação. Tal assentimento ou aquiescência dos vizinhos, bem como a diuturnidade da posse, faz presumir que não existe direito contrário ao manifestado pelo possuidor. O usucapião repousa em duas situações bem definidas: a atividade singular do possuidor e a passividade geral de terceiros, diante daquela atuação individual. Se essas duas atitudes perduram contínua e pacificamente por quinze anos, ou dez anos, ininterruptos, consuma-se o usucapião. Qualquer oposição subseqüente mostrar-se-á inoperante, porque esbarrará ante o fato consumado (MONTEIRO, 2003, p.128).

Já na usucapião ordinária, além dos requisitos de praxe (exercer a posse com ânimo de dono, de forma contínua, mansa e pacífica), necessita a posse de dez anos, além da boa-fé e justo título. A usucapião ordinária encontra-se disposta no art. 1242 do CC/02 (GONÇALVES, 2012).

Assim, tal forma de usucapião

> [...] depende do preenchimento dos seguintes pressupostos: a) registro de justo título, seguido de cancelamento; b) que o negócio jurídico gerador do registro tenha sido oneroso, pois, se de natureza gratuita, o lapso temporal de posse continuará sendo o mesmo previsto no caput do artigo, ou seja, dez anos; c) que os possuidores tenham estabelecido sua morada no imóvel durante período razoável, pois com isso estará demonstrado o cumprimento da função social da coisa, ou, alternativamente, que tenham realizado investimentos de interesse social ou econômico (posse-trabalho), de vez que assim também restará patente o proveito surgido a partir da posse ad usucapionem exercida (MATIELLO, 2008, p.126).

O ordenamento jurídico brasileiro ainda prevê o instituto da usucapião especial, ou constitucional, como também é conhecido, pois, foi incluído através da promulgação da Constituição Federal de 1988. A usucapião especial engloba duas formas ditas especiais, a usucapião especial rural, a qual também é nominada pro

labore, e a usucapião especial urbana, também nominada como pró-moradia. Esta última é, também, regulamentada pela CF/88 em seu art. 183 e na Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e divide-se em usucapião urbana individual (art. 9º) e usucapião urbana coletiva (art. 10), bem como no art. 1240 do Código Civil (GONÇALVES, 2012).

A usucapião urbana é uma inovação positivada pela Carta Magna de 1988, a qual aduz, em seu art. 183:

> Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinqüenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (BRASIL, 1988)

Essa modalidade não é aplicável no caso de o terreno urbano não possuir construção, pois é requisito precípuo a fixação da moradia por parte do interessado e de sua família. E, da mesma forma como se dá na usucapião especial rural, não é necessário justo título ou boa-fé. Contudo, cabe ressaltar que tal inovação do texto legal não teve o condão de retroagir, pois, se assim o fizesse, surpreenderia o proprietário com um fato jurídico não previsto. Dessa forma, só foi possível essa modalidade de usucapião a partir de 1993 (GONÇALVES, 2012).

Positivada na Constituição Federal de 1934, a usucapião especial rural manteve-se conservada na Carta de 1937 e também na de 1946. Já a Carta de 1967 e, também, a Emenda Constitucional de 1969, embora não tenham mantido tal instituto, a Carta de 1969 exarou seus elementos básicos à normatização de lei ordinária (GONÇALVES, 2012).

Já na Constituição Federal de 1988, em seu art. 191, o legislador previu tal modalidade da seguinte forma:

> Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.
> Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL, 1988)

Assim, entende-se que a usucapião rural não admite, apenas, a mera formalidade da posse, mas, sim, a fixação do indivíduo no campo. Além disso, requer a ocupação produtiva, devendo, além de morar, trabalhar no imóvel. Consagra-se, portanto, como premissa ruralista, o merecimento da terra, ou seja, o indivíduo que a frutificou com seu próprio labor, além de morar no imóvel (MONTEIRO, 2003).

A Lei n. 10.257, de 10 de outubro de 2001 (Estatuto da Cidade), prevê e regulamenta a possibilidade da usucapião individual e coletiva. Dessa forma, na usucapião individual:

> A circunstância de se afirmar, no art. 1.240 do Código Civil, que o usucapião incide sobre área, enquanto no art. 9º do Estatuto da Cidade se diz que igual direito compete ao possuidor de área ou edificação não importa na criação de institutos diferentes, pois desde o momento em que se exige, nas duas hipóteses, que o possuidor tenha habitação no local, também para fins de invocação do art. 1.240 do Código Civil existirá, necessariamente, uma edificação sobre o terreno. Desse quadro infere, portanto, que o Código Civil limitou-se, nesse particular, a reproduzir o intento do art. 9º da Lei n. 10.257/2001 (MATIELLO, 2008, p.126).

A respeito da usucapião coletiva, tal modalidade, encontra-se disciplinada no art. 10 do Estatuto da Cidade, in verbis:

> Art. 10. As áreas urbanas com mais de duzentos e cinqüenta metros quadrados, ocupadas por população de baixa renda para sua moradia, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, onde não for possível identificar os terrenos ocupados por cada possuidor, são susceptíveis de serem usucapidas coletivamente, desde que os possuidores não sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.
> § 1o O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.
> § 2o A usucapião especial coletiva de imóvel urbano será declarada pelo juiz, mediante sentença, a qual servirá de título para registro no cartório de registro de imóveis.
> § 3o Na sentença, o juiz atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, independentemente da dimensão do terreno que cada um ocupe, salvo hipótese de acordo escrito entre os condôminos, estabelecendo frações ideais diferenciadas.
> § 4o O condomínio especial constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, salvo deliberação favorável tomada por, no mínimo, dois terços dos condôminos, no caso de execução de urbanização posterior à constituição do condomínio.
> § 5o As deliberações relativas à administração do condomínio especial serão tomadas por maioria de votos dos condôminos presentes, obrigando também os demais, discordantes ou ausentes. (BRASIL, 2001)

Esta forma aplica-se às situações nas quais os aglomerados residenciais urbanos que não possibilitam a individualização precisa das áreas, onde, nem mesmo os possuidores são capazes de auferir o perímetro de seu território. Assim, a legislação prevê tal mecanismo que possibilita a atribuição de domínio formal aos possuidores, embora não seja possível a delimitação exata do espaço. Ficando, assim, um condomínio forçado entre os possuidores (MATIELLO, 2008).

Ainda, como forma de usucapião, registra-se a usucapião indígena. A capacidade indígena é prevista no Código Civil de 2002. Nesse diapasão, o art. 33 da lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe que “O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinqüenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena” (BRASIL, 1973). Assim, o índio que possuir capacidade plena, tem a inteligência de propor a ação de usucapião diretamente, em caso contrário, terá a intermediação na Fundação Nacional do Índio (Funai) (GONÇALVES, 2011).

Conforme elucidado acima, é evidente que o instituto da usucapião visa à regularização fundiária. Porém, o procedimento utilizado é dotado de burocracia, composto de formalidade e rigor.

Essa regularização, constituída, atualmente, por procedimento especial à luz do Código de Processo Civil, está fadada a grandes mudanças, pois o novo Código de Processo Civil instituiu mudanças sensíveis na sistemática hoje vigente. Contudo, essas transformações estão relacionadas à reforma do Poder Judiciário, as quais serão ventiladas a seguir.

3A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E A OBTENÇÃO DE MAIOR CELERIDADE NOS PROCESSOS

A morosidade do Poder Judiciário pode ser atribuída a dois fatores: internos e externos. O primeiro fator diz respeito aos problemas que o próprio Poder Judiciário possui, e que estão, portanto, ao seu alcance, passíveis de serem enfrentados por

meio de sua iniciativa direta. Já os fatores externos são aqueles identificados além da ação direta do Judiciário; assim, dependem da manifestação dos demais Poderes, ou, ainda, da mudança da cultura da própria sociedade (STUMPF, 2009).

Diante disso:

> É fato que o Judiciário viu sua estrutura (física, política, pessoal...) tornar-se inadequada diante dos avanços da sociedade moderna, sem o necessário acompanhamento em termos tecnológicos, administrativos e comportamentais. Além desses, outros problemas acontecem, todos eles rotulados: “explosão de litigiosidade”, “sobrecarga de legislação” (que muitas vezes é paradoxal e contraditória entre si, além de desatualizada ou mesmo inaplicável), “acúmulo de processos”, e assim por diante. Verdadeiramente, todos os problemas do Judiciário brasileiro são conhecidos e detectados quando a lentidão e a ineficiência se fazem sentir pelas partes, que, mesmo desconhecedoras dos procedimentos, percebem que a jurisdição não responde de forma adequada (SPENGLER, 2008, p. 58).

Assim, a Emenda Constitucional nº 45/04, introduziu em nosso ordenamento jurídico, relevantes modificações acerca da celeridade e eficiência processual. Neste sentido, pode-se citar o direito individual materializado pela inclusão do inciso LXXVIII no art. 5º .

Porém, a respeito da positivação no Texto Constitucional, advinda da referida Emenda,

> [...] resta a pergunta: no que consiste a “razoável duração do processo”? Como deve ser interpretada essa expressão? [...] reproduz um critério objetivo, sofrendo o desgaste de nem sempre os prazos serem efetivamente cumpridos, em especial pelos representantes da Magistratura por existir, em cada etapa processual, tempo previamente definido em lei. [...] Uma decisão judicial, por mais justa e correta que seja, muitas vezes pode tornar-se ineficaz quando chega tarde, ou seja, quando é entregue ao jurisdicionado no momento em que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Se a função social do processo, que é o instrumento da jurisdição, é a distribuição da justiça, não há como negar que, nas atuais circunstâncias do Poder Judiciário, a entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade. Porém, outras estratégias precisam ser desenvolvidas para que se fale no tratamento qualitativamente dos litígios (SPENGLER, 2008, p. 59).

Neste seguimento, o Poder Judiciário sempre sofreu com uma quantidade de processos, pois a cultura jurídica brasileira atual é resolver assuntos controversos por meio da intervenção judicial e não por meio da conciliação (CAMPOS; MEYER-PFLUG, 2013).

Embora a dita reforma tenha causado grande impacto no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à administração da justiça, bem como uma justiça eficiente e a garantia de uma duração razoável do processo,

> [...] essas medidas não são suficientes para por fim a essa crise. Nesse sentido, necessário se faz analisar possíveis alternativas com vistas a garantir uma justiça eficiente. A necessidade de um aumento dos servidores públicos no Poder Judiciário se faz imprescindível, no entanto, a questão não é fácil, pois envolve matéria orçamentária. A mudança da formação do profissional se faz urgente. È imprescindível mudar o perfil do profissional do direito de um perfil litigioso para um perfil conciliador. Deve-se no ensino jurídico, enfatizar os métodos alternativos de solução de controvérsias [...] A advocacia não pode se limitar ao litígio, deve-se dar especial atenção as soluções alternativas de conflitos. A prestação jurisdicional poderá ser mais eficiente se possuir maior aporte orçamentário, bem como assistência jurídica mais adequada aos necessitados. O Poder Judiciário deve repensar os seus meios de atuação que visam tornar a justiça mais eficiente (CAMPOS; MEYER-PFLUG, 2013, p. 312-313).

Com o fito de alcançar a celeridade processual, a Reforma do Poder Judiciário tem investido, constantemente, nas soluções extrajudiciais (ou administrativas) dos conflitos. A Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, apresenta tais características desse novo entendimento de solução de litígios, o qual refletirá notória mudança em nosso ordenamento jurídico.

Presente nas exposições de motivos do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, os princípios da eficiência e da celeridade, norteiam a nova perspectiva do Poder Judiciário na solução de conflitos. Realmente, verificando que a formalidade e a burocracia dos procedimentos, embora muitas vezes necessárias, têm prejudicado a possibilidade de uma prestação jurisdicional célere, surge necessidade da busca de uma solução. Assim, já na apresentação do anteprojeto é notório tal anseio, vejamos:

> O Senado Federal, sempre atuando junto com o Judiciário, achou que chegara o momento de reformas mais profundas no processo judiciário, há muito reclamadas pela sociedade e especialmente pelos agentes do Direito, magistrados e advogados. Assim, avançamos na reforma do Código do Processo Penal, que está em processo de votação, e iniciamos a preparação de um anteprojeto de reforma do Código do Processo Civil. São passos fundamentais para a celeridade do Poder Judiciário, que atingem o cerne dos problemas processuais, e que possibilitarão uma Justiça mais rápida e, naturalmente, mais efetiva. A Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de novo Código do Processo Civil, nomeada no final do mês de setembro de 2009 e presidida com brilho pelo Ministro Luiz

> Fux, do Superior Tribunal de Justiça, trabalhou arduamente para atender aos anseios dos cidadãos no sentido de garantir um novo Código de Processo Civil que privilegie a simplicidade da linguagem e da ação processual, a celeridade do processo e a efetividade do resultado da ação, além do estímulo à inovação e à modernização de procedimentos, garantindo o respeito ao devido processo legal. (sem grifos no original). (BRASIL, 2010)

Nesse mesmo sentido,

> [...] essa é uma preocupação presente, mas que já não ocupa o primeiro lugar na postura intelectual do processualista contemporâneo. A coerência substancial há de ser vista como objetivo fundamental, todavia, e mantida em termos absolutos, no que tange à Constituição Federal da República. Afinal, é na lei ordinária e em outras normas de escalão inferior que se explicita a promessa de realização dos valores encampados pelos princípios constitucionais. O novo Código de Processo Civil tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo. A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa. (sem grifos no original). (BRASIL, 2010)

Nada obstante, a celeridade proposta deve ser entendida de forma positiva, em todos seus aspectos. Porém, não basta apenas o Judiciário ser célere, deve, também, ser efetivo. Esse entendimento encontra guarida nos ensinamentos do jurista José Carlos Barbosa Moreira :

> Para muita gente, na matéria, a rapidez constitui o valor por excelência, quiçá o único. Seria fácil invocar aqui um rol de citações de autores famosos, apostados em estigmatizar a morosidade processual. Não deixam de ter razão, sem que isso implique – nem mesmo, quero crer, no pensamento desses próprios autores – hierarquização rígida que não reconheça como imprescindível, aqui e ali, ceder o passo a outros valores. Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma justiça muito rápida seja necessariamente uma justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço (MOREIRA, 2001, p. 232).

Contudo, no percurso da desburocratização, além do princípio da celeridade, é visível o princípio da eficiência, pois de nada valeira uma justiça rápida sem a eficiência no tocante à tutela que se busca. Assim como o princípio da celeridade, a eficiência também encontra guarida na exposição de motivos do novo Código de Processo Civil. Vejamos,

> Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se

> transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo. Não há fórmulas mágicas. O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente durante duas décadas. A partir dos anos noventa, entretanto, sucessivas reformas, a grande maioria delas lideradas pelos Ministros Athos Gusmão Carneiro e Sálvio de Figueiredo Teixeira, introduziram no Código revogado significativas alterações, com o objetivo de adaptar as normas processuais a mudanças na sociedade e ao funcionamento das instituições [...] sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas nos anos de 1.992 até hoje, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado, mas um passo à frente. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visam a atribuir-lhe alto grau de eficiência. Há mudanças necessárias, porque reclamadas pela comunidade jurídica, e correspondentes a queixas recorrentes dos jurisdicionados e dos operadores do Direito, ouvidas em todo país. Na elaboração deste Anteprojeto de Código de Processo Civil, essa foi uma das linhas principais de trabalho: resolver problemas. Deixar de ver o processo como teoria descomprometida de sua natureza fundamental de método de resolução de conflitos, por meio do qual se realizam valores constitucionais. (BRASIL, 2010)

Logo, considerando a evolução da sociedade, bem como das novas relações jurídicas com as coisas, torna-se de suma importância a adequação jurídica frente a esses novos paradigmas. Assim, a adequação do judiciário, principalmente na questão processual, é indispensável.

Em face disso, no tocante ao âmago do objeto do presente artigo, a posse irregular dos imóveis é uma realidade que, na verdade, embora sempre tenha existido, tem sido de grande interesse do Estado, uma vez que a regularização fundiária traz benefícios.

3 A REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO E A OBTENÇÃO DE MAIOR CELERIDADE NOS PROCESSOS

Fundamentada no princípio da eficiência e celeridade, como resposta à morosidade, surge a necessidade da desjudicialização de alguns assuntos. Assim,

> [...] a desjudicialização da resolução de certos conflitos pode contribuir para a reforma do Judiciário, ao retirar parte do volume de processos que o sobrecarrega, liberando o magistrado para se ocupar das questões que efetivamente justifiquem a atuação da autoridade judiciária prolatora de decisões em caráter definitivo (HELENA, 2006, p. 136).
> Embora a desjudicialização seja um “termo ainda não dicionarizado, mas de fácil apreensão, trata de facultar às partes comporem seus litígios fora da

esfera estatal da jurisdição, desde que juridicamente capazes e que tenham por objeto direitos disponíveis" (HELENA, 2006, p. 127).

Diante da Reforma do Poder Judiciário e dos novos princípios expressos no Código de Processo Civil/2015, no tocante ao instituto da usucapião, vê-se que o diploma legal pouco alude sobre o tema. Porém, embora o vocábulo usucapião tenha sido citado por apenas cinco vezes no código em comento, foi inserida a tentativa de, mais uma vez, alcançar a efetividade da usucapião extrajudicial.

Embora o art. 60 da Lei nº 11.977/2009 já dispusesse acerca da usucapião extrajudicial, o qual seria resolvido no âmbito do Cartório de Registra de Imóveis, o Novo Código de Processo Civil traz uma nova redação na Lei de Registros Públicos, in verbis:

> Art. 1.071. O Capítulo III do Título V da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), passa a vigorar acrescida do seguinte art. 216-A: (Vigência)
> "Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:
> I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;
> II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;
> III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;
> IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.
> § 1o O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.
> § 2o Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.
> § 3o O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido.
> § 4o O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

> § 5o Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.
> § 6o Transcorrido o prazo de que trata o § 4o deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5o deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.
> § 7o Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.
> § 8o Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.
> § 9o A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.
> § 10. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.” (sem grifos no original) (BRASIL, 2015).

Caso seja indeferido o pedido formulado ao oficial do registro de imóveis, nada impede a apreciação da tutela jurisdicional pertinente (BUENO, 2015).

Nesse sentido

> A via jurisdicional é resguardada também para os casos em que o pedido administrativo sofrer impugnação de qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, de algum dos entes públicos ou, ainda, de algum terceiro interessado. Neste caso, o oficial de registro enviará os autos respectivos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente adequar o seu pedido às exigências do procedimento comum (§10). (BUENO, 2015, p. 705).

Tal dispositivo autoriza a usucapião extrajudicial, em face ao cartório de imóveis onde fica localizado o bem, porém, necessitando ser apreciado pela via judicial, não mais será submetida à apreciação por um procedimento especial de jurisdição contenciosa, mas, sim, pelo procedimento comum.

Assim, conforme foi trazido na exposição dos motivos do novo Código de Processo Civil, “A extinção do procedimento especial ‘ação de usucapião’ levou à criação do procedimento edital, como forma de comunicação dos atos processuais, por meio do qual, em ações deste tipo, devem-se provocar todos os interessados a intervir, se houver interesse” (BRASIL, 2015) , esse procedimento encontra-se disposto na Seção V do CPC/2015, em seu art. 238, in verbis:

> Art. 238. Adotar-se-á o procedimento edital:
> I – na ação de usucapião;
> II – nas ações de recuperação ou substituição de título ao portador;
> III – em qualquer ação em que seja necessária, por determinação legal, a provocação, para participação no processo, de interessados incertos ou desconhecidos.
> Parágrafo único. Na ação de usucapião, os confinantes serão citados pessoalmente. (BRASIL, 2015)

Em suma, a desjudicialização da usucapião, corrobora com a regularização fundiária, sobretudo das áreas que não foram demarcadas. A regularização fundiária encontra-se definida na Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, no art. 46, que aduz:

> Art. 46. A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. (BRASIL, 2009)

Nesse sentido, a Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades em parceria com a Secretaria Nacional de Programas Urbanos do Ministério das Cidades e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, desenvolveram a cartilha Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal n° 11.977/2009. Na aludida cartilha, na delimitação do problema, é suscitado que:

> Os assentamentos apresentam normalmente dois tipos de irregularidade fundiária: irregularidade dominial, quando o possuidor ocupa uma terra pública ou privada, sem qualquer título que lhe dê garantia jurídica sobre essa posse; e, urbanística e ambiental, quando o parcelamento não está de acordo com a legislação urbanística e ambiental e não foi devidamente licenciado. A efetiva integração à cidade requer o enfrentamento de todas essas questões, por isso a regularização envolve um conjunto de medidas. Além disso, quando se trata de assentamentos de população de baixa renda, são necessárias também medidas sociais, de forma a buscar a inserção plena das pessoas à cidade. A regularização fundiária é também um instrumento para promoção da cidadania, devendo ser articulada com outras políticas públicas. (BRASIL, 2010)

Assim, esses moradores que possuem o imóvel de fato, podem requerer ao poder público o instrumento de legitimação da posse, este instrumento é direcionado

> [...] para o reconhecimento da posse de moradores de áreas objeto de demarcação urbanística. Trata-se da identificação pelo poder público de uma situação de fato, que é a posse mansa e pacífica de uma área por pessoas que não possuem título de propriedade ou de concessão e que não

> sejam foreiras de outro imóvel urbano ou rural. Um dos objetivos da legitimação é dar publicidade às posses identificadas e qualificadas, por meio da confecção de um título pelo poder público, em nome do morador, e de seu registro no cartório de registro de imóveis. Quando feita em áreas privadas, a legitimação de posse possibilita a aquisição de propriedade por meio da usucapião administrativa. Em relação a áreas públicas, pode facilitar a instrução de pedidos de concessão de uso para fins de moradia ou de outros instrumentos definidos pelo titular de domínio da área. (BRASIL, 2010)

Por esse motivo, percebe-se que a introdução da usucapião administrava vem a facilitar a regulamentação fundiária, que deixa, ao menos em certos aspectos, a alçada judicial, para ingressar as vias administrativas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da usucapião, há muito é utilizado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro como regularizador da situação fática da posse em detrimento da propriedade. Lançando mão, atualmente, do procedimento especial, a usucapião é dotada de grande burocracia e formalidade.

A Lei que dispõe sobre o Programa Minha Casa Minha Vida, embora tenha inserido a usucapião extrajudicial, ou administrativa, mesmo com notória aplicabilidade, acabou não abrangendo todas as possibilidades, uma vez que depende da demarcação urbana realizada pelo poder público.

A reforma do Poder Judiciário, originado, dentre outros motivos, para o combate à morosidade de tal Poder, concretizou o princípio da eficiência e da celeridade, sobremaneira na consecução procedimental. Assim, o novo Código de Processo Civil, nascendo neste contexto, adotou expressamente tais princípios.

Uma vez garantida a usucapião administrativa, ou extrajudicial, por edital, facilitará a regulamentação fundiária, colaborando com o desafogamento do Judiciário, e, somente levando ao conhecimento de tal Poder quando ocorrer impugnação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de Processo Civil: anteprojeto / Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. – Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em:

www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 25 de junho de 2015.

_____. Lei 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. (Estatuto da Cidade). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24 junho 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

_____. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas, de 7 de julho d 2009. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm> Acesso em: 27 de junho de 2015.

_____. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm> Acesso em 25 de junho de 2015.

_____. Regularização Fundiária Urbana: como aplicar a Lei Federal n° 11.977/2009 – Ministério das Cidades, Secretaria Nacional de Habitação e Secretaria Nacional de Programas Urbanos. Brasília, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMPOS, Cleiton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. A Reforma do Poder Judiciário e o Princípio da Eficiência. In Revista de Direito Brasileiro. p. 304 - 314. Ano 3. Vol. 6. Set.-Dez. Florianópolis: CONPEDI, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Novo curso de direito processual civil, volume 2: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HELENA, Eber Zoehler Santa. O fenômeno da desjudicialização. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7818>. Acesso em: 12 set. 2015.

LUNARDI, Fabrício Castagna. Curso de direito processual civil. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MATIELLO, Fabrício Zamprogna. Curso de direito civil, volume 4: direito das coisas. São Paulo: LTr, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. Revista de Processo, v. 102, p. 228-237, abr.-jun. 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 3: direito das coisas. 37. ed. rev. e atual. Por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Manual de direito processual civil, volume 3: procedimentos especiais codificados e da legislação esparsa, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SPENGLER, Fabiana Marion. TEMPO, DIREITO E NARRATIVA: OUTRA ABORDAGEM DO PROCESSO JURISDICIONAL E DO CONFLITO SOCIAL. Revista Novos Estudos Jurídicos. Vol. 13. N.º 1. P. 55-68. Jan-jun. 2008. Disponível em: http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/1227/1030. Acesso em: 11 de setembro de 2015.

STUMPF, Juliano da Costa. Poder Judiciário: Morosidade e Inovação. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais. Coleção direito civil; v. 5. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.



A CONTRIBUIÇÃO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO ESCOLAR: UMA REFLEXÃO A PARTIR DOS ESTUDOS DE WARAT NA (RE) CONSTRUÇÃO DE UM AMBIENTE TRANSFORMATIVO E EQUILIBRADO

Carla Cargnelutti Bronzatti[99]
Francisco Ribeiro Lopes[100]

RESUMO: O presente ensaio tem por objetivo central analisar o instituto da mediação escolar bem como o viés humano a partir dos estudos de Warat. Nesse sentido, para corroborar com a pesquisa utilizou-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e as fontes procedimentais bibliográficas e documentais. Importante ressaltar que mediação na esfera escolar pode contribuir e realizar uma transformação frente aos conflitos e a escola é um ambiente evolutivo que carece de novas práticas para o bem da comunidade escolar. Nesse passo, registra-se que a mediação possui como ferramenta central o diálogo, onde os conflitantes podem chegar a uma solução pelas próprias decisões sem a interferência de um terceiro com poder de decisão. Salienta-se que o autor Luis Alberto Warat trouxe uma reflexão mais humanizada em face dos conflitos e da sociedade moderna proporcionando um novo viés na (re) construção de uma sociedade mais humana e equilibrada. Nesse contexto, o conflito pode ser visto como uma oportunidade de (re) ver alternativas na construção de uma solução benéfica para os conflitantes proporcionando uma novo olhar frente as situações conflituosas. Destaca-se que o trabalho tem a finalidade de proporcionar um debate e uma reflexão sobre os conflitos escolares bem como a contribuição que o instituto da mediação pode oferecer nessa esfera.

Palavras-Chave: Conflito; Diálogo; Mediação escolar; Warat

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Vive-se em uma sociedade complexa onde inúmeros conflitos sociais surgem diariamente, pois como sabe-se o conflito é inerente a condição humana, desde as

[99]Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autônoma de Lisboa. Especialista em Processo Civil pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE-RS. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Mediadora Judicial certificada pelo CNJ. Mediadora extrajudicial, membro do Centro de Mediação e Práticas Restaurativas- CEMPRE/FADISMA. Endereço eletrônico: carlacbronzatti@gmail.com.
[100]Mestre em DerechoEmpresario com orientación em mediación y resolución alternativa de conflitos pelo Instituto Universitario ESEADE; Especialista em Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura Federal- ESMAFE/POA; Graduado pela Faculdade de Direito de Santa Maria; Especialista em DerechoEmpresario com orientación em mediación y resolución alternativa de conflitos pelo Instituto Universitario ESEADE; Mediador Extrajudicial, membro do Centro de mediação e Práticas Restaurativas- CEMPRE/FADISMA; Membro da Academia de Letras e Artes Sepeense-ALAS ocupa a cadeira de número 15- Patrono Carlos Drummond Andrade; e-mail: francisco_l@yahoo.com.br

eras mais remotas eles já se manifestavam quando duas ou mais pessoas divergiam em razão de suas crenças, interesses e anseios.

Porém o conflito ele sempre foi visto por um viés negativo como se fosse algo estranho ao convívio social, eles nunca foi tratado como deveria ser, como algo natural. E hoje devido a insatisfação social na resolução de seus conflitos, busca-se transformar este conceito inserido na sociedade, busca-se olhar para o conflito com um viés positivo, como uma oportunidade e não como um problema.

Na busca desta transformação, no intuito de promover uma mudança social busca-se ferramentas que auxiliam está prática, de visualizar o conflito como uma oportunidade e é nesta seara que destaca-se a mediação, ferramenta alternativa de resolução de conflitos que busca a pacificação social por meio do diálogo.

A mediação ao longo dos anos vendo sendo promovida nos mais diversos ambientes, e em razão dos resultados positivos desta prática cada vez mais é necessário e importante promove-la. É com este intuito que o presente trabalho irá abordar a mediação no ambiente escolar como ferramenta de auxílio nas escola na resolução de seus conflitos e na prevenção destes. Também no presente trabalho abordar-se-á a visão humanista de Luis Alberto Warat em relação a mediação e os conflitos sociais. Na perspectiva do renomado autor se faz necessário ver os conflitos de forma mais humana e considerando que as questões conflituosas devem ser vista de forma positiva realizando uma transformação e/ou evolução social.

Nessa perspectiva tratar os conflitos de forma humana é empoderar a sociedade de que pode dirimir os ruídos de comunicação a partir do diálogo, respeito e a reflexão frente aos problemas de uma sociedade que clama por dias melhores.

A metodologia utilizada para desenvolver este trabalho é a pesquisa bibliográfica, sendo o método de abordagem utilizado o hipotético-dedutivo e as fontes procedimentais bibliográficas e documentais. Em razão de este ser um tema importante socialmente ele deve ser debatido e propagado, logo, o trabalho vem com a finalidade de propor algumas reflexões e posicionamentos sobre o tema.

2. A REALIDADE NAS ESCOLAS: A MEDIAÇÃO COMO UMA ALTERNATIVA (IN) EFETIVA

Desde os tempos remotos sabe-se que existem conflitos, uma vez que estes são derivados das relações humanas, principalmente quando há desencontro de ideias.No ambiente escolar não é diferente, neste ambiente formador tão importante e essencial na vida de cada cidadão também nascem conflitos, oriundos das relações interpessoais seja entre crianças, adolescentes, professores e demais participantes deste seio.

> A escola é um lugar onde diariamente convivem pessoas com diferentes características, educações, religiões e personalidades. Entre tantas diferenças é natural que surjam divergências das mais diversas espécies. É imprescindível, então, a boa administração dos problemas que venham a surgir para que a harmonia e o respeito estejam presentes no ambiente escolar e não interfiram no processo de ensino aprendizagem (SALES, 2004, p. 91).

As relações existentes no ambiente escolar, são relações que se perduram no tampo, relações contínuas e por conta disto precisam ser olhadas de uma forma diferente, com um olhar mais humano, mais sensível a fim de desenvolver-se uma gestão positiva do conflito. É preciso se pensar na possibilidade de trabalhar o conflito para que estas relações contínuas sejam apaziguadas, resolvidas e assim preservadas, com o intuito de se alcançar um ambiente escolar saudável, equilibrado e pacífico.

Percebendo esta necessidade atual de se trabalhar os conflitos buscou-se então ferramentaseficazes para desenvolvê-lo. Na busca destas ferramentas percebeu-se a necessidade de se reconstruir conceitos, principalmente quanto ao conflito, pois como sabe-se os conflitos são advindos das relações humanas, ou seja, desde os primórdios os conflitos estão entre nós, logo, eles devem ser encarados como algo natural, intrínseco da natureza humana.No momento em que o conflito for visto com um olhar positivo, como uma oportunidade, a sua administração será facilitada. (SALES, 2004, p. 91).

Por isto ressalta-se a importância de se buscar mecanismos que objetivam promover transformação do conflito em uma oportunidade, seja ela de crescimento pessoal, seja para solidificar relações de forma positiva, seja para construir uma sociedade mais autônoma.

Com este viés humano e sensível de trabalhar o conflito, destaca-se a mediação como método alternativo de resolução de conflito. A mediação tem este

viés alternativo pois ela procura dar autonomia aos envolvidos no conflito para que eles mesmo os resolvam, sem precisar recorrer à justiça para solucioná-lo.

No ambiente escolar a mediação é muito bem vista pois o seu propósito é a promoção da cultura do diálogo, e a escola é um ambiente propício para a realização de transformações, é um espaço que usa-se o aprendizado na sua diversidade com o intuito educativo, onde mostra-se condutas preventivas e administrativas de como resolver uma situação da melhor forma possível, sendo assim, a mediação é muito bem vinda como uma ferramenta de propagar transformações, de instigar uma cultura nova com base na escuta ativa e na comunicação. A escola é o lugar do exemplo, de trazer o novo, de instigar as mudanças.

Além da mediação ser uma proposta efetiva para o tratamentos dos conflitos escolares, ela também mostra-se uma ferramenta eficiente e viável para os problemas de violência nas escolas, pois só haverá transformação se houver conversa, se houver oportunidade. Pois deve-se preservar a qualidade do convívio no ambiente escolar e a mediação preocupa-se com este viés de um bom convívio.

Vale destacar que são várias as formas de violência que podemos ter em um ambiente escolar, a violência não está adstrita a violência física, destaca-se também as agressões verbais, as agressões psicológica, bullying etc. A agressão verbal é a mais comum que ocorre nas escolas. De acordo com a pesquisa realizada em 2016 Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais (Flacso), em parceria com o Ministério da Educação e a Organização dos Estados Interamericanos (OEI), 42% dos alunos da rede pública de ensino sofreram agressões físicas ou verbais (MORRONE, 2016).

Frente a esta realidade social, é necessário que as escolas busquem alternativas para amenizar a ocorrência da violência no âmbito escolar e também formas de preveni-la. E nesta busca as escolas devem inserir a mediação como um mecanismo de promoção de mudanças.

O ofício do educador é árduo pois vive-se em uma sociedade complexa, de diversidade, e com inúmeros conflitos mal resolvidos que muitas vezes acabam gerando violência, na suas diversas formas. Mas acredita-se que o diálogo seja uma ferramenta eficiente de transformação social e por isto deve ser oportunizado.

> [...]Em primeiro lugar, o conflito pode se transformar num instrumento de mudança social. Sem conflito não há mudança, não há crescimento, não há possibilidade de aperfeiçoamento de certas estruturas e de mudança face a situações discriminatórias e injustas existentes na escola e na sociedade. Em segundo lugar, o conflito pode ser apreciado como uma oportunidade para aprender, podendo constituir uma ferramenta de ensino. Por fim, a perspectiva construtiva do conflito leva à apreciação da diversidade como um valor e como uma fonte de enriquecimento mútuo. Efetivamente, conviver com a diversidade envolve diferenças e conflitos, mas, a partir dessa perspectiva, existem procedimentos (como a mediação) que, através da cooperação e da solidariedade, motivam à transformação positiva dos mesmos (CUNHA e MONTEIRO, 2016, p. 114)

Ao inserir-se uma cultura do diálogo nas escolas trabalhar-se-á o conceito negativo do conflito entranhado na sociedade e com isto verificar-se-á que se tem este conceito pois a sociedade nunca encarou o conflito como algo natural, inerente ao convívio social, onde há divergência de ideias e também nunca soube lidar com eles, nunca buscou de forma autônoma resolver seus conflitos, buscou sempre um terceiro para resolvê-los, o conflito sempre foi visto como um problema e não como uma oportunidade.

Para se entender melhor como a mediação funciona é necessário conceituá-la, a mediação consiste na aproximação dos conflitantes através de um terceiro neutro, imparcial, por meio do diálogo, da escuta ativa, da cooperação mútua para que ao fim estes possam chegar a uma solução comum, benéfica para ambos, na mediação preza-se pelo ganha-ganha. Em alguns casos, a depender da gravidade do conflito, estes poderiam ser levados ao judiciário e com esta prática sensívelevita-se a judicialização.

> Consideramos que, num contexto de construção da paz, a mediação constitui um método de gestão construtiva de conflitos cuja finalidade é fomentar a análise colaborativa de conflitos e a resolução conjunta de problemas entre as partes, estimulando assim uma dinâmica de paz e de justiça na escola (CUNHA e MONTEIRO, 2016, p. 115)

A mediação é baseada nos princípios da voluntariedade, da confidencialidade e da informalidade. Desta forma, cabe então a escola oferecer a prática, e os envolvidos no conflito aceitarem participar ou um destes conflitantes procurar a prática da mediação dentro da escola, se esta for ofertada. Nesse sentido mostra-se importante que as escolas façam uma sensibilização em relação a este instituto pois apesar de ter sido criado a bastante tempo em alguns âmbitos ele é atual e alguns a

desconhece. A escola tem muito a ganhar com a mediação porém o incentivo é essencial pois “As pessoas não nascem sendo tolerantes, solidárias e respeitosas, elas necessitam ser educadas para agirem assim”. (SALES, 2004, p. 92).

A mediação ela abre espaço para que os participantes desta prática exponham suas necessidades, seus anseios e também os seus sentimentos, e assim o conflito será trabalhado com um viés positivo. Na mediação promove-se um espaço tranquilo, acolhedor para que ambos se sintam à vontade para dialogar e com este passo inicial possam começar a delineador um denominar comum desta controvérsia. Destaca-se que o objetivo da mediação é o diálogo e não o acordo, o acordo é mera consequência da mediação.

Além da mediação visar o fomento do diálogo e buscar pelo tratamento do conflitos presentes no ambiente escolar ela também preocupa-se em prevenir estas questões pois sabe-se que conflitos não resolvidos acabam prejudicando os relacionamentos e também a qualidade da educação.

A figura do mediador, é essencial nesta prática e sua atuação é mais difícil do que parece ainda mais no ambiente escolar. O mediador atua na mediação como um mero facilitador, ele está ali para fomentar o diálogo, com base em técnicas que pode usar a seu favor. Ele não está ali para sugerir, opinar ou decidir, ele está ali para promover a conversa entre os mediandos.

Nos casos em que ocorre violência a mediação também pode ser utilizada com o intuito também de proporcionar um diálogo e um cuidado com estes conflitantes e assim previne-se a ocorrência de mais violência no ambiente escolar. Além de que a mediação é um via educativa de mão dupla, pois ela educa e transforma aquelas que estão envolvidos neste instituto. A partir do contato com a mediação os sujeitos irão repensar na forma de resolução de um eventual conflito futuro, pois com a oportunidade da mediação eles se empoderam e perceberam que são capazes de resolver seus conflitos com respeito, com diálogo e por vias próprias sem ficar na dependência de um terceiro.

> As consequências desta mudança de cultura são imensas e de uma pertinência incontestável, como a prevenção da violência, o fortalecimento dos valores democráticos, o esforço na manutenção de uma cultura de paz, a construção de um clima pacífico entre os diferentes atores sociais envolvidos na escola, o desenvolvimento do pensamento crítico, da empatia e da aceitação do outro, entre outras (CUNHA e MONTEIRO, 2016, p. 117)

A mudança da cultura nas escolas com base na mediação, onde seus pilares são o diálogo, a escuta ativa, o respeito e a cooperação mútua mostra que se está em um caminho de pacificação social onde valores como democracia, cidadania estão sendo efetivados. E esta mudança possibilita que cenários de violência seja amenizado e que os sujeitos pertencentes as escolas desenvolvam empatia e aceitação promovendo assim uma cultura de paz.

A educação é a chave para se ter uma sociedade equilibra, harmônica e pacífica onde impera-se o respeito, em todas as suas formas para isto, é necessário e importante trazer para o ambiente escolar propostas educativas e que possam transformar a sociedade atual.

3. OS ESTUDOS DE LUIS ALBERTO WARAT: A VISÃO HUMANISTA FRENTE AOS CONFLITOS DA SOCIEDADE MODERNA

O renomado autor Luis Alberto Warat possui um papel fundamental, eficaz e contributivo para a sociedade moderna e seus desafios, pois seu trabalho é marcado pela sensibilidade, pelo amor, criatividade e pela interdisciplinariedade uma vez que ele acredita que a sociedade atual não possui empatia com o outro e então é necessário alguns sentimentos sejam resgatados.

Destaca-se que Luis Alberto Warat foi um grande pensador que, a partir de um vasto conhecimento do Direito, percorria pela filosofia, psicanálise, literatura até a teoria do Direito, de modo que, influenciou e continua influenciando pesquisadores destas áreas de investigações. Assim, o autor, com suas ideias contestadoras e radicais, vindas de lugares inesperados marcou profundamente o universo jurídico.

A sensibilidadedo renomado pesquisador em analisar a psicanálise social e os desafios da vida contemporânea, mostra que é “Para amar é preciso encontrar o outro em sua reserva selvagem”[101], ou seja, o autor refere-se que é preciso olhar pra si para entender o outro, é preciso de empatia e é preciso cooperação. Nesse contexto, destaca-se a mediação waratiana, mecanismo regado de amor,

[101]WARAT, Luis Alberto. **Essa raridade chamada amor**. Disponível em: . <http://luisalbertowarat/blogspot.com.br/2007/08/essa-raridade-chamada-amor.html> Acesso em: 08 mai. 2018.

solidariedade, afeto, respeito que possui a intenção de resgatar os sentimentos dispersos na sociedade moderna, por meio do diálogo com o intutio de promover a paz social por meio da transformação dos conflitos.

Dessa forma, Warat (2004, p. 67) enaltece a mediação como um crescimento interior, com sensibilidade e o respeito à cidadania, colaciona-se:

> A mediação é:
> A inscrição do amor no conflito
> Uma forma de realização da autonomia
> Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos
> Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades
> Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade
> Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito
> Um modo particular de terapia
> Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia.

Nesse contexto, que o autor traduz a necessidade do conflito ser visto como uma oportunidade positiva, construtiva e transformativa evidenciando que as pessoas podem e devem solucionar os seus conflitos (da forma mais ampla). A (re)

construção livre do que cada um deseja para apaziguar o conflito, é a maior garantia de que a resolução buscada é satisfatória, pois do contrário, não haveria motivos para haver o consenso.

Ressalta-se que o ser humano tende a reproduzir o que vivencia então, a partir dessa situação necessita-se buscar um olhar mais humano para a transformação social, onde o diálogo é o caminho mais eficaz e produtivo para a sociedade.

Assim, Warat (2009, p. 20) elucidou que o indivíduo tem por característica seguir o comportamento cultural vivenciado, a isto agrega-se:

> Os indivíduos tendem a reproduzir os atos sociais passados nos processos de interação. O comportamento humano se encontra ligado ao sistema cultural precedente. A experiência se desenvolve num âmbito já plasmado, vinculadas a mensagens anteriores que a guiam- vale dizer, que a rede de comunicação do grupo proporciona o armazenamento de uma programação da conduta. Os atos que podem se considerar espontâneos, livres, não programados por algum sistema de signos, são muito mais reduzidos do que se acredita, e se desenvolvem também sob a influência da informação entesourada.

Imperioso mencionar, que a melhor forma de realização da democracia e dos direitos humanos é através da mediação, sendo um mecanismo de exercício da cidadania, na medida em que educam e auxiliam as partes envolvidas no conflito a tomarem decisões, sem a interferência de terceiros que deliberem por elas

fomentando a cultura da paz e enaltecendo a necessidade de práticas construtivas para o auxílio de todos.

Para Warat a mediação supera a litigiosidade da era moderna, marcada pela cultura do litígio e pela busca da verdade. Verdade esta que para o autor era imaginária da magistratura, e que não levava em consideração que o querer das partes podia ser diferente do querer decidido. (WARAT, 1998, p.11).

O autor destaca que a mediação é o instrumento que proporcionará a criação de uma atmosfera de confiança e respeito entre os sujeitos onde o estado emocional das pessoas serão poupados, diferente do que ocorreria em um processo judial, por exemplo. A mediação é uma visão humana de mundo e a transdiciplinariedade é extremamente perfeita na evolução, elucida Warat (2018, p.17):

> É digno de destacar-se que a estratégia mediadora não pode ser unicamente pensada em termos jurídicos. É uma técnica ou um saber que pode ser interpretado nas mais variadas instancias. Estou pensando nas possibilidades da mediação na psicanálise, na pedagogia, nos conflitos policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários em seus vários tipos. Em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a melhor forma de realização.

Nesse passo, um ambiente cooperativo que incentiva novas condutas que condizem com uma sociedade contemporânea que carece e precisa de bons exemplos para se alcançar uma sociedade equilibrada e harmônica.

Freire (1992, p.100) salienta a necessidade da luta pela transformação, colaciona-se:

> Inventamos a possibilidade de nos libertar na medida em que nos tornamos capazes de nos perceber como seres inconclusos, limitados, condicionados, históricos. Percebendo, sobretudo, também, que a pura percepção da inconclusão, da limitação, da possibilidade, não basta. É preciso juntar a ela a luta política pela transformação da realidade.

Dito isso, aprender a conhecer significa que o conhecimento não deve ser entendido como algo completo e acabado, mas sim conhecer é um processo dinâmico e contextualizado logo é necessário adaptá-lo as demandas individuais e coletivas, reinventando o pensamento sem reproduzi-lo, buscando o caminho da curiosidade na codificação de uma sociedade mais ciente do seu papel.

O processo de humanizar o homem é um desafio, salienta Peixoto (2003, p. 48-49):

> O processo de (re) humanizar os sentidos do homem, ampliar-lhe a âmbito da reflexão e criar uma sensibilidade genuinamente humana é um desafio histórico posto a cada dia para todos aqueles que trabalham ou se preocupam com a educação e para o artista em particular, pois que este, na sua práxis, ao operar com a matéria, trabalha direta e fundamentalmente com a sensibilidade humana, sem esquecer, no entanto, que a arte, ao ser captada como totalidade, refere-se e capta, por sua vez, a totalidade do homem: o sensível, o cognitivo e o ético.

Dessa forma, essa humanização dos desafios da sociedade contemporânea deve ser vista como uma possibilidade de (re) ver novas oportunidades para as situações conflituosas.

É na visão humanizada dos conflitos que Warat (2004, p. 75) elucida a necessidade de um momento de autoconhecimento e de retorno ao equilíbrio, cita-se:

> A mediação, como terapia do reencontro amoroso, parte da ideia de que os processos de amor e desamor se encontram na vida de toda pessoa; que os vínculos afetivos formam parte de sua socialização e contribuem para o seu bem estar, ou sua infelicidade no dia a dia, sendo um componente estrutural no desenrolar dos conflitos e na possibilidade de estabelecer com o outro uma diferença neles.

Assim, a busca por uma melhor resolução dos conflitos sociais necessita da ajuda de todos, e percebe-se que através de métodos alternativos de resolução de conflitos podemos sonhar com uma sociedade menos ignorante e mais tolerante bem como atingir uma maturidade social em que o respeito e a educação são pilares de boa coexistência.

Dito isso, Warat possui como alternativa uma reflexão sobre a ciência jurídica e fatores externos de nossa organização social bem como afasta a concepção do conflito ser algo rígido mas sim elenca o conflito como uma possibilidade positiva e construtiva para que todos os envolvidos encontrem as suas decisões pautadas no diálogo e no respeito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi desenvolvido com o intuito de promover uma reflexão a partir da mediação sensível de Warat frente as relações continudas presentes no ambiente escolar.

A mediação mostra-se uma importante ferramenta de pacificação social que busca promover o diálogo com o intuito resgatar a sensiilidade, a empatia dos sujeitos. A mediação é muito além de um acordo, a mediação é o um trabalho realizado para tratar-se o conflito, conflito este que sempre existiu e continuará existinto, cabendo então a vermos este com um olhar positivo, como uma oportunidade, como algo natural, intrínsico das relações humanas.

No decorrer deste trabalho pode-se perceber que Warat trás uma reflexão mais humanizada em face dos conflitos e da sociedade moderna proporcionando então um novo viés na (re) construção de uma sociedade mais humana e equilibrada.

Em razão deste instituto tão nobre, destaca-se que a mediaçaõ Waratiana é uma grande aliada na busca pela promoção da paz social, por isto ela deve ser estudada e propagada, ainda mais nos ambientes escolares onde se tem relações continuadas. Porém deve-se levar este instituto a sério, para evitar-se que o instituto seja convertido em uma mera conciliação pois como já visto, o acordo é uma mera consequencia da mediação não o seu objetivo primordial.

Como visto, é imporante se preservar a qualidade do convívio no ambiente escolar e a mediação além de ser uma proposta efetiva para o tratamentos dos conflitos escolares, ela também mostra-se uma ferramenta eficiente e viável para os problemas de violência nas escolas, pois só haverá transformação se houver conversa, se houver oportunidade.

É possível promover mudançase a chave para isto é a educação sendo a mediação um instituto com base no diálogo, na escuta ativa, no respeito e na cooperação mútua, queter-se-áuma sociedade equilibra, harmônica e pacífica, onde os cenários de violência serão amenizados e os sujeitos pertencentes as escolas desenvolveram empatia e aceitação uns aos outros, promovendo assim uma cultura de paz social.

Dessa forma, friza-se uma novo olhar para a educação e a (re) ver os conflitos como uma forma de aprendizado para os envolvidos fomentando o diálogo e o respeito como pilares de uma sociedade educada e com os atores sociais ciente do seu papel.

5 REFERÊNCIAS

CUNHA, Pedro Fernando Santos e MONTEIRO, Ana Paula dos Santos. **Uma reflexão sobre a mediação escolar**. Ciências & Cognição 2016, Vol 21(1) 112-123. ISSN 1806-5821. Disponível em: http://www.cienciasecognicao.org/. Acesso em: 25 de Abril. 2018

MORRONE, Beatriz. Violência atinge 42% dos alunos da rede pública. Revista **Época**, 2016. Disponível em: https://epoca.globo.com/vida/noticia/2016/03/violencia-atinge-42-dos-alunos-da-rede-publica.html. Acesso em: 25 abril.2018

PEIXOTO, M. I. H. **Arte e grande público**: a distância a ser extinta. Campinas, SP: Autores Associados, 2003.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos escolares – uma proposta para a construção de uma nova mentalidade nas escolas**. Periódico UNIFOR, v. 9, n. 1, 2004. Disponível em: http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/751/1613. Acesso em 26 abril.2018.

WARAT, Luis Alberto. **A digna voz da majestade: Lingüística e argumentação jurídica, textos didáticos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Florianópolis: ALMED, 1998.

_____. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. Florianópolis: EModara, 2018.

_____. WARAT. O ofício do mediador I. **Surfando na pororoca**, v. 3. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.



AMICUS CURIAE E O DIREITO BRASILEIRO: Breve análise sobre o instituto perante o STF e sua técnica de controle de constitucionalidade

Patrícia Ribeiro de Lima Saurin[102]
Fernanda Vargas Pes[103]
Francielle Benini Agne Tybusch[104]

RESUMO: O presente artigo científico trata-se sobre um dos elementos impostos pelo novo código processual. O amicus curiae determina uma prática mais abrangente na práxis de assuntos ainda não resolvidos pelas decisões judiciais. No entanto, o instituto já fazia parte no direito processual brasileiro, porém, sua existência normatizada no ordenamento, é um dos pontos integrantes de inovações na seara processual, em todas as suas instâncias. Aborda-se a temática de sua origem, suas características e sua aplicação, além de uma breve análise do instituto perante o Supremo Tribunal Federal e sua técnica de controle de constitucionalidade nas ações originárias de sua competência originária. Assim, após o estudo é perfeitamente possível concluir, que o instituto já disposto em outras legislações é fator preponderante para julgar causar que os magistrados não têm o necessário conhecimento, e com a voz dos grupos, fica uma processo mais democrático, assegurado eficácia e segurança jurídica.

Palavras-chave: *Amicus Curiae*; Novo Código de Processo Civil; Segurança e eficácia jurídica.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo tem por finalidade analisar as definições e funções, além de esclarecer pontos ainda poucos discutidos sobre o instituto do *amicus curiae*. Pois, a partir do Novo Código de Processo Civil que passou a viger em nosso ordenamento jurídico, o *amicus curiae* passou a fazer parte do rol de intervenção de terceiros,

102 Bacharela em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - Câmpus Santiago/RS. E-mail : pati.i.i@hotmail.com
103 Bacharela em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Câmpus de Santiago/RS. E-mail: fernandavargaspes@hotmail.com
104 Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre pela Universidade Federal de Santa Maria, no Programa de Pós-Graduação em Direito, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global, linha de pesquisa Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Possui graduação em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões- URI/Santiago. Membro da equipe técnica da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito da Sociobiodiversidade (GPDS) da UFSM e do Grupo de Pesquisa em Direito, Risco e Ecocomplexidade da UNISINOS. E-mail: francielleagne@gmail.com

como uma nova modalidade que, na realidade já existia na pratica diária dos operadores do Direito.

Até então, doutrina abriu diversas discussões sobre a natureza jurídica desse “amigo da corte”, que aparecia em algumas leis esparsas geralmente chamado de “terceiro”. Mesmo depois de definido pelo legislador, algumas correntes divergem nessa questão.

Inicialmente o *amicus curiae* ocupava posição de neutralidade nas cortes, com o passar do tempo sua função foi se transformando já que não há como ocupar posição imparcial mesmo não tendo interesses pessoais na demanda, seu posicionamento favoreceria uma das partes, de qualquer forma direta ou indiretamente. Por isso, vale ressaltar que sua função é de prestar esclarecimentos técnicos específicos sobre matérias que o juízo não tem entendimento. Isso para que se possa chegar o mais próximo possível de uma decisão precisa e sensata. É preciso antes de julgar entender os vários pontos de qualquer tipo de matéria.

Por isso, essa “pseudo imparcialidade” deu lugar a um *amicus* interessado, porém não são interesses seus apenas, ou seja, se observou da necessidade de um posicionamento voltado a defesa do bem comum, da coletividade. Posicionamento esse que os outros institutos (nomeação à autoria,denunciação da lide,chamamento ao processo eassistência) não tomam. O *amicus curiae* entra como uma modalidade nova e importante para o ordenamento.

A entrada em vigor de um Novo Código trouxe não apenas o *amicus curiae* como inovação, trouxe também a inserção dos precedentes judiciais de forma diferenciada. É de grande valia para essa pesquisa entender e esclarecer a importância do *amicus curiae* na formação destes. Toda vez que o sistema jurídico se abre em busca de auxilio é uma forma de aproximação de novos elementos.

Esta pesquisa divide-se nos seguintes tópicos: no primeiro momento será exposta a parte histórica do instituto do *amicus curiae,* com uma breve exposição comparativa entre alguns países que o adotam, inclusive o Brasil. Após, serão esclarecidas as definição e funções. Logo, a exposição tratará sobre a figura do *amicus curiae* no Novo Código de Processo Civil Civil 2015, sendo de suma importância entender a classificação feita pelo legislador, onde esse instituto se localiza e do como se diferencia das demais intervenções. Por fim, tratar-se-á da

importância e colaboração do *amicus curiae* na formação dos precedentes, que se torna uma realidade no dia-a-dia do Sistema Jurídico Brasileiro.

A pesquisa se desenvolverá a partir da utilização dos seguintes parâmetros metodológicos: O método de abordagem será o dedutivo, pois partirá da teoria geral para casos específicos. Os métodos de procedimento serão histórico e comparativo, pois será realizado estudo sobre evolução do *amicus curiae* ao decorrer da história em diferentes países. Por fim, a técnica de pesquisa será a de documentação indireta, com base nas pesquisas em artigos científicos, livros, revistas jurídicas, sites e legislação.

2 O AMICUS CURIAE: Histórico e Origem

A verdadeira origem do *amicus curiae*é uma incerteza, porém, acredita-se que surgiu no Direito Romano, mas, foi a partir do Direito inglês, mais precisamente, na época Medieval que este instituto passou a se difundir nos ordenamentos jurídicos de outros países. Advindo do *consilium*[105]romano, que se tratava de um colaborador neutro dentro do processo, ele auxiliava o juiz com matérias que não dependiam apenas de conhecimento jurídico, ou seja, sua colaboração se dava através do conhecimento técnico sobre os mais variados assuntos. (BUENO, 2008)

No Direito Inglês, o *amicus curiae* opinava em causas que não envolvessem interesses governamentais, e tinha suas funções delimitadas pelos tribunais. Já no Direito Americano, ele surgiu como elemento de auxilio no direito privado. “Corrobora mencionar que foi nos estados Unidos, que o instituto assumiu maior *notoriedade”.* (MARTINS, p.120, 2012*)* Foi exatamente no Direito americano que o *amicus curiae* deixou de pertencer a uma posição neutra e passou a ter interesses analisados e aceitos.

No Direito Francês, o *amicus curiae* era detentor da informação técnica. Na verdade, assim como no Brasil, o Direito Frances não possuía esse instituto previsto em lei. “Recente orientação na França admite a participação do *amicus curiae*, em clara superação da aparente dificuldade de identificar sua função com a da

105 **Consilium:** conselho de amigos. (Martins, p. 120, 2012)

testemunha ou do perito". (DEL PRÁ, p. 33, 2011) Observa-se também, que o amicus curiae é aplicado tanto em ordenamentos jurídicos do *civil law*, como do *commom law106*. Cabe destacar que no Brasil é utilizado o sistema *civil law*, acreditando-se que a lei por si só é suficiente, porém com algumas ressalvas. "A história jurídica brasileira está construída sobre bases do civil Law, no qual o as normas ocupam espaço central". (FERRAZ, p.11, 2017). Realidade esta que vem se modificando a partir do Novo Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2015, pois trouxe consigo a formação de precedentes no sistema brasileiro.

O autor afirma em trecho de seu artigo que apesar de o Direito Brasileiro adotar o sistema *civil law,* a técnica de julgamento por sistema de precedentes já dava sinais desde a Constituição Republicana e que antes disso, em 1824 a Constituição Imperial criou o "Supremo Tribunal de Justiça" que mais tarde transformou-se em Supremo Tribunal Federal. (MARCATO, 2015).

A primeira aparição do *amicus curiae* no Direito Brasileiro se fez através da Lei n° 6.616/78 que trata sobre o mercado imobiliário e criou a Comissão de Valores Mobiliários107. Já no ano de 1999, entrou em vigor a Lei 9.868 que trata sobre o processo de julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o STF. Essa lei alterou tacitamente artigos do Código de Processo Civil através de seus dispositivos gerais e finais. Há pouco tempo, antes da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, a menção que era feita na lei brasileira sobre o amicus curiae encontrava-se na Resolução n° 390/2004 do Regimento Interno da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais.

Porém, em 2006 com a edição da Lei n° 11.418, foi acrescentado ao Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente na época, o artigo 543-A, onde seu parágrafo 6° abre a possibilidade da manifestação de um terceiro: "§6° O relator poderá admitir, na análiseda repercussão geral, a manifestação de um terceiro, subscrita por seu procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do

Supremo Tribunal Federal". Este artigo foi acrescentado juntamente com o artigo 543-B trazendo os novos requisitos para recurso extraordinário. Por isso, vale ressaltar que "o *amicus curiae* embora não seja considerado um dos primeiros dispositivos para a intervenção de terceiros no Supremo Tribunal Federal já é figura antiga no direito". (MARTINS, 2012, p.122).

Observa-se que o termo usado é "terceiro", sendo que o termo *amicus curiae* passou a ser expressamente usado pela legislação a partir do Novo código de Processo Civil de 2015.

3 DEFINIÇÕES E FUNÇÕES DO AMICUS CURIAE

Amicus curiae é uma expressão latina que significa *"amigo da corte"*. E como já foi mencionado, o *amicus curiae* teve suas funções transformadas ao longo da história e da difusão em diversos países, se manifestando em cada um deles conforme seus sistemas próprios de judiciário.

O *amicus curiae* é responsável por esclarecer pontos específicos ao juiz, pois trata-se de figura representativa de uma categoria específica da sociedade. Fredie Didier Jr. usa a expressão "verdadeiro auxiliar do juízo" para defini-lo. (DIDIER Jr, 2014). Esse auxílio poderá ser solicitado de ofício ou requerido por uma das partes, podendo ainda ser voluntário, ou seja, o terceiro poderá se dispor a intervir, desde que preencha os requisitos estabelecidos pelo Código de Processo Civil. Ele não se portará como auxiliar das partes e menos ainda a favor de um interesse próprio. "Sua participação é opinativa a respeito da matéria que é o objeto da demanda". (LEITE,2017, p.74). Mas, é de suma importância ressaltar que a participação desse elemento no processo proporciona decisões mais precisas, formuladas de forma mais técnica e sobre os mais diversos assuntos.

Antes do julgamento, o *amicus curiae* poderá ingressar há qualquer momento para esclarecer pontos daquela demanda. Não é incomum certa confusão com outros auxiliares do juízo. O doutrinador expõe no trecho abaixo justificativa do uso do *amicus curiae* como aprimoramento da tutela jurisdicional:

> A possibilidade de intervenção do amicus cureae justifica-se como forma de aprimoramento da tutela jurisdicional; reconhece-se que o magistrado não

> detém, por vezes, conhecimentos necessários e suficientes para a prestação da melhor e mais adequada tutela jurisdicional. (DIDIER JR, 2014, p. 428).

Pensando de forma mais ampla, pode-se afirmar que o instituto do *amicus curiae* é um elemento auxiliar da Constituição, agindo no sentido de ampliar a interpretação dos mais diversos temas.É possível observar sua presença em vários instrumentos constitucionais. Conforme o art. 1°, inciso II da CF, exercício da cidadania; o art. 5°, inciso IV da CF, o direito à livre convicção política e/ou filosófica; art. 1°, inciso V da CF, exercício dos poderes constitucionais diretamente pelo povo, entre outros. (LIMA, 2016, [s.p]).

Apesar de ser sujeito na relação processual, o *amicus curiae* não é parte no processo. Porém, a parcialidade em seu posicionamento é uma realidade, isto porque, mesmo não defendendo interesses próprios ou particulares ele defende interesses coletivos. Por isso, é um erro acreditar que há possibilidade de uma atuação neutra desse instituto, claro que, será neutra em relação aos seus interesses pessoais, porém, compromissada com o interesse da sociedade. “Ressalta-se, entretanto, que o interesse jurídico do *amicus curiae* é limitado ao campo social, econômico, político, moral, religioso etc (institucional), ou seja, vai além dos seus próprios interesses pessoais ou dos interesses das partes”. (CARVALHO; SILVA, p. 41, 2016).

Na visão de Cassio Scarpinella Bueno, o interesse do *amicus curiae* para atuar em juízo é jurídico, diferente de um assistente e de todas as outras formas de intervenção de terceiro, segundo o autor trata-se de um interesse jurídico “diferenciado”, porque é “previsto, agasalhado e tutelado”. (2008, s.p.).

Tão importante quanto o conceito, esclarecer quem pode exercer a função de *amicus curiae* é uma das finalidades desse artigo. Podem ser pessoas físicas, pessoas jurídicas, sindicatos, associações, ou seja, órgãos que tem por finalidade a proteção dos interesses sociais. Pode-se citar como exemplo de possível *amicus curiae* a Ordem dos Advogados do Brasil. Importante salientar que cada figura será utilizada conforme sua contribuição técnica e a necessidade de esclarecimentos.

4 O AMIGO DA CORTE NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

No dia 16 de março de 2015 foi publicado o Novo Código de Processo Civil Brasileiro sob o n° 13.105, entrando em vigor exatamente um ano após sua publicação oficial, trazendo muitos avanços para sistema jurídico brasileiro, inovações, como por exemplo, a formação de precedentes, maior ênfase e por consequinte, estimulo à resolução de conflitos através da conciliação e mediação e também presença da figura do *amicus curiae*. “Destinado, na visão do legislador projetista, a resolver parte substancial dos problemas que hoje interferem na administração e na distribuição da justiça”. (MARCATO, 2015 p.164).

Na exposição de motivos do anteprojeto do Novo CPC, a comissão de juristas escolhidos para elaboração do mesmo, se manifesta sobre a importância da presença do amicus curiae em nosso ordenamento jurídico da seguinte maneira:

> [...] levando em conta a qualidade da satisfação das partes com a solução dada ao litígio, previu-se a possibilidade da presença do *amicus curiae*, cuja manifestação, com certeza tem aptidão de proporcionar ao juiz condições de proferir decisão mais próxima às reais necessidades das partes e mais rente à realidade do país. (p.23, 2010)

O artigo 138 do novo Código traz expressamente o instituto do *amicus curiae*, no título III, seção III do capitulo V, classificado como mais uma espécie da intervenção de terceiros e com o seguinte texto:

> Art 138**:** O juiz ou relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.
> §1° A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargosde declaração e a hipótese do §3°.
> §2° Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae.*
> §3° O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Como menciona o próprio artigo de lei, a intervenção do *amicus curiae* não implica alteração de competência justamente pelo fato de este ser um auxiliarnão de uma das partes e sim do juízo, isto é, não possui poderes que são atribuídos as partes. Ainda, pertence ao juiz ou ao relator definir e delimitar seus poderes, no que

diz respeito às suas manifestações, variando a extensão de poderes atribuídos conforme a necessidade.

A oportunidade de recurso para o *amicus curiae* está nos embargos de declaração ena resolução das demandas repetitivas,respeitando as possibilidades do artigo 976 do CPC/2015. “Fora dessas duas hipóteses, ele não tem legitimidade recursal”. (RIOS GONÇALVES, 2016,p.267).

Também conforme o artigo 983, §1° se designado pelo relator, em audiência publica pessoas com experiências e conhecimento na matéria, com a finalidade de instruir os incidentes ainda se admite a participação do *amicus curiae* para a análise da repercuto geral em recursos extraordinários nos termos do Regimento Interno do STF segundo §4° do artigo 1.075 do CPC/2015.

4.1 Intervenção de Terceiro e o Amicus Curiae

Para que se possa entender melhor o conceito e finalidade do *Amicus Curiae*, é preciso esclarecer as definições de Intervenção de Terceiros e Assistência, ambos com suas respectivas espécies, pois estes são motivo de confusão. Entende-se como partes de um processo o réu e o autor formando os pólos passivo e ativo respectivamente. Por isso, não é possível que qualquer terceiro interfira ao menos que seja comprovado interesse e solicitada de forma voluntária.“Tendo em vista os vários corpos legislativos pátrios que preveem figuras semelhantes ao amicus curiae, os doutrinadores nacionais encontram certa dificuldade em conciliar suas características e natureza jurídica”. (CARVALHO; SILVA, , 2016, p.25).

Na visão de Eduardo Martins de Lima o instituto do *amicus curiae* é classificado de diversas maneiras no Brasil, desde auxiliar ao juízo, assistência qualificada, intervenção de terceiro, intervenção anômala e *sui generis* até mesmo interessado direto na demanda (2016, [s.p]).

Na oposição o terceiro que intervém busca defender interesse próprio que coincide com o que está sendo discutido; Na nomeação à autoria, o réu originário da lide é substituído pelo terceiro por ser este o réu que deveria estar no processo desde o princípio; Na denunciação da lide, o autor ou réu trazem um terceiro à lide como forma de denúncia. No chamamento ao processo, o terceiro é chamado pelo

réu para que juntos formem litisconsórcio no polo ativo. Já na assistência, o terceiro atua em prol de uma das partes e também de forma voluntária. Sendo classificada como: assistência simples, aquela em que o terceiro tem por finalidade no processo, que a parte que ele auxilia obtenha decisão favorável; Na assistência litisconsorcial existe uma relação entre o assistente e a parte contrária. (GONÇALVES, 2007, [s.p]). O *amicus cureae* encontra-se então na visão da autora como uma espécie de intervenção separada das demais, tendo por objetivo auxiliar no julgamento da lide.

Keila Aparecida dos Santos Martins no trecho abaixo esclarece que o instituto do *amicus curiae* não deve ser confundido com a assistência devido a diferença em suas funções:

> É válido lembrar que o *amicus curiae* surgiu como forma de auxílio à Corte no esclarecimento de questões fáticas e de direito, porém, com o passar do tempo, deixou de ser instrumento de um terceiro desinteressado, assumindo função mais comprometida. Com isso, sua função não pode ser igual à função do assistente. (2012, p. 121).

A questão de o *amicus curiae* ser ou não considerado intervenção de terceiro ou assistência ainda é divergente perante a doutrina, porém o legislador posicionou esse instituto como um tipo de intervenção de terceiro. Luis Guilherme Marinoni acredita que o *amicus curiae* não pode ser equipado a intervenções clássicas, justamente por ele não auxiliar as partes e sim o juízo. (MARINONI, 2015).

Não raro a assistência por meio de perito ser confundida com o *amicus curiae* e vice-versa, por isso, vale esclarecer que as funções de ambos são próximas, pois tanto um quanto outro fornece informações técnicas ao juízo. Enquanto o perito é auxiliar escolhido pelo juiz, o *amicus curiae* não é “pessoa de confiança” do juiz, não possui prazo para entrega de laudos além de, ambos também obedecerem a requisitos distintos inclusive. (CARVALHO; SILVA, 2016, [s.p]).

Algumas discussões mais relevantes e de repercussão social contaram com a presença do *amicus curiae*, como por exemplo, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 187, que tratou sobre a marcha da maconha, o relator contou com a colaboração do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e Associação Brasileira de Estudos sociais do Uso de Psicoativos. A discussão era sobre o artigo 287 do Código Penal Brasileiro que trata sobre a apologia ao crime e ao criminoso, noutro viés estava a livre expressão de pensamento e manifestação. O que foi

decido por unanimidade é que prevaleceu nesse caso a livre manifestação de opinião e de reunião.

Outra discussão de relevância social é a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510, que tratou sobre o as células tronco,aceitando a participação da CONECTAS DIREITOS HUMANOS como *amicus curiae.Vejamos o* despacho do Ministro Relator Celso de Mello:

> Admito, na condição de amici curiae, a Conectas Direitos Humanos e o CDH**,** eis que se acham atendidas,na espécie, as condições fixadas no art. 7º, §2º da Lei n.º9.868/99. (...)Impõe-se registrar, neste ponto, que razão de ser queprimordialmente justifica a intervenção do *amicus curiae*apóia-se na necessidade de pluralizar o debate em torno daconstitucionalidade ou não de determinado ato estatal, emordem a conferir maior coeficiente de legitimidadedemocrática ao julgamento a ser proferido pelo SupremoTribunal Federal, em sede de fiscalização normativaabstrata, consoante pude enfatizar em decisão que proferi,como Relator, na ADI 2130-MC/SC (DJU 02/02/2001)". (ADI 3510, p.5, 2005)

Oauxílio do *amicus curiae*tem relevância para o direito brasileiro, principalmente no que tange aos casos de repercussão social como os citados a cima. A participação de um auxiliar da corte enriquecerá a teses expostas e que serão bem melhor discutidas.

5 A IMPORTÂNCIA DO AMICUS CURIAE NA FORMAÇÃO DOS PRECEDENTES

Apesar de já existirem no sistema processual brasileiro e serem familiares aos operadores do Direito, os precedentes vem no Novo Código de Processo Civil como fonte primária nas decisões, com a finalidade de uniformizar a jurisprudência.Isso quer dizer que "o novo CPC torna obrigatório o respeito aos precedentes. A opção vem expressa e delimitada no art. 927". (FERRAZ, 2017, p.10).

No Brasil, como já mencionado anteriormente, adota-se o sistema *Civil Law* que é aquele que tem como fonte principal a Lei, porém existe elementos em nosso Sistema Jurídico que levam algumas correntes afirmar que existe um sistema mesclado em nosso país. Isso porque o sistema *Common Law* tem sua natureza em leis não escritas e baseadas no costume. Com a adoção dos precedentes, o sistema brasileiro se aproxima ainda mais do *Common Law.*"Pode-se afirmar que os

precedentes judiciais estão presentes em qualquer ordenamento, uma vez que são decisões proferidas em um processo com a possibilidade de influenciar outros casos semelhantes." (AMARAL, 2014, p. 75).

O precedente surge de uma decisão judicial que servirá como base de julgamento para outros casos semelhantes. Frisa-se que nem toda decisão se transformará em precedente e precisará respeitar critérios para que o possa.

O instituto do *amicus curiae* tem papel fundamental na formação dos precedentes, tanto por fornecer informações que tornam as decisões judiciais mais precisas quanto na abertura do sistema para maior participação da sociedade. "Ressalta-se ainda, que no sistema *common law* a importância do *amicus curiae* aumenta sobre maneira, tendo em vista a força abrangente e vinculante dos precedentes judiciais (stare decisis)". (CARVALHO; SILVA, 2016, p. 19).

De outro lado, Luiz Guilherme Marinoni defende a idéia de que o sistema *common law* e a formação de precedentes não podem ser confundidos com o *stare decisis*, justamente porque o sistema de precedentes e o *stare decidis* são recentes enquanto o *common law* existe e vem se aprimorando há alguns séculos(2016, s.p)

Felipe Marinho Amaral faz o uso das palavras de Antonio Adonia Aguiar Bastosno seguinte trecho, para elucidar a participação de um terceiro na formação do precedente:

> Insta salientar que na formação de um precedente com eficácia vinculante ou persuasiva, a participação de terceiros, de entidades representativas, do *amicus curiae* contribuem para a formação de um posicionamento mais estável com a exposição de teses, com a representação de interesse de uma parcela da sociedade. (AMARAL apud BASTOS, p.186, 2012)

Na visão do autor, independentemente do tipo de eficácia do precedente (vinculante ou persuasivo), o papel do terceiro é de suma importância. A título de esclarecimento, o precedente vinculante ou obrigatório é aquele onde o juízo não pode decidir de forma diferente do Tribunal Superior a ele, da mesma forma que este não pode revogar decisão do primeiro. Esse tipo de precedente dá origem á uma norma aplicável e não só soluciona os conflitos entre as partes. O Tribunal poderá se afastar desse precedente se tiver motivos bem justificados que o ampare. Já em caso de precedente persuasivo, o juiz não é obrigado a segui-lo a não ser que esteja seguro de sua aplicação.

Para Eduardo Martins de Lima, as decisões que tiveram um processo aberto ao auxílio do *amicus curiae* tornam-se muito mais democráticos, vejamos:

> A inserção do *amicus curiae* nessa vertente de interpretação do Direito harmonizado com a moral seria mais uma forma de legitimação das decisões com a participação de pessoas jurídicas ou naturais que incluídas na preparação do provimento estatal, o ornam, ainda mais, democrático. (2016, p.23).

Sendo assim, o uso de um instituto processual que aproxime o processo da realidade daquela que necessita dele, a sociedade, atendendo suas necessidades e conflitos de forma mais esclarecida fará com que o sistema jurídico seja mais efetivo, democrático e condizente com as vontades e princípios fundamentais da nossa Carta Magna.

6 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A APLICABILIDADE DO AMICUS CURIAE

O processo constitucional brasileiro começou a ser iniciado pós 1988, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil. A partir deste fato, muitas inovações trazidas pelo legislador constituinte implementaram inúmeras normas de proteção a coletividade.

Os direitos e garantias fundamentais expressos no sistema jurídico nacional, são conquistas de séculos anteriores, devido a muitas atrocidades praticadas a grupos vulneráveis, por aqueles que detinham mais recursos e o poder em suas mãos.

O desejo de ter para si tamanha ambição e dominar a todos, com seus ideais maníacos, foi o ápice de várias violações contra o indivíduo. Pode-se citar como exemplo, a Segunda Grande Guerra, na qual milhões de pessoas foram exterminadas e, além de submissões a atividades degradantes.

Esses fatos, acordaram os países para uma união para que as práticas cometidas não fossem realizadas, com o intuito de poder, pois todos éramos e somos partes de uma mesma espécie. O reconhecimento como cidadãos de direitos e deveres foram redigidos, em 1948, pela Organização das Nações Unidas, sendo

denominada Declaração Universal dos Direitos Humanos, com os princípios basilares de liberdade, igualdade e fraternidade.

No Brasil, após a época de mudanças profundas no contexto histórico-político, em especial, a imposição da ditadura civil, e a restrição dos direitos humanos e fundamentais à sociedade, muitos abusos e omissões foram praticados.

A redemocratização do país, em torno de 1985, deu- se um novo modo de pensar e agir. Pensando nisso, o legislador trouxe a nova Carta Magna institutos de direitos e garantias fundamentais, primeiramente, e após a organização do Estado:

> No caso brasileiro, a preocupação do Texto Maior em dar a devida importância à matéria é nítida e pode ser percebida logo no preâmbulo constitucional – que demonstra o propósito de se instituir um "Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança"-, bem como nas demais normas que apresentam os direitos fundamentais [...] (MASSON,2012, p. 43).

A proteção dos direitos e garantias fundamentais no ordenamento jurídico significou uma atenção específica aos princípios fundamentais a um Estado Democrático e a sociedade.

Para combater lesividade e omissões a leis infraconstitucionais em relação a Constituição Federal, as ações constitucionais foram recepcionadas para tal finalidade para julgamentos na Suprema Corte. Os procedimentos adquiridos no Estado brasileiro para os ritos de decisões de controle judicial, a primeira adoção foi com a concepção norte-americana, denominada controle difuso. Esta metodologia fundamenta-se:

> É exercido nos casos concretos a serem resolvidos pelo Poder Judiciário no desempenho comum de sua típica função jurisdicional, na qual se controla a constitucionalidade de modo incidental – portanto prejudicialmente ao exame de mérito – gerando efeitos tradicionalmente intitulados de *inter partes* (MASSON,2012, p.359).

O controle difuso é estabelecido contra atos normativos ou leis infraconstitucionais vigentes ou não, perante qualquer juízo ou Tribunal, fundamentando-se na sua inconstitucionalidade do pedido.

Já, a admissão no procedimento constitucional aconteceu com sistema do controle concentrado. Este método surgiu na Áustria, em 1920, com o jurista Hans Kelsen, consolidado no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição de 1946, até os dias atuais (MASSON, 2012, p.366).

O controle concentrado consiste na “Corte Constitucional analisa se um ato normativo em tese contraria ou não a Constituição” (MASSON, 2012, p. 367). Neste processo objetivo, sem dilação probatória, a decisão do julgado gera efeitos vinculantes e *erga omnes*, ou seja, para todos. Os dois modelos de controle constitucional são aceitos pela jurisprudência e pela doutrina, sendo, na práxis, aplicados os dois modelos.

A partir deste momento constitucional, o legislador iniciou a regulamentação das ações do controle concentrado: a Ação Direita de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O “amigo da corte”, antes de sua normatização no atual código de processo civil, já estava relacionado na codificação de processamento e julgamento das ações de controle concentrado, Lei número 9.868/99.

No artigo sétimo, caput, do referido dispositivo, é disciplinado que não haverá “intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade” (BRASIL, 1999). Entretanto, poderá ser admitida entidades de classes ou representantes, conforme a relevância da matéria, por decisão irrecorrível, para discussão de determinado tema analisado, segundo parágrafo segundo, do artigo.

A abertura do instituto a Ação Direta de Inconstitucional, é um dos grandes marcos no processo objetivos, para discussões de matérias polêmicas. Porém, em outras ações constitucionais perante o Supremo Tribunal Federal, não é aceito o *amicus curiae*. Veja-se nos casos da Ação Declaratória de Constitucionalidade:

> A problemática se apresenta, à medida que ambas as ações são dúplices, ou seja, são ambivalentes, sendo que logicamente a procedência de uma implica a improcedênciada outra. Nesse passo a jurisprudência da Excelsa Corte já vem se consolidando, isso porque entendem os Ministros que “...os legitimados para as ações e os efeitos da decisão passaram a ser os mesmos. A única diferença ainda existente está no objeto da ADC (ação declaratória de constitucionalidade), que continua sendo exclusivamente a lei federal, diferentemente da ADI (ação direta de inconstitucionalidade), que tem por objeto tanto lei federal como lei estadual e a distrital de natureza estadual” (Info.289/STF) (VOLPIN; SOUZA, 2008, s.p).

Já, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, Lei número 9.882/99, é verificado nos seus acórdãos:

> [...] excepcionalmente, e com as ressalvas já expostas, configuradas as hipóteses de cabimento, o STF vem admitindo a intervenção do amicus curiae. Para demonstrar esse posicionamento que paulatinamente vem se estabelecendo na Corte, encontramos relevante voto do Ministro relator Eros Grau, no julgamento da ADPF73/DF, em que aceitou a figura do amicus curiae, in verbis": "DECISÃO: (PET SR-STF n° 87.857/2005). Junte-se. 2. A conectas Direitos Humanos requer sua admissão na presente ADPF, na condição de amicus curiae (parágrafo 2°. do artigo 6°. da Lei n° 9.882/99); 3 . Em face da relevância da questão, e com o objetivo de pluralizar o debateconstitucional, aplico analogicamente a norma inscrita no parágrafo 2°. do artigo 7°., da Lei n° 9.868/99, admitindo o ingresso da peticionaria, na qualidade de amicus curiae, [...] (VOLPIN; SOUZA, 2008, s.p).

Nota-se que a aplicação perante a Suprema Corte é desenvolvida segundo os parâmetros democráticos estabelecidos, sob a proteção da segurança e eficácia jurídica em suas jurisprudências. Além disso, as manifestações do procedimento do *amicus curiae* na Corte, aconteceu na modalidade escrita, e sua atuação na sistemática processual foi fundamental, visando "uma perspectiva pluralista,conformadora da realidade social, viabilizando a efetivação do exercício pleno da cidadania edo acesso à justiça" (CARVALHO, 2012, p. 18).

Já, em 2003, os ministros alteraram seu entendimento para que manifestações acontecessem pela via oral, desde que os representantes estivessem habilitados ao processo em tramitação do litígio (CARVALHO, 2012, p.19).

Outro fator importante, é a relação do Judiciário com os grupos representativos da sociedade, pois com as portas abertas, a abertura para esclarecimento de matérias, a qual os magistrados não têm o necessário conhecimento para decidir (CARVALHO, 2012, p. 22).

Devido aos fatores expostos, o Estado Democrático juntamente com as suas instituições ganha força para decidir a melhor decisão em consonância com a expectativas da população:

> O alargamento dos valores a serem considerados na sociedade contemporânea enaltece aimportância do "amigo na Corte" no processo de jurisdição constitucional, mas impõe-lhe o dever de atuação em conformidade com os interesses da sociedade e não em favor de pretensões corporativas e/ou particulares(CARVALHO, 2012, p.24).

Assim sendo, a valorização do *amicus curiae* no ordenamento jurídico não é novidade, mas sua atuação, na prática, deve enaltecer as decisões dos magistrados em assuntos polêmicos e desconhecidos da vida forense.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo sistema jurídico tem por dever se atualizar conforme o decorrer da história da sociedade, quando alguns aspectos e instituído já não estão acompanhados as necessidades sociais é hora de renovar. A lei brasileira vai se adaptando e se emendando parra a tentativa de acompanhar as necessidades sociais que chegam ao judiciário nas diversas demandas. Quando um sistema todo precisa ser analisado e reformado é hora das mudanças. Foi assim como o código de Processo Civil e com tantos outros.

Dentre as mudanças e novidades do código novo, esta a figura do *amicus curiae,* um elemento já encontrado em leis esparsas com o nome de “terceiros” mas sua história nos sistemas jurídicos de vários países já é antiga. Embora não se tenha a certeza de onde exatamente surgiu o *amicus curiae*, existe uma corrente de doutrinadores que afirmam que ele é o divino do Direito Romano, outra corrente doutrinaria afirma que o nascimento do *amicus curiae* cedeu no Direito Inglês. O que nos vem ao caso realmente é que a sua função é de auxilio e desde estes tempos primórdios ele serve de orientar sobre os mais diversos temas técnicos o Juiz, vem daí o termo “amigo da corte”.

No decorrer da história, no passar de um país para outro e conforme cada sistema foi definida sua função.No Brasil adota-se *amicus curiae* como auxiliar do juízo, porém, impossível de exercer função neutra, sendo desprovido de interesses pessoais na demanda. Já que seu interesse é de completo compromisso com a sociedade. Por isso, seus conhecimentos técnicos são utilizados com forma de enriquecer as decisões. Cabe lembrar, que o juiz decide sobre as mais variadas temáticas, porem, nem todas são proporcionadas em forma de aprendizagem técnica num curso de Direito.

Ainda cabe salientar que, o *amicus curiae* tem diferenciais a respeito do perito, por exemplo, a começar pelas oportunidades recursais o tipo de conteúdo pelo qual foi chamado ao processo. Poderá o "amigo da corte" ser solicitado pelo juiz (de ofício), por uma das partes ou ainda, se o próprio entender que a demanda necessita de maiores esclarecimentos e sua experiência for útil, sempre em defesa do bem comum, assuntos de relevância a sociedade.

Passados os conceitos e funções, o Novo Código de Processo Civil trouxe o instituto do *amicus curiae* classificados como intervenção de terceiros. As discussões doutrinarias persistem, mas a partir desse código tornou-se nova modalidade de intervenção.

Além do "amigo da corte" expresso em lei, o novo Código trouxe mais uma novidade quando tornou obrigatório a formação de precedentes judiciais. Procedentes são aquelas decisões que deram origem a decisões a semelhantes. É uma tentativa de julgar igual o que é igual.

Por isso, o *amicus curiae*, na posição de auxiliar na formação de conhecimentos técnicos e novas teses tem importância considerável na formação desses procedentes. Visto que as decisões mais técnicas e precisas formam procedentes mais fortes e úteis à sociedade.

Por todo exposto, conclui-se que a abertura do sistema jurídico a figuras que auxiliam nas decisões e primam pelo lado social da demanda leva a democratização de processo satisfação da sociedade e a afirmação dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. rev. Atual e ampla. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BRASIL. Lei número 9.868/99. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Publicada no Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

BUENO**, Cassio Scarpinella. *Amicus Cureae* no Processo Civil Brasileiro: um terceiro enigmático.** 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO E SILVA, Fernando Gabriel. **Amicus Cureae no Novo Código de Processo Civil**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CARVALHO, Camilo de Oliveira. A função do amicus curiae no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. In: XXI Encontro Nacional do CONPENDI**, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia–MG, 2012. Disponível: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b265ce60fe4c5384> Acesso em 07 maio. 2018.

DEL PRÁ, Carlos Gustavo Rodrigues. **Amicus Curiae: instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2011.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento.** Salvador: Vol.1, 16.ed. Jus Podivm, 2014.

_____. _____. **Novo Código de Processo Civil: comparativo com o código de 1973.** Salvador: ed. Jus Podivm, 2015.

FERRAZ, Taís Schilling. **Os desafios do modelo brasileiro de precedentes.** Revista Jurídica Síntese: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 65, n° 473, Março de 2017.

GALIO, Morgana Henick. **História e formação dos sistemas CIVIL LAW e COMMOM LAW: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas.** Disponível em <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8> Acesso: 07 maio.2018.

GONÇALVES, Carla Meneghetti**. A intervenção do assistente e a do Amicus Cureae.** Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 21 de junho de 2007, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito da Pontíficia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado, com grau máximo.

LEITE, Gisele. **Considerações sobre o *Amicus Cureae* em face do NCPC.** Revista Síntese Direito civil e Processo Civil. Vol. 18. Ano XVIII. N° 16 – Mar-Abr 2017.

LIMA, Eduardo Martins de. **O instituto do amicus curiae e o direito brasileiro.** XXV Encontro Nacional do CONPEDI – Brasília/DF. Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça III, 2016.

MAGALHÃES, Rafael Geovani da Silva. **"Amicus cureae": origem histórica, natureza jurídica e procedimento de acordo com a Lei n°. 9.868/1999.**

MASSON, Nathalia. **Direito Constitucional,** v.14, Coleção OAB, Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012

MARCATO, Antonio Carlos. **Os Precedentes e o Novo CPC**. Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil. V.13, n. 97, set/out. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme.**Precedentes Obrigatórios.** 5 ed. rev. atualizada e ampliada.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 201.

MARTINS, Keila Aparecida dos Santos. **O Amicus Cureae como expressão de democracia constitucional: perfil e evolução do instituto.** Ciências Sociais Aplicadas em Revista – UNIOESTE/MCR – v. 12 – n. 23 – 2° sem. 2012 – p. 119 a 137.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Direito Processual Civil Esquematizado. 8 ed. São Paulo:Saraiva, 2017.

SOUSA, Douglas Cavallini de; VOLPIN, Lucas Rodrigues. A figura do amicus curiae no controle de constitucionalidade brasileiro à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **In: Revista Eletrônica Âmbito Jurídico.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5032> Acesso em 07 maio. 2018.

SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **O amicus cureae no (novo) processo civil brasileiro.**Disponível em: <https://www.facha.edu.br/pdf/revista-direito-1/direito1_ARTIGO1.pdf >Acesso em: 10 de junho de 2017.



A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE E A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº. 566.471

Larissa Siqueira de Oliveira[108]
Cristiane Menna Barreto Azambuja[109]

RESUMO: A judicialização do direito à saúde é uma temática que há longínqua data vem sendo estudada. Isso porque os dados indicam que o número de ações judiciais que buscam medicamentos crescem de maneira exponencial. Em 2007, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral quanto à obrigatoriedade do Poder Público fornecer medicamentos de alto custo. O propósito deste artigo é analisar os dados já publicados sobre a judicialização da saúde, explorar a repercussão geral e o porquê de seu reconhecimento no recurso extraordinário nº 566.471 e, ainda, refletir se o julgamento do mencionado recurso ensejará uma redução da judicialização do direito à saúde. Portanto, ao final, pretende-se responder o questionamento: A repercussão geral, na hipótese dos medicamentos de alto custo, conduzirá a uma diminuição do número de ações de medicamentos? O método utilizado será o indutivo, onde, por meio da indução, chega-se a conclusões prováveis. Dois são os resultados possíveis para o problema. O primeiro, de que a repercussão geral ensejará uma redução da judicialização do direito à saúde, a partir do momento em que, com o julgamento do recurso extraordinário, a decisão passará a ser observada pela Administração Pública e, em havendo o fornecimento dos medicamentos administrativamente, não se falará em judicialização. O segundo, de que a repercussão geral não diminuirá o número de ações de medicamentos, haja vista que, diante da impossibilidade de atender a todos, o Poder Público continuará não fornecendo os medicamentos administrativamente, não restando alternativa ao cidadão, que não se socorrer do Poder Judiciário, para garantir seu direito. Diante da pesquisa, tem-se que a repercussão geral, por si só, não será suficiente para reduzir a judicialização do direito à saúde. Outras medidas são necessárias. O que pode ocorrer, diante da natureza da própria repercussão geral, é apenas a redução do número de recursos.

Palavras-Chave: Judicialização; Saúde; Repercussão geral; Recurso extraordinário; Alto custo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Depois de anos de ditadura militar, o Brasil alcançou a sua redemocratização, tendo como símbolo deste novo momento a promulgação da Constituição Federal de 1988. Essa Constituição, dita cidadã, destacou-se em relação às anteriores, por trazer em seu bojo um considerável elenco de direitos fundamentais. Dentre esses direitos, o direito à saúde.

[108]Acadêmica do Curso de Direito da URI – São Luiz Gonzaga. Bolsista do PIIC/URI. Estagiária do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Comarca de São Luiz Gonzaga. E-mail: lari.siqueira.oliveira@gmail.com
[109]Mestra em Direito pela UFRGS. Especialista em Direito Público pela PUCRS. Graduada em Direito pela UFN. Coordenadora e Docente do Curso de Direito da URI – São Luiz Gonzaga. E-mail: cristianeazambuja@saoluiz.uri.edu.br

Ocorre que os Poderes Executivo e Legislativo, precipuamente o primeiro, não vem logrando êxito em fazer cumprir as normas referentes ao direito à saúde. Como consequência disso, os cidadãos veem no Poder Judiciário a última alternativa para a efetivação de seu direito. Surge, então, a judicialização da saúde.

Dentre as inúmeras problemáticas abrangidas pela judicialização da saúde, a questão dos medicamentos de alto custo vem sendo há longa data visualizada em processos judiciais. De um lado, a Administração Pública, em grave crise econômica, asseverando que não possui condições de fornecer um medicamento de alto custo para um, em detrimento de tantos outros pedidos. De outro lado, o cidadão, em seu maior momento de fragilidade enquanto pessoa, na busca pela cura ou por uma sobrevida.

A questão é complexa e, diante da sua relevância, entendeu-se por bem em desenvolver a presente pesquisa. Também o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância da temática ao reconhecer a repercussão geral no recurso extraordinário nº 566.471, que trata do fornecimento de medicamentos de alto custo não disponíveis na listagem do Sistema Único de Saúde – SUS.

A repercussão geral é um instrumento novo no ordenamento jurídico brasileiro.Ela tem, dentre as suas finalidades, a intenção de uniformizar a interpretação constitucional, sem exigir que o Supremo Tribunal Federal – STF – decida inúmeros casos iguais acerca de uma mesma questão constitucional.

Assim, com o presente trabalho pretende-se responder ao seguinte questionamento: A repercussão geral no recurso extraordinário nº 566.471 conduzirá a uma redução da judicialização da saúde? Para alcançar tal intento, serão examinados, em um primeiro momento, alguns dados já publicados sobre a judicialização da saúde. Depois, será estudado o instrumento da repercussão geral e o seu reconhecimento no recurso extraordinário nº 566.471. E, ao final, será proposta a reflexão se o julgamento do referido recurso ensejará ou não uma redução da judicialização da saúde.

Registre-se, por fim, que a presente pesquisa integra o programa PIIC/URI, tendo tido seu início no último dia 1º de agosto. Trata-se, portanto, de pesquisa ainda em andamento.

2A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Cada vez mais ganha espaço, no mundo jurídico, a discussão acerca da judicialização da política. A política é judicializada, a partir do momento em que passa a se valer de métodos tipicamente jurídicos na solução de controvérsias de cunho político.Isso pode ocorrer em duas situações: a primeira delas, quando da possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas na órbita dos Poderes Executivo e Legislativo; a segunda delas, quando da adoção de procedimentos tipicamente judiciais no âmbito do Poder Executivo e Legislativo (CIARLINI, 2013).

Parece ser na primeira das situações que se enquadra a judicialização do direito à saúde. Ocorre quando o Poder Executivo, via de regra por meio de suas Secretarias da Saúde, nega o fornecimento de um medicamento ao cidadão e este, necessitado da providência solicitada, vê no Poder Judiciário a última opção para alcançar a efetivação do seu direito à saúde.

Sabe-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui entendimento pacífico no sentido da desnecessidade de esgotamento da via administrativa para a propositura de ação judicial. Nesse sentido, a título de exemplo, o julgado nas apelações nº 70076658442 e nº 70075812412. O argumento é o de que o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal prevê o acesso à justiça, sem estabelecer qualquer restrição. Ainda, de que o interesse de agir não fica condicionado ao prévio pedido administrativo, na medida em que, em sendo necessário o processo judicial, certo é que existe uma pretensão resistida.

Ainda assim, em muitas das ações judiciais que postulam o fornecimento de um medicamento, sobretudo aqueles que ainda não foram incluídos nas listagens do Sistema Único de Saúde – SUS - tem-se a negativa administrativa. Dessa forma, configurada a judicialização do direito à saúde.

Conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, extraídos do Relatório Justiça em Números, em 2014 foram cadastrados 97.196 novos pedidos de fornecimento de medicamentos. No ano seguinte, 2015, foram cadastrados 104.134 novos pedidos. E, por fim, em 2016 foram cadastrados 110.817 novos pedidos de fornecimento de medicamentos (2017). Tais dados demonstram o crescimento exponencial de novas ações buscando o acesso ao direito à saúde.

Diante disso, pergunta-se: a judicialização do direito à saúde vem, efetivamente, conferindo efetividade ao mesmo? Para além disso, será que ela está resolvendo a problemática da saúde no Brasil?

A resposta para a primeira questão pode ser positiva. Entretanto, certo é que a efetividade fica limitada àqueles que se socorrem do Poder Judiciário. Outros tantos que não fazem uso do seu direito de acesso à justiça ficam sem os medicamentos que necessitam. Enquanto isso, a resposta para a segunda questão, sem dúvida, é negativa. A problemática de fundo não resta resolvida por meio da judicialização da saúde. Nesse particular, uma atuação dos Poderes Executivo e Legislativo seriafundamental, de modo a fazer cumprir a Constituição Federal[110].

Nas palavras de Konrad Hesse, o que falta é o poder e a vontade para a Constituição, haja vista que ainda que a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. Ao assim proceder, a Constituição transforma-se em força ativa, a partir do momento em que tais tarefas forem efetivamente concretizadas (1991).

No mesmo sentido, questiona-se qual deve ser o foco do direito à saúde. A busca individualizada de medicamentos ou a formulação das políticas públicas de saúde? Antônio José Avelãs Nunes e Fernando FacuryScaff referem que

> [...] diversamente do que estabelecem várias decisões judiciais, entendo que o direito à saúde não é um direito que deva ser compreendido individualmente, mas deve sê-lo de maneira compreensiva ao *bem comum*, às efetivas e reais *condições de possibilidade* para uma existência de todos em sociedade. Esta afirmativa *não* implica dizer que *é vedado o uso de ações individuais* em busca de direitos individuais. Certamente não é isso. Impedir este tipo de comportamento seria um entendimento autoritário, que infringiria a própria Constituição em vários dos direitos fundamentais nela inscritos. O que afirmo é que o uso individual das ações judiciais não implementa o direito à saúde previsto no art. 196 como um direito social, sendo desta forma desfocado seu objeto, necessariamente *prosocietatis*, em *pro individuo* (2011, p. 131).

Registre-se que não se está aqui a negar o direito do cidadão de buscar, ainda que individualmente, a concretização do seu direito à saúde. No entanto, não

[110]A Constituição Federal, em seu art. 6º, que cuida dos direitos sociais, assegurou o direito à saúde, dentre outros. Não bastasse isso, o art. 196, que trata da ordem social, prescreveu o direito à saúde e o dever do Estado, sem qualquer limitação ou restrição.

se pode desconsiderar que a saúde pública no Brasil requer maior atenção governamental.

Levando em conta a inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, o próprio Poder Judiciário vem buscando alternativas para a redução da judicialização, precipuamente junto ao Supremo Tribunal Federal – STF. Dentre as medidas já adotadas, possível citar a súmula vinculante, o processo eletrônico e a repercussão geral.

3 REPERCUSSÃO GERAL

Na seara constitucional, a repercussão geral foi introduzida pela Emenda Constitucional 45/2004. O artigo 102, §3º da Constituição Federal prevê que:

> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:
> [...]
> § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Do texto depreende-se que existem dois elementos constitucionais centrais no manejo da repercussão junto ao Supremo Tribunal Federal. O primeiro refere-se ao ônus do recorrente em demonstrar a repercussão geral. Em não se desincumbindo desse ônus, o recorrente não terá sequer a admissibilidade do recurso examinada. O segundo diz respeito ao quórum mínimo de dois terços para a recusa do recurso extraordinário por ausência de repercussão geral. Esse quórum qualificado advém da preocupação que nossa tradição recursal tem com o acesso ao Judiciário (COELHO, 2016).

No plano infraconstitucional, a Lei 11.418/2016 foi quem regulamentou a repercussão geral. Essa lei acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 1973 (com equivalente no artigo 1.035 do Código de Processo Civil de 2015), a fim de regulamentar o artigo 102, §3º da Constituição Federal. Preceitua o artigo 1.035 do Novo Código de Processo Civil que:

> Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.
> § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.
> § 2º O recorrente deverá demonstrar a existência de repercussão geral para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.
> § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que:
> I – contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal;
> II – (Revogado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016);
> III – tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal.
> § 4º O relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.
> § 5º Reconhecida a repercussão geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional.
> § 6º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice presidente do tribunal de origem, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.
> § 7º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 6º ou que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos caberá agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016)
> § 8º Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica.
> § 9º O recurso que tiver a repercussão geral reconhecida deverá ser julgado no prazo de 1 (um) ano e terá preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.
> § 10. (Revogado pela Lei nº 13.256, de 04.02.2016).
> § 11 A súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no diário oficial e valerá como acórdão.

De um lado, o referido dispositivo legal preservou alguns termos que já estavam no Código de Processo Civil anteriormente em vigor. São eles: a indicação dos elementos para aferição da repercussão geral - §1º; o ônus do recorrente de demonstrar a ocorrência de repercussão geral, para apreciação exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal - §2º; a admissão de *amicicuriae*, pelo relator - §4º; a negativa de trânsito, na origem, dos recursos extraordinários sobrestados quando não reconhecida a repercussão geral - §8º e, ainda, a divulgação da ata em que

constar a súmula da decisão sobre repercussão geral pelo Diário Oficial com sua equiparação a acórdão - §11 (BUENO, 2017).

De outro lado, o mesmo dispositivo legal apresentou importantes novidades. Vejamos: a suspensão dos processos individuais e coletivos, alcança todo o território nacional - §5º; a possibilidade de formular, perante o tribunal de origem, pedido de exclusão e imediata inadmissão dos recursos intempestivos do sobrestamento – §6º -, decisão esta sujeita ao agravo interno - §7º e, também, o dever de o recurso extraordinário com repercussão geral ser julgado no prazo de um ano, tendo preferência sobre os demais casos, observadas as exceções que indica - §9º (BUENO, 2017).

O §10 do já mencionado dispositivo, que previa a cessação da suspensão dos processos em geral, caso o prazo do parágrafo anterior fosse ultrapassado, foi expressamente revogado pela Lei 13.256/2016. E, por fim, o §3º teve o seu inciso II, que previa o julgamento de casos repetitivos, igualmente revogado pela Lei 13.256/2016 (BUENO, 2017).

A doutrina define a repercussão geral dizendo que se trata daquela que se origina de questões que extrapolam os interesses subjetivos do processo, por envolver controvérsias que vão além do direito individual (THEODORO JUNIOR, 2018). No mesmo sentido, afirmando que cuidam de questões constitucionais que servem de fundamento a demandas múltiplas, em que diversos demandantes fazem pedidos semelhantes, baseados na mesma tese jurídica (DIDIER JR; CUNHA, 2018).

Essa, a repercussão geral no ordenamento jurídico brasileiro. Dito isso, importante que uma delimitação da temática seja feita, de modo a apreciar como se deu a repercussão geral no recurso extraordinário nº 566.471.

4 A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471

Em 24 de outubro de 2007, o Ministro Marco Aurelio admitiu a repercussão geral articulada nos autos no recurso extraordinário nº 566.471 e submeteu a matéria à deliberação dos demais integrantes da Corte Suprema. Na ocasião, assim manifestou-se o Ministro:

> O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte desproveu apelação assentando a obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento de alto custo. Este tema tem-se repetido em inúmeros processos. Diz respeito à assistência do Estado no tocante à saúde, inegavelmente de conteúdo coletivo. Em outras palavras, faz-se em jogo, ante limites orçamentários, ante a necessidade de muitos considerada relação de medicamentos, a própria eficácia da atuação estatal. Em síntese, questiona-se, no extraordinário, se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de uso costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Aponta-se a transgressão dos artigos 2º, 5º, 6º, 196 e 198, § 1º e § 2º, da Carta Federal. Impõe-se o pronunciamento do Supremo, revelando-se o alcance do texto constitucional (2017).

Em 03 de dezembro do mesmo ano, à unanimidade, os Ministros reconheceram a repercussão geral na hipótese. A decisão foi publicada no dia 07 de dezembro.

O julgamento do mérito do recurso extraordinário nº 566.471, por sua vez, teve início no dia 15 de setembro de 2016. O seu relator é o Ministro Marco Aurelio. O Ministro Teori Zavascki sugeriu a inclusão no julgamento do recurso extraordinário nº 657.718, haja vista que com matérias correlatas. A sugestão foi acolhida. O Ministro Marco Aurelio passou, então, ao relatório dos recursos.

No primeiro, a questão cuida do fornecimento de medicamentos de alto custo. O Estado do Rio Grande do Norte demonstrou inconformismo com decisão do seu Tribunal de Justiça, que determinou o fornecimento de medicamento de alto custo. O Estado fez referência ao orçamento e a necessidade de atendimento do bem maior – atendimento linear de todos casos. Não foram apresentadas contrarrazões. O Supremo reconheceu a repercussão geral. O Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso. Foram admitidos *amicus curiae*. No segundo, a questão trata da possibilidade ou não de compelir o Estado a fornecer um medicamento não registrado na ANVISA. O Ministério Público opinou pela não conhecimento e, sucessivamente, pelo desprovimento do recurso.

Postos os argumentos, passou-se ao julgamento do mérito do recurso extraordinário. Até o momento, proferiram seus votos o Ministro Relator Marco Aurelio e os Ministros Luis Roberto Barroso e Edson Fachin. Pediu vista o Ministro

Teori Zavascki. Com a morte do Ministro Teori, o julgamento aguarda prosseguimento. Os votos dos Ministros serão objeto da continuidade da pesquisa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o esposado, retoma-se o questionamento inicial, que deu ensejo à pesquisa. A repercussão geral no recurso extraordinário nº 566.471 conduzirá a uma redução da judicialização da saúde?

O encaminhamento que vem sendo dado ao julgamento do mérito do recurso extraordinário nº 566.471 indica que os Ministros irão resguardar apenas para situações excepcionais a obrigatoriedade do Estado, por meio de decisão judicial, fornecer medicamentos eventualmente postulados. É possível, inclusive, que critérios sejam estabelecidos para definir quando tais situações excepcionais ocorrerão.

Diante disso, parece certo que a repercussão geral, por si só, não será suficiente para reduzir a judicialização do direito à saúde. Isso porque a questão de fundo, qual seja, a deficiência na prestação do direito à saúde continuará presente. E, diante da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo, continuará o cidadão buscando no Poder Judiciário a efetivação de seu direito.

O que haverá de ocorrer, como decorrência lógica do próprio instituto da repercussão geral, é a redução do número de recursos junto à Corte Suprema. Isso porque, uma vez constatada a existência de repercussão geral e examinado o mérito da questão pelo Supremo Tribunal Federal, a decisão proveniente dessa análise será aplicada pelas instâncias inferiores, em casos idênticos.

Dessa forma, conclui-se que a diminuição da judicialização da saúde passa, necessariamente, pelo trabalho conjunto dos Poderes Executivo e Legislativo. O primeiro, ao dar cumprimento, efetividade ao que consta na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional. O segundo, ao elaborar normas que sejam viáveis de serem concretizadas, saindo do modelo teórico para um modelo que possa ser posto em prática para, como resultado disso, realmente atender aos direitos dos cidadãos.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.***Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil,* Brasília, DF, 05 out 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06maio. 2018.

BRASIL. **Lei n° 11.418, de 19 de Dezembro de 2006.**Acrescenta à Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3o do art. 102 da Constituição Federal.*Diário Oficial* [da] *República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11418.htm>. Acesso em: 06maio. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão que reconheceu a repercussão geral**. Recurso Extraordinário nº 566.471. Estado do Rio Grande do Norte e Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Ministro Marco Aurelio. 03 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2565078 Acesso em: 06maio. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.**Acórdão da decisão que negou provimento às apelações e à apelação adesiva, confirmando a sentença que determinou o fornecimento de sessões de fisioterapia e hidroterapia à paciente portadora de doença degenerativa do sistema nervoso**. Apelação nº 70076658442. Estado do Rio Grande do Sul, Município de Guarani das Missões e Bruna Pereira da Silva. Relator: Ricardo Torres Hermann. 25 de abril de 2018. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70076658442%26num_processo%3D70076658442%26codEmenta%3D7729161+++++medicamentos+e+esgotamento+e+via+e+administrativa+inmeta:adj%3D2018&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70076658442&comarca=Comarca%20de%20Guarani%20das%20Miss%C3%B5es&dtJulg=25/04/2018&relator=Ricardo%20Torres%20Hermann&aba=juris>Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.**Acórdão da decisão que negou provimento à apelação do Município de Porto Alegre e deu provimento à apelação da parte autora, determinando o fornecimento de fraldas geriátricas à parte autora, de forma contínua e enquanto perdurar a necessidade e fixou honorários advocatícios à Defensoria Público**. Apelação nº 70075812412. Município de Porto Alegre, Maria Thusnelda Realda Ritter e Estado do Rio Grando do Sul. Relator: Carlos Roberto Lofego Caníbal. 14 de março de 2018. Disponível

em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70075812412%26num_processo%3D70075812412%26codEmenta%3D7665556+++++medicamentos+e+esgotamento+e+via+e+administrativa+inmeta:adj%3D2018&proxystylesheet=tjrs_index&ie=UTF-8&access=p&client=tjrs_index&site=ementario&oe=UTF-8&numProcesso=70075812412&comarca=Comarca%20de%20Porto%20Alegre&dtJulg=14/03/2018&relator=Carlos%20Roberto%20Lofego%20Canibal&aba=juris> Acesso em: 06 maio 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números**. Brasília, DF, 2017. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em: 06maio. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CIARLINI, AlvaroLuis de A. S. **Direito à sáude**: paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Damares Medina. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal. 15 ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 51 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.