

Constituição e Justiça

Volume II



Organizadores:

Joélia Walter Sizenando Balthazar
Luiza Liene Bressan
Pedro Zilli Neto



Centro Universitário Barriga Verde

Orleans – Santa Catarina – Brasil

www.unibave.net

Disponível em:
periodicos.unibave.net

Editora:
FEBAVE

Orleans
2018

Título

Constituição e Justiça

Organizadores:

Joélia Walter Sizenando Balthazar

Luiza Liene Bressan da Costa

Pedro Zilli Neto

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central do Unibave

C756

Constituição e Justiça [**recurso eletrônico**] / orgs. Joélia Walter Sizenando Balthazar; Luiza Liene Bressan da Costa; Pedro Zilli Neto. Orleans, SC: Centro Universitário Barriga Verde - Unibave, 2018.

355.p. (v.II)

Formato: PDF

ISBN: 978-85-67456-25-6 (Versão on-line)

Modo de acesso: <http://periodicos.unibave.net>

1. Direitos Humanos e Cidadania. 2. Direitos fundamentais. 3. Constitucionalização do Direito I. Balthazar, Joélia Walter Sizenando, org. II., Costa, Luiza Liene Bressan da, org. III. Zilli Neto, Pedro. IV. Título.

CDD: 340

Sumário

Apresentação

Capítulo 1 - O INTERROGATÓRIO JUDICIAL REALIZADO PELO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA NO ÂMBITO CRIMINAL BRASILEIRO: PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (<i>Julia Carrer Saccon; Andriara Pickler Cunha; Klauss Corrêa de Souza; Tonison Rogério Chanan Adad</i>) 22pg	07
Capítulo 2 - A APLICABILIDADE DO AUXÍLIO-RECLUSÃO SOBRE OS DEPENDENTES À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (<i>Caroline Teixeira Corrêa; Michele Barreto Cattaneo; Márcia Zomer Rossi Mattei; Joélia Walter Sizenando Balthazar</i>) 20pg	29
Capítulo 3 - HAITIANOS E AFRICANOS EM ORLEANS: REALIDADE E PERSPECTIVAS SOBRE A SOCIALIZAÇÃO (<i>Patrício Raduvanski Torres; Rodrigo Rossi; Joélia Walter Sizenando Balthazar</i>)	49
Capítulo 4 - O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA FRENTE AO RESPEITO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA (<i>Júlio Frassetto ;Michele Barreto Cattaneo; Márcia Zomer Rossi Mattei</i>) 22pg	66
Capítulo 5 - PROTEÇÃO PATRIMONIAL: A NECESSIDADE DA ELABORAÇÃO DE UMA LEI DE TOMBAMENTO MUNICIPAL PARA A CIDADE DE ORLEANS/SC (<i>Welliton Galvani Troes; Michele Barreto Cattaneo; Fabrício Trevisol Bordignon; Idemar Ghizzo</i>)17pg	88
Capítulo 6 - A ACESSIBILIDADE NOS PRÉDIOS PÚBLICOS PARA DEFICIENTES FÍSICOS DE MEMBRO INFERIOR (<i>Andreza da Luz ;Márcia Zomer Rossi Mattei; Luiza Liene Bressan; Pedro Zilli Neto</i>) 32pg	105
Capítulo 7 - OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO APLICADA AO CASO MONICA IOZZI X MINISTRO GILMAR MENDES (<i>Renata Heidemann; Marcia Zomer Rossi Mattei; Giovani Ascari</i>)32pg	144
Capítulo 8 - A RELATIVIZAÇÃO DO PODER FAMILIAR COMO EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL (<i>Andréia Hoffmann Zavarize ; Márcia Zomer Rossi Mattei; Regiane Viana da Silva</i>) 23pg	176
Capítulo 9 - A APLICAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM PACTO ANTENUPCIAL (<i>Luiz Paulo Laureano; Márcia Zomer Rossi Mattei; Vilmar Vandressen</i>) 21pg	199
Capítulo 10 - JUSTIÇA COMUM X JUSTIÇA DESPORTIVA (STJD): À QUEM COMPETE PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DE NATUREZA DESPORTIVA DO FUTEBOL? UM ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO O CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO X SPORT CLUB RECIFE SOBRE O CAMPEONATO DE 87 (<i>Mariane Borba Dela Justina; Ramirez Zomer; Fabricio Trevisol Bordignon; Marcelo Zuppo</i>) 27pg	220
Capítulo 11 - A RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA (<i>Karina Zomer Rezin; Ramirez Zomer; Márcia Zomer Rossi Mattei</i>) 27pg	247

Capítulo 12 - OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E OS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (<i>Rosana Kuhnen; Ramirez Zomer; Fabricio Trevisol Bordignon</i>)26pg	274
Capítulo 13 - A (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. (<i>Kayo do Amarante Freitas; Ramirez Zomer; Fabricio Trevisol Bordignon</i>) 21pg	300
Capítulo 14 - A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTA NA LEI 12.850/2013 (<i>Taiana da Silva Bitencourt; Ramirez Zomer; Fabricio Trevisol Bordignon</i>) 26pg	321
Capítulo 15 - A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ INDESEJADA (<i>Patrícia Silveira; Ramirez Zomer; Marcelo Zuppo</i>) 30pg	347

APRESENTAÇÃO

Este volume é o resultado de experiências acumuladas por professores, acadêmicos e egressos do Curso de Direito. São capítulos dedicados a analisar, por um lado, temas importantes para a compreensão das sociedades contemporâneas, por outro lado, a contribuição de autores clássicos, contemporâneos, doutrinadores e estudiosos do Direito, das mais variadas áreas, para a compreensão desses temas.

Desta forma, o Centro Universitário Barriga Verde (UNIBAVE) vem por meio desta obra disseminar os trabalhos desenvolvidos por seus docentes e discentes, com uma coletânea de pesquisas científicas desenvolvidas pelo Curso de Direito, vinculados ao Núcleo de Pesquisa e Extensão (NUPEDI).

A pesquisa se fundamenta quando o conhecimento produzido pode ser aplicado e difundido; quando unimos a vontade do acadêmico pesquisador, que busca conhecer determinados aspectos da ciência, com a vontade do docente, que tem o anseio de ensinar e aprender, o resultado não poderia ser outro senão a produção de uma obra coletiva. Esta obra é uma coletânea de artigos de conclusão de curso apresentados pelos acadêmicos do curso de direito do Centro Universitário Barriga Verde – UNIBAVE, resultado de pesquisas e estudos realizados nos anos de 2017 e 2018.

O futuro do direito também está no compromisso das novas gerações de profissionais e acadêmicos que questionam a realidade posta e fomentam as mudanças necessárias para uma sociedade mais justa e equitativa. Esperamos contribuir para a reflexão de acadêmicos, docentes, pesquisadores, advogados e demais operadores do direito, sobre os modos possíveis de enfrentar essas novas questões. Que esta obra seja de bom proveito aos leitores. Que seja um estímulo à pesquisa e à disseminação do conhecimento. Eis, então, um convite a todos: desvendem e acessem o resultado de nossas pesquisas.

Joélia Walter Sizenando Balthazar

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDI
Centro Universitário Barriga Verde

CAPÍTULO 01

O INTERROGATÓRIO JUDICIAL REALIZADO PELO SISTEMA DE VIDEOCONFERÊNCIA NO ÂMBITO CRIMINAL BRASILEIRO: PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Julia Carrer Saccon

Andiara Pickler Cunha

Klauss Corrêa de Souza

Tonison Rogério Chanan Adad

Resumo: A Constituição Federal consigna expressamente que a todos os acusados serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, sendo que em matéria processual penal o contraditório, em síntese, está ligado com a ideia de informação e possibilidade de reação processual, já a ampla defesa, por sua vez, divide-se em defesa técnica e autodefesa. Deste modo, o interrogatório judicial é o momento processual adequado para que o acusado exerça sua autodefesa perante o juiz, eis que lhe surge a oportunidade de relatar sua versão acerca dos fatos que lhe são sopesados. No entanto, a Lei n. 11.900/2009 passou a permitir a realização, em casos restritos e mediante decisão fundamentada do magistrado, do interrogatório judicial por meio do sistema de videoconferência. Críticas surgiram a respeito de referida modalidade de interrogatório, especialmente no que tange ao direito à ampla defesa e contraditório do acusado. Referida situação é perquirida na presente pesquisa, com o intuito de analisar se o interrogatório judicial, quando realizado pelo sistema de videoconferência, prejudica/viola em âmbito criminal, o exercício do contraditório e da ampla defesa, princípios consagrados na Constituição Federal.

Palavras-chave: Interrogatório judicial. Videoconferência. Autodefesa. Ampla defesa. Contraditório.

THE INTERROGATION JUDICIAL PERFORMED BY VIDEO CONFERENCE SYSTEM UNDER CRIMINAL BRAZILIAN: CONTRADICTION PRINCIPLES AND DEFENCE BROAD

Abstract: The Federal Constitution expressly states that all the accused will be assured the adversary and the ample defense, being that in the criminal procedural matter the contradictory, in synthesis, is connected with the idea of information and possibility of a procedural reaction, already the ample defense, for In turn, is divided into technical defense and self-defense. Thus, the judicial examination is appropriate for the accused procedural time exercising self-defense before the judge, behold, it comes the opportunity to tell his version about the facts that you are weighed. However the Law n. 11.900/2009 now allows the realization, in limited cases and by reasoned decision of the magistrate, the court hearing through video conferencing system. Criticism arose about that type of questioning, especially in regard to the right to legal defense and contradictory the accused. This situation will be examined in this research, in order to examine whether the

judicial examination when conducted by video conferencing system, harms/violates a criminal scope, the exercise of the contradictory and full defense, the principles enshrined in the Federal Constitution.

Keywords: Judicial interrogation. Video conference. Self-defense. Full defense. Contradictory.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo, especificamente no artigo 5º, inciso LV, os princípios do contraditório e da ampla defesa, os quais devem ser assegurados em qualquer tipo de processo ou procedimento.

Outrossim, constata-se, especialmente em matéria processual penal, que o contraditório está vinculado à percepção de informação e possibilidade de reação processual, já a ampla defesa se divide em defesa técnica e autodefesa, ao passo que esta última é exercida em sua magnitude durante o ato do interrogatório judicial pelo acusado, compreendendo o direito à audiência, de presença e participação deste.

Destarte, o interrogatório judicial é o único momento processual em que o acusado poderá se entrevistar pessoalmente e diretamente com o magistrado, podendo relatar a sua versão acerca dos fatos que lhe são imputados ou exercer seu direito ao silêncio, que também é considerado um meio de defesa. E, ainda, auxiliar na efetivação da defesa técnica, eis que lhe é facultado participar na produção das provas durante a fase instrutória.

Assim sendo, durante a realização do interrogatório judicial, o magistrado poderá analisar além dos relatos e provas produzidas pelo acusado, tendo em conta que será possível a verificação da gesticulação, do estado de ânimo, do modo de falar, da idoneidade das palavras, bem como a reação do mesmo diante dos fatos que lhe são sopesados, sendo estes elementos essenciais para a formação do convencimento do juiz.

Todavia, no ano de 2009 foi promulgada a Lei n. 11.900, trazendo mudanças significativas em relação ao interrogatório do acusado preso, uma vez que passou a permitir sua realização, em casos restritos e mediante decisão fundamentada do magistrado no caso em concreto, por meio do sistema de videoconferência.

A indagação que surge, portanto, é se o interrogatório judicial, quando realizado pelo sistema de videoconferência, prejudica/viola o exercício do contraditório e da ampla defesa do réu no âmbito criminal brasileiro, vez que o acusado estará localizado em uma sala do estabelecimento penal em que se encontra preso e o juiz, bem como o defensor

público, dativo ou constituído, estarão situados na sala de audiências do Fórum, conectados por um sistema tecnológico de som e imagem.

Sobre tal questionamento pairam entendimentos doutrinários opostos, tendo em vista que alguns doutrinadores defendem a utilização do interrogatório virtual, enquanto outros são contrários à realização do interrogatório judicial por este meio.

No que concerne ao entendimento jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal ainda não firmou entendimento consolidado acerca da realização do interrogatório por videoconferência após a vigência da Lei n. 11.900/2009. Já o Superior Tribunal de Justiça entende que se devidamente preenchidos os requisitos autorizadores do interrogatório por videoconferência, com justa fundamentação pelo magistrado, não há que se falar em violação ao contraditório e a ampla defesa, no entanto deixa “aberturas” para a demonstração de eventual prejuízo ao réu quanto ao exercício de tais princípios.

Em razão disso, a fim de superar o tema proposto, o objetivo geral do presente estudo é analisar se o interrogatório judicial, quando realizado pelo sistema de videoconferência, prejudica/viola o exercício do contraditório e da ampla defesa, em âmbito criminal, tendo como objetivos específicos: explanar o que é o princípio do contraditório e da ampla defesa no processo criminal, retratar os tipos de interrogatórios judiciais na área criminal, relatar o procedimento do interrogatório judicial realizado pelo sistema de videoconferência no âmbito criminal, bem como verificar se o interrogatório judicial, quando realizado pelo sistema de videoconferência, prejudica/viola o exercício do contraditório e da ampla defesa no processo criminal.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo e comparativo, além de pesquisa pura, qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental.

Procedimentos Metodológicos

Para a realização do presente artigo, demonstra-se necessário a utilização de determinados procedimentos metodológicos, os quais são devidamente apresentados. De início, será empregado o método de abordagem dedutivo, partindo da premissa geral prevista na Constituição Federal/1988, especificamente no art. 5º, LV, que garante aos acusados em geral o direito ao contraditório e à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. Após, analisar-se-á a previsão constante no artigo 185, § 2º, do Código de Processo Penal, o qual dispõe a possibilidade da realização do interrogatório judicial do réu preso, em casos excepcionais e devidamente fundamentados, por meio do sistema de videoconferência. Deste modo, pretende-se chegar a uma conclusão a

respeito da prejudicialidade, ou não, de tal modalidade de interrogatório no que tange ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

Referente ao método de procedimento será utilizado o comparativo, tendo em vista que serão comparados os entendimentos de determinados doutrinadores a respeito do interrogatório por meio da videoconferência, bem como das jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, após a vigência da Lei n. 11.900/2009, de modo a analisar se o interrogatório virtual prejudica o exercício do contraditório e da ampla defesa do réu, direitos assegurados pela Constituição Federal. Por oportuno, destaca-se que o instrumento de pesquisa utilizado será a coleta documental, na qual serão analisadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Além disso, demonstra-se imperioso averiguar os procedimentos da pesquisa, elucidando-se que o presente artigo apresenta uma pesquisa pura, eis que “objetiva gerar conhecimentos novos úteis para o avanço da ciência em aplicação prevista.” (OTANI, FIALHO, 2011, p. 35). Concernente à forma de abordagem, faz-se necessário uma pesquisa qualitativa, porquanto, apesar de não ser um tema recente, ainda comporta divergência doutrinária e, de certo modo jurisprudencial, conforme será relatado na presente pesquisa, a qual visa analisar se há, ou não, ofensa ao contraditório e a ampla defesa do réu, quando este for interrogado por videoconferência.

No que se refere ao objetivo geral da presente pesquisa, diz-se que é exploratória, tendo em conta que, por meio do presente estudo, pretende-se analisar a percepção a respeito da violação, ou não, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa diante do interrogatório *online*, sendo que, para tanto, serão empregados os procedimentos técnicos bibliográficos e documentais.

A pesquisa bibliográfica compreenderá a colheita de informações por meio de doutrinas e artigos relacionados ao presente tema. A documental, de sua vez, estará relacionada com a análise dos entendimentos jurisprudenciais.

Do Interrogatório Judicial no Processo Penal

Para o desenvolvimento do tema, salutar conceituar o interrogatório judicial do acusado, conforme os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

Denomina-se interrogatório judicial o ato processual que confere oportunidade ao acusado de se dirigir diretamente ao juiz, apresentando a sua versão defensiva aos fatos que lhe foram imputados pela acusação, podendo inclusive indicar meios de prova, bem como confessar, se entender cabível, ou mesmo permanecer em silêncio, fornecendo apenas dados de qualificação (sem grifo no original) (NUCCI, 2014, p. 367).

Neste sentido, tem-se que os dizeres do acusado, cumulado com sua gesticulação, estado de ânimo, modo de falar, de se movimentar e voluntariedade frente à pessoa física do magistrado possibilitam um componente único e inigualável para a formação do convencimento deste, o que de fato não se verifica diante de uma declaração escrita (TORNAGHI, 1989).

Assim, constata-se que o interrogatório do réu é o momento processual adequado para que este exerça sua autodefesa perante o juiz, eis que lhe surge a oportunidade de relatar sua versão acerca dos fatos delituosos que lhe são sopesados. Não se olvidando o direito fundamental de permanecer em silêncio, conforme artigo 5º, LXIII, da CF/1988, bem como artigo 186, *caput* e parágrafo único, do CPP, não podendo tal escolha ser utilizada em seu prejuízo.

Ressalta-se que é indispensável e obrigatória a presença de defensor quando da realização do interrogatório do réu (ART. 185 do CPP), sendo que, antes de sua efetuação, deverá o magistrado oportunizar ao acusado conversa reservada com o seu advogado, com o objetivo de permitir que aquele receba deste, explicação e instrução jurídica, direito este assegurado independentemente do tipo de interrogatório (BONFIM, 2015).

Referente à natureza jurídica do interrogatório, Nucci (2014) esclarece que o interrogatório, primordialmente, é uma forma de defesa pelo fato de que nossa Carta Magna garante ao acusado a prerrogativa de manter-se em silêncio, ou seja, permanecer calado, sendo que tal opção não poderá de modo algum ser utilizada em seu prejuízo. Deste modo, o réu estará apenas se defendendo. Por outro lado, optando o acusado por lançar mão da prerrogativa ao silêncio, ou seja, preferindo falar a respeito dos fatos que lhe são inculcados, constituirá meio de prova inconfundível, independente do conteúdo relatado, eis que o juiz poderá sopesar tais relatos para absolvê-lo ou condená-lo (NUCCI, 2014).

Quanto ao conteúdo do interrogatório, este se constitui essencialmente em duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos (CPP, ART. 187).

No que diz respeito à pessoa do acusado, será procedida a sua qualificação e individualização (ART. 187, § 1º, do CPP). Referente aos fatos delituosos imputados ao réu, estes serão tratados na segunda etapa do interrogatório (ART. 187, § 2º, do CPP).

Neste contexto, importante destacar que se admite a determinação do magistrado pela condução coercitiva do réu para o ato do interrogatório (art. 260 do CPP), apenas para a efetuação de sua qualificação, quando existente a dúvida referente à identidade do acusado, sendo desnecessária quando este já estiver devidamente qualificado nos autos (NUCCI, 2014).

Destarte, verifica-se que o magistrado deverá oportunizar ao acusado o momento do interrogatório, intimando-o para comparecimento, com o intuito, principalmente, da efetivação da autodefesa, no entanto o réu não estará obrigado a comparecer, desde que devidamente conhecido e qualificado nos autos da ação.

O Exercício da Autodefesa no Interrogatório Judicial

A ampla defesa compreende a defesa técnica e a autodefesa, conforme será explanado adiante, sendo que a primeira é exercida por meio de advogado e a segunda pelo próprio acusado durante o ato do interrogatório. Vejamos.

A autodefesa está disposta expressamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, especificamente em seu artigo 8º, item 2, alínea “d”:

Art. 8º. Garantias judiciais - 2. [...] Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: “D” - direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

E, ainda, no artigo 67, item 1, alínea “d”, primeira parte, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: “[...] o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha [...]”.

As duas normas citadas foram devidamente incluídas em nosso ordenamento interno pelos Decretos 678, de 6 de novembro de 1992 e 4.388, de 25 de setembro de 2002, nesta ordem.

Deste modo, verifica-se que no Processo Penal a ampla defesa extrapola a defesa técnica executada pelo advogado, ou seja, sobrepuja as petições, alegações e recursos

do causídico, eis que compreende a representação defensiva do próprio acusado, a qual é efetivada principalmente durante o ato do interrogatório judicial.

Nesta essência, explica o autor Antônio Scarance Fernandes que a autodefesa é abdicável, sendo que pode ser constatada no processo como “o direito de audiência, o direito de presença e o direito de postular pessoalmente” (FERNANDES, 2007).

Entende-se por direito de audiência o momento em que o réu apresenta de modo pessoal a sua defesa ao magistrado, ao passo que tal direito se manifesta essencialmente quando do interrogatório judicial, tendo em vista que o réu poderá relatar e demonstrar a sua versão acerca dos fatos que lhe são inculcados em contato direto com o juiz (FERNANDES, 2007).

Em suma, é neste momento processual que o acusado é ouvido pessoalmente perante o juiz, podendo expor a sua versão dos fatos, contraditar e desdizer a acusação que lhe recai, ou silenciar-se, dentre outros. De modo que, o juiz poderá verificar, além dos relatos e provas produzidas pelo réu, a sua gesticulação, estado de ânimo, modo de falar, reações, o caráter, o sentimento e a idoneidade de suas palavras, sendo estes importantes elementos de convicção para a formação do convencimento do togado, os quais serão levados em consideração quando da sentença.

O direito de presença, de sua vez, pode ser entendido como a oportunidade concedida ao réu para que, juntamente com seu defensor, acompanhe os atos realizados durante a instrução, bem como o assessor na efetivação da defesa (FERNANDES, 2007).

Referente ao direito de poder postular pessoalmente, constata-se que se trata de capacidade conferida ao réu, para que possa, pessoalmente, postular em sua própria defesa, ou seja, poderá impetrar *habeas corpus*, interpor recursos, elaborar requerimentos relativos à execução da pena. Assim, compreende o fato de que o acusado – ou sentenciado – efetuará o impulso inicial do recurso, no entanto, posteriormente, deverá lhe ser garantido o amparo por advogado (FERNANDES, 2007).

Por fim, o acusado durante seu interrogatório poderá exercer a autodefesa de modo positivo ou negativo. De forma positiva quando participa dos atos processuais sem se omitir, ou seja, exerce seu direito positivamente, com o intuito de desdizer a acusação que pesa em seu desfavor. De maneira negativa (ART. 5º, LXIII, da CF/1988), tendo em vista que o acusado possui o direito de permanecer em silêncio – sem que isso pese em seu desfavor - e de não participar de atos processuais que por ventura venha lhe

prejudicar, eis que não é obrigado a produzir provas contra si próprio em âmbito processual penal (LOPES JÚNIOR, 2008).

Assim, por ser o interrogatório o momento em que o réu exerce de modo pleno sua autodefesa, importante destacar as formas de realização do interrogatório judicial, especialmente quanto ao réu preso.

Do Interrogatório Judicial do Réu Preso

No que diz respeito às formas de realização do interrogatório judicial do acusado preso, verifica-se a regra do art. 185, § 1º, do Código de Processo Penal, a qual dispõe que o interrogatório deste será efetuado no estabelecimento em que estiver recolhido, em sala própria, deslocando-se até referido local o magistrado, o promotor de justiça e os auxiliares, bem como o defensor, desde que garantidas a segurança e a publicidade do ato (CPP, art. 185, § 1º).

Outra forma de realização do interrogatório dentro do estabelecimento prisional - do réu que esteja preso – é por meio da videoconferência (CPP, art. 185, § 2º), que será explanado no tópico a seguir.

Por fim, infere-se que, caso não seja possível à realização do interrogatório do réu preso no estabelecimento prisional em que se encontrar (ART. 185, § 1º, do CPP) e nem por meio da videoconferência (ART. 185, § 2º, do CPP), deverá o magistrado requisitar à autoridade competente a apresentação do preso em juízo (ART. 185, § 7º, do CPP).

Interrogatório Judicial do Réu Preso por meio do Sistema de Videoconferência

O interrogatório por videoconferência, também conhecido como interrogatório *online* ou virtual, dentre outras denominações, foi introduzido no ordenamento jurídico por meio da Lei n. 11.900/2009, a qual passou a permitir a realização do interrogatório do réu preso, em caráter excepcional, por meio do sistema de videoconferência (CPP, ART. 185, § 2º).

De acordo com a autora Juliana Fioreze (2009) o interrogatório judicial por meio de videoconferência é efetuado a distância, eis que o juiz ficará comandando tal ato em seu gabinete, localizado no fórum e o réu preso permanecerá em uma sala especial situada dentro do próprio estabelecimento penal, juntamente com os agentes penitenciários, oficial de justiça e advogado, sendo que entre ambos – réu e magistrado - haverá uma ligação através de câmera de vídeo, com transmissão de voz e imagem

em tempo real, por meio de conexão via linha telefônica ou rádio. Destaca, ainda, que o Ministério Público deverá participar da realização de tal ato.

No que tange a conduta do magistrado na realização do interrogatório por meio do sistema de videoconferência, a referida autora (2009, p. 114 – 115) explicita que:

Usando o controle remoto o próprio magistrado vai dominar o sistema, podendo monitorar a direção da câmera instalada no presídio, enquadrando o preso, seu advogado, ou outra pessoa que esteja na sala da penitenciária e seja de interesse da Justiça. O detento também terá uma visão perfeita do magistrado. O juiz, em seu gabinete, faz as perguntas ao acusado, as quais são digitadas pelo escrivão e simultaneamente aparecem na tela do computador instalado no presídio. No presídio, um servidor do Judiciário vai apresentar as perguntas feitas pelo juiz e, em sequência, vai digitar as respostas oferecidas pelo preso. A imagem e o som são transmitidos para os monitores. [...] (FIOREZE, 2009, p. 114-115).

Quanto aos requisitos autorizadores para a determinação do interrogatório judicial do réu preso pelo sistema de videoconferência, verifica-se que, pelo exposto no art. 185, § 2º, do CPP e art. 93, IX, da CF/1988, a decisão do magistrado obrigatoriamente deverá ser fundamentada, bem como precisará da existência de uma das hipóteses alternativas constantes nos incisos I a IV do § 2º, do art. 185, do CPP.

É necessário ressaltar que o interrogatório judicial realizado pelo sistema de videoconferência, além de ser uma medida que poderá ser utilizada em caráter extremamente extraordinário, somente será adotada quando o réu encontrar-se preso, ou seja, não há possibilidade do uso da videoconferência para interrogar acusado solto (NUCCI, 2011).

Concernente às hipóteses autorizadas de referido tipo de interrogatório, verifica-se que a disposta no inciso I, do § 2º, do art. 185, do CPP se refere à segurança pública, compreendendo duas circunstâncias, quais sejam fundadas suspeitas de que o réu preso integre organização criminosa ou de que possa fugir durante o deslocamento, em ambas deverá haver “fundada suspeita”.

Outra hipótese que poderá amparar a utilização do interrogatório por videoconferência está prevista no art. 185, § 2º, II, do CPP. Entende Nucci (2011) que o referido inciso exige a presença de relevante dificuldade para comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal, ou seja, não será qualquer tipo de dificuldade para comparecimento em juízo que permitirá a utilização da videoconferência.

Seguinte possibilidade é a disposta no inciso III, § 2º, do art. 185, do CPP, a qual ~~visa impedir que o réu influencie no ânimo da testemunha ou da própria vítima, quando~~

não for possível colher o depoimento destas por meio da videoconferência. Nucci (2011) esclarece que tal hipótese deverá ser apreciada com extrema cautela pelo magistrado, posto que a influência do acusado no ânimo da testemunha ou vítima é de ordem intrínseca, a qual geralmente será verificada somente quando da audiência.

Por fim, tem-se a hipótese prevista no inciso IV, do § 2º, do art. 185, do CPP, a qual retrata a utilização da videoconferência quando o acusado responder à gravíssima questão de ordem pública. Nucci (2014, p. 375 - 376) retrata que:

Esta é a mais aberta das alternativas para o uso do equipamento de videoconferência. Deveria ter sido mais bem explicitada. A ordem pública é exatamente o requisito da prisão preventiva (art. 312, CPP) de interpretação confusa e complexa. Porém, liga-se, em última análise, à segurança pública.

Ainda, como o interrogatório judicial, em regra, é o último ato da instrução processual, caso o magistrado opte fundamentadamente pelo uso da videoconferência em tal ato, deverá permitir que o acusado preso acompanhe a audiência de instrução e julgamento na íntegra pelo mesmo meio tecnológico (CPP, § 4º, art. 185).

Concernente ao direito assegurado ao réu de se entrevistar previamente com o seu defensor antes de ser interrogado, tratando-se de interrogatório efetuado mediante videoconferência, o art. 185, § 5º, do CPP estabelece que deverá existir um canal telefônico reservado para que seja feita a comunicação entre o estabelecimento penal e o Fórum, sendo que é garantida a presença de um defensor (*ad hoc*) em referido estabelecimento, ao passo que no Fórum haverá outro advogado (constituído, defensor público ou dativo) participando pessoalmente da audiência de instrução e julgamento. Haverá comunicação entre os defensores, bem como entre o defensor presente na audiência e o réu no estabelecimento penal (NUCCI, 2011).

Destaca-se, inclusive, que a sala situada no estabelecimento penal, em que haverá a realização do interrogatório do réu preso por meio da videoconferência, deverá ser devidamente fiscalizada pelas autoridades descritas no art. 185, § 6º, do CPP.

Ocorre que, apesar de a Lei que introduziu o interrogatório por videoconferência em nosso ordenamento jurídico ter sido validamente aprovada em 08 de janeiro do ano de 2009, há discussões a respeito do tema, principalmente relacionado com o contraditório e a ampla defesa do acusado preso, conforme será explanado nos tópicos que seguem.

Os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa em Matéria Processual Penal Brasileira

Imperioso destacar que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos conjuntamente no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal/1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]: LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (BRASIL, 1988).

Antes de tecer comentários acerca de referidos princípios constitucionais, cabe ressaltar a garantia contida expressamente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente em seu artigo 11, número 1:

Artigo 11. n. 1. Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias a sua defesa.

Assim sendo, verifica-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa são atinentes ao direito de defesa da parte, porquanto deve ser assegurada a todos a possibilidade de resposta, quando de alguma alegação contrária ou “acusação”. Ao passo que tais princípios devem ser observados em qualquer tipo de processo ou procedimento.

Outrossim, o Direito Processual Penal moureja com os principais direitos inerentes aos seres humanos, tendo em vista que entra em discussão a liberdade, a propriedade e a honra do denunciado, sendo que tais direitos, juntamente com a vida são considerados bens de valor inestimável. Deste modo, quando se pretende restringir alguns destes direitos, necessariamente, deverá ser permitido ao acusado o exercício de sua defesa da maneira mais ampla possível (RICARDO e SILVA, 2010).

Ensina Antonio Scarance Fernandes (2007), acerca do exercício do contraditório no processo penal, que a informação e a oportunidade de reação devem possibilitar o exercício do contraditório de modo pleno e efetivo. De maneira plena pelo fato de que o contraditório deve ser observado durante todo o trâmite do feito, até seu término. Efetivo, eis que não basta somente permitir que o réu se manifeste acerca dos atos efetuados pela parte contrária, sendo também necessário conceder-lhe os instrumentos materialmente adequados para que tenha ensejo de desdizê-los.

Já a ampla defesa em matéria processual penal demonstra-se, essencialmente, de duas maneiras, quais sejam: defesa técnica e autodefesa. A primeira é realizada por meio de advogado (ART. 261 do CPP). A segunda, de sua vez, é executada pelo próprio acusado, de modo que venha a se defender pessoalmente da acusação que lhe recai. Neste sentido, pode-se ter a autodefesa positiva e a negativa, conforme relatado alhures.

Insta mencionar que a autodefesa, diversamente da defesa técnica, é disponível/renunciável, porquanto não é obrigatório ao réu estar presente e participar de certos atos processuais, como no interrogatório ou na oitiva de testemunhas, ou, ainda, poderá comparecer ao interrogatório, mas preferir exercer seu direito ao silêncio, no entanto o magistrado deverá assegurar ao acusado o direito à presença e participação em tais atos.

O interrogatório é o principal momento processual para que o réu exerça a autodefesa, tendo em vista que é neste ato que o acusado poderá atuar diretamente e efetivamente no desenvolvimento do convencimento do juiz, daí porque a importância de que o ato seja realizado perante a pessoa física de um magistrado e do defensor, o que não se vislumbra no interrogatório realizado pelo sistema de videoconferência, conforme relatado no tópico anterior.

Em síntese, segundo ensinamentos de Aury Lopes Junior (2008, p. 107), “os princípios constitucionais no processo são verdadeiros escudos protetores contra o (*ab*) uso do poder estatal”, incluindo-se, aqui, o direito à ampla defesa e ao contraditório quando devidamente assegurados ao réu, posto que este terá a possibilidade de relatar a sua versão sobre os fatos ocorridos e que contra si são imputados, evitando, deste modo, eventuais cometimentos de injustiças e abuso de poder.

Deste modo, fazendo-se uma análise interpretativa, vislumbra-se que a ausência de observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório em âmbito criminal acarreta, por consequência, a nulidade absoluta do processo, tendo em vista que se torna gritante o prejuízo à efetiva defesa do réu.

Posicionamentos Doutrinários e Jurisprudenciais a Respeito do Interrogatório Judicial Realizado por meio do Sistema de Videoconferência

Os entendimentos acerca do interrogatório judicial do réu preso, quando realizado pelo sistema de videoconferência, são diversos, de modo que alguns doutrinadores são favoráveis a tal modalidade de interrogatório e outros possuem fundadas objeções. Deste modo, no presente tópico serão demonstrados alguns destes entendimentos.

Para Bonfin (2015) o interrogatório, quando realizado por meio da videoconferência, não ofende o princípio da ampla defesa, eis que a utilização, devidamente fundamentada, do interrogatório virtual visa efetivar e tornar célere a prestação jurisdicional, que é um dos intuitos da Constituição Federal/1988 (BRASIL, CF/88, art. 5º, LXXVIII).

Além disso, referido autor (2015) retrata que não há prejudicialidade à ampla defesa, porquanto o réu durante o interrogatório por videoconferência terá contato de maneira direta e ilimitada com o juiz e com seu defensor. Igualmente, a garantia da presença de defensor na sala especial do ergástulo penal, bem como da entrevista prévia ao interrogatório e privativa, entre réu e advogado, expungi a alegação de eventuais coações ou intimidações em face do acusado dentro do estabelecimento penal.

Ademais, o autor supracitado (2015), afirma que se deve entender pela constitucionalidade do interrogatório virtual a partir do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que deverá ser analisado o direito a presença do réu – ampla defesa, que no seu entendimento é respeitado pela videoconferência em razão da tecnologia, em contrapartida à celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, a manutenção da segurança da população e a diminuição dos gastos públicos do Estado com o transporte de réus presos. De tal modo que a presença física do acusado em seu próprio interrogatório deverá ceder diante do interesse público.

A autora Juliana Fioreze (2009), de sua vez, também relata não haver ofensa à ampla defesa do réu pelo fato de o interrogatório ser *online*, uma vez que os direitos assegurados a este continuarão sendo observados pelo respectivo magistrado. Menciona que a presença do advogado, do réu preso, do juiz e das outras pessoas que se fazem presentes em referida modalidade de interrogatório é em tempo real, não retirando do denunciado a oportunidade de exercer sua autodefesa (ampla defesa).

Compartilham do mesmo entendimento, os doutrinadores Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna (2009), bem como Sérgio Ricardo de Souza e Willian Silva (2010).

De outro lado, têm-se os doutrinadores que são contrários à utilização do interrogatório virtual, essencialmente pelo fato de ofender os princípios do contraditório e da ampla defesa. Vejamos.

Paulo Rangel (2013), de início, afirma que o interrogatório por videoconferência viola o direito ao contraditório, a ampla defesa, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, dentre outros, uma vez que o réu será ouvido fora do espaço físico do Fórum e longe da presença do magistrado. Menciona que as provas colhidas durante a

instrução não respeitarão o contraditório e a ampla defesa, uma vez que o preso acompanhará a audiência de instrução por meio da videoconferência, ou seja, sem poder dialogar com seu defensor no decurso do depoimento de uma testemunha, por exemplo.

Para Rangel tal modalidade de interrogatório prejudica, principalmente, o exercício da autodefesa - direito de audiência, de presença/participação -, a qual é exercida em sua completude durante o interrogatório judicial. Informa, a título de exemplo, que a previsão de entrevista particular entre o acusado preso e o advogado, por meio de telefone, é aviltante à ampla defesa - defesa técnica e autodefesa -, inclusive pelo fato de que não há como garantir o funcionamento perfeito da linha telefônica ou de que esta não esteja “grampeada”.

Referido autor (2013), ao relatar seu entendimento, afirma que estando o réu no estabelecimento prisional e o magistrado no Fórum, não há como assegurar-lhe um tratamento digno e respeitável durante o interrogatório, tampouco ter ciência de que gostaria de malsinar eventuais torturas a que está sendo submetido. Ademais, a disposição acerca da presença de dois defensores ao réu, um localizado no Fórum e outro no estabelecimento penal, não é garantia de ampla defesa, tendo em vista que entre os advogados poderá haver colisão de estratégias.

Para concluir seu entendimento, Rangel (2013) afirma que a inconstitucionalidade do interrogatório por videoconferência é gritante, tendo em vista que retira do réu o direito de se entrevistar pessoalmente com o magistrado em um recinto saudável. Inclusive, infringe o princípio da isonomia, bem como afronta diretamente a ampla defesa e o contraditório, eis que obstrui do réu o direito ao ambiente da audiência.

Guilherme de Souza Nucci (2011), por sua vez, rebate os argumentos utilizados pelos defensores da videoconferência no interrogatório, alegando que a apresentação do réu preso para presenciar seu próprio julgamento é um dever assumido pelo Estado Democrático de Direito e, para quem defende a modernização de tal sistema, Nucci esclarece que se faz imperioso levar em consideração a importância da confinidade entre magistrado e acusado durante o interrogatório.

Retrata que a tela de televisão ou computador nunca irá substituir a comunicação direta que o juiz deve ter com o réu durante o interrogatório, inclusive para verificar se este possui plena condição física e intelectual. Menciona, ainda, que o acusado estando a quilômetros de distância do magistrado e localizado em um estabelecimento prisional não sentirá segurança para denunciar por meio de uma “câmara”, eventuais torturas a

que vem sendo submetido ou, até mesmo, confessar as particularidades de um delito labiríntico (NUCCI, 2011).

Nucci destaca que o processo necessita de celeridade (2011), no entanto deve-se respeitar o contato físico entre as partes do processo, sendo que não se pode justificar o objetivo de presteza processual por meio do distanciamento entre o magistrado e o acusado.

Para finalizar suas explicações, Nucci (2011) esclarece que o importante é que o réu seja diretamente e pessoalmente ouvido por um magistrado, não importando se for de comarca estranha a que lhe vai julgar, tendo em vista que perante o togado terá maior liberdade e tranquilidade para se manifestar, ao passo que será registrado no termo da audiência todas as intercorrências ocorridas durante referido ato processual, bem como pelo fato de que o Direito Penal não moureja somente com questões de direito.

Ultrapassada a fase de demonstração de alguns entendimentos doutrinários acerca da prejudicialidade, ou não, do interrogatório por meio da videoconferência em relação à ampla defesa e ao contraditório do réu, faz-se mister apontar o entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina referente a tal assunto.

Em consulta a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, constatou-se a existência de quatro acórdãos publicados após a edição da Lei n. 11.900/2009, quais sejam: (HC 104603, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 27-06-2014 PUBLIC 01-07-2014); (PUBLIC 01-02-2011 EMENT VOL-02454-15 PP-03846 LEXSTF v. 33, n. 386, 2011, p. 211-217) AI 820070 AgR, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-020 DIVULG 31-01-2011); (HC 100567, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 23/11/2010, DJe-065 DIVULG 05-04-2011 PUBLIC 06-04-2011 EMENT VOL-02497-01 PP-00087) e (HC 99609, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-040 DIVULG 04-03-2010 PUBLIC 05-03-2010 EMENT VOL-02392-02 PP-00415 LEXSTF v. 32, n. 375, 2010, p. 373-384).

Em suma, tais documentos demonstram que os interrogatórios realizados por videoconferência antes da vigência da Lei n. 11.900/2009 são nulos, eis que são formalmente inconstitucionais, pois baseados em legislação estadual ou Provimento de Tribunal, sendo que a competência é exclusiva da União para legislar acerca de matéria processual, nos termos do art. 22, I, da Constituição Federal/1988.

Ademais, em algumas situações o Supremo Tribunal Federal relatou estar prejudicada a análise da alegação de o interrogatório ser realizado por videoconferência, tendo em vista tratar-se de questão que não fora, primeiramente, suscitada no Superior Tribunal de Justiça, o que levaria à supressão de instância.

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, verificou-se a presença de determinados acórdãos relatando acerca de referido assunto, dos quais serão extraídas algumas decisões do presente ano (2016) e de 2015, dentre as quais: (HC 298.151/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016); (HC 244.953/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 01/04/2016); (HC 186.567/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 05/02/2016);

Em síntese, referidos acórdãos retratam que no caso do interrogatório *online* realizado antes da vigência da Lei n. 11.900/2009, eventual prejuízo à defesa do réu deverá ser demonstrado, vez que se trata de nulidade relativa. Ademais, em alguns casos, alegaram que a matéria suscitada não fora apreciada pelo Tribunal de Origem, portanto restou prejudicada a análise do requerimento pelo STJ, sob pena de haver supressão de instância.

No entanto, por meio da análise do acórdão “AgRg no REsp 1342551/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 02/02/2016”, o Superior Tribunal de Justiça afirmou que, independente da demonstração do efetivo prejuízo à defesa, o interrogatório *online* efetuado anteriormente a vigência da Lei n. 11.900/2009, acarretará nulidade absoluta, eis que restringe a ampla defesa do réu.

Além disso, referida decisão negou haver nulidade do interrogatório virtual no caso em questão, tendo em vista que foi realizado sob a égide da Lei n. 11.900/09, bem como por ter sido determinado mediante decisão devidamente fundamentada do magistrado e ter sido assegurado o contraditório e a ampla defesa ao acusado (presença de defensor e de entrevista prévia), não havendo demonstração de prejuízo por parte da defesa quanto ao mencionado ato.

Já no acórdão “REsp 1438571/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 13/05/2015”, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser nulo o interrogatório virtual, pelo fato de que a justificativa utilizada pelo magistrado não se enquadrava nas hipóteses exaustivas dispostas no art. 185, § 2º, do CP, bem como pela ausência de defensor no estabelecimento prisional (art. 185, § 5º, do CP).

No que tange ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, constatou-se a presença de 1 (um) acórdão, após a vigência da Lei n. 11.900/09, referente ao tema em comento, do qual se extrai que o magistrado não pode justificar a realização do interrogatório por meio de videoconferência pela gravidade em abstrato do delito, eis que se exige fundamentação detalhada pelo caso em concreto, motivo pelo qual, naquele caso em questão, suspendeu-se a efetuação de tal modalidade de interrogatório (TJSC, Habeas Corpus n. 2015.085972-2, de Itajaí, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 10-12-2015).

Destarte, vislumbra-se, por meio dos doutrinadores e acórdãos acima referidos que, apesar de a Lei n. 11.900 estar em vigência desde o ano de 2009, ainda há diversas críticas a respeito do interrogatório por videoconferência, especialmente referentes ao direito à ampla defesa e contraditório do réu, sendo que o STF ainda não firmou entendimento consolidado a respeito e quanto ao STJ, apesar deste retratar que, quando estiverem presentes os requisitos autorizadores e a decisão for devidamente fundamentada pelo juiz, poderá ocorrer o interrogatório por videoconferência, constata-se que este deixa uma “brecha” para a demonstração de efetivo prejuízo à defesa do réu, quando realizado o interrogatório por tal meio.

Considerações Finais

A Lei n. 11.900/2009 foi a responsável pela possibilidade, em casos excepcionais e mediante decisão devidamente fundamentada pelo magistrado, da realização do interrogatório, e de outros atos processuais, por meio do sistema de videoconferência.

Referente ao interrogatório *online* existe dois posicionamentos entre os doutrinadores. Os que são favoráveis à referida modalidade de interrogatório justificam tal ponto de vista, genericamente, pela celeridade processual, pela segurança, pela economia aos cofres públicos quanto ao transporte de réus presos, bem como pelo fato de o exercício do contraditório e da ampla defesa estar devidamente assegurado em razão da eficiente tecnologia que recai sobre os equipamentos utilizados na realização de tal ato. Por outro lado, aqueles que repudiam a realização do interrogatório por videoconferência, fundamentam com base na afronta, principalmente, dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Ocorre que, diante de toda a explanação relatada no desenvolvimento deste artigo, não há como se olvidar que o interrogatório efetuado por meio da videoconferência viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o

exercício de tais direitos sofre gritante prejudicialidade, ao passo que retira do acusado a única oportunidade de se defender pessoalmente e diretamente frente à pessoa do magistrado, acerca da acusação que lhe recai.

Tem-se que a tela de um computador não é capaz de transmitir ao juiz, e sequer ao réu, a veracidade e a seguridade da compreensão de todas as circunstâncias e particularidades que podem ser constatadas quando o interrogatório é efetuado diretamente com a pessoa física do magistrado, tais como o relato de eventual tortura a qual o acusado é submetido, a gesticulação, estado de ânimo, modo de falar, reações, o caráter, o sentimento e a idoneidade das palavras do réu, elementos demasiadamente importantes para a formação do convencimento do magistrado.

Além disso, o fato de ser assegurado, em tese, um advogado *ad hoc* ao acusado que se encontra no ergástulo penal durante a audiência não irá suprir a presença física de seu defensor (público, constituído ou dativo), uma vez que a ligação existente entre o réu e seu defensor é de grandiosa confiança e particularidade, sendo que aquele não possuirá a mesma confiança diante de um advogado nomeado somente para o ato do interrogatório virtual, o qual, além de ser-lhe desconhecido, não assistiu ao andamento processual.

Outrossim, a previsão de comunicação por meio telefônico, envolvendo o réu e seu defensor que se encontra na sala de audiências do Fórum não garante efetiva defesa, eis que dificilmente o réu sentir-se-á seguro para expressar o que pretende por meio telefônico, sem falar que a audiência sofrerá interrupções nocivas para que o defensor entre em contato com o acusado e o oriente acerca de eventuais questionamentos efetuados, bem como com o advogado *ad hoc*.

Insta destacar, inclusive, a possibilidade de ocorrência de falhas no sistema de transmissão de som e imagem durante a audiência, pois como todo sistema tecnológico, este também se sujeita a tais acontecimentos.

No que tange aos argumentos de celeridade processual, economia aos cofres públicos e segurança, utilizados pelos defensores do interrogatório *online*, entende-se que tais justificativas não devem se sobrepôr aos princípios do contraditório e da ampla defesa, porquanto o Processo Penal lida com um dos direitos mais importantes dos seres humanos, qual seja, a liberdade. Além do mais, valendo-se da ponderação entre referidos princípios, verifica-se que não se pode levar em consideração somente a celeridade do processo e economia dos gastos, por meio da utilização da tecnologia

atual, e retirar do réu o único momento em que poderá se entrevistar pessoalmente com o magistrado.

Destarte, constata-se que a celeridade e a economia são princípios significativos ao direito processual moderno. No entanto, quando em conflito com o contraditório e a ampla defesa, deverão ser priorizados estes últimos, haja vista que a busca maior no processo penal deve ser pela verdade real, evitando deste modo eventuais cometimentos de abuso de poder e visando a efetivação da justiça.

Assim sendo, vislumbra-se que, apesar de devidamente inserido no Código de Processo Penal, o interrogatório por videoconferência fere os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, na medida em que dificulta o exercício de tais garantias, razão pela qual se coaduna com o pensar de Paulo Rangel, quando afirma ser inconstitucional.

Referências

BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Princípios do Processo Penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
BONFIN, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 10ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 jul. 2016.

_____. **Decreto Lei nº 3.689 de 03 de Outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 19 jul.2016.

_____. **Lei n. 11.900 de 08 de Janeiro de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2007-2010/2009/Lei/L11900.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.rolim.com.br/2002/pdfs/pactoSanJose.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/ESTATUTO-DE-ROMA-DO-TRIBUNAL-PENAL-INTERNACIONAL3.pdf>>. Acesso em: 09 ago. 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8ª edição. Curitiba: Positivo, 2010.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIOREZE, Juliana. **Videoconferência no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev., ampl., atual. Curitiba: Juruá, 2009.

FREITAS, Daniele Medeiros. **Interrogatório por Videoconferência no Processo penal**. 2014. Disponível em: <<http://www.mastereditora.com.br/periodico/20140216194230.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

LIMA, Vinícius Lins Leão. Uma visita à autodefesa no processo penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1772, 8 maio 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11250>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e Sua Conformidade Constitucional**: 9. ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de processo e execução penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OTANI, Nilo; FIALHO, Francisco Antonio Pereira. **TCC: métodos e técnicas**. 2. ed. rev. atual. Florianópolis: Visual Books, 2011.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/busca.do>. TJSC, Habeas Corpus n. 2015.085972-2, de Itajaí, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 10-12-2015>. Acesso em: 14 set. 2016.

SCHAEDLER, Suzana Carline. **Interrogatório do Réu por Videoconferência: breves apontamentos**. 2011. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Suzana_Aline.pdf>. Acesso em: 13 ago. 2016.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SOUZA, Vanessa Mota de. **A (in) constitucionalidade do Interrogatório por Videoconferência: afronta ao princípio constitucional da ampla defesa?**. 2010. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/234/3/20304996.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2016.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=i>

[nterrogat%F3rio+videoconfer%EAncia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28interrogat%F3rio+videoconfer%EAncia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11)>. Acesso em: 11 set. 2016.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28interrogat%F3rio+videoconfer%EAncia%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/hgk5oje>>. Acesso em: 11 set. 2016.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.

CAPÍTULO 02

A APLICABILIDADE DO AUXÍLIO-RECLUSÃO SOBRE OS DEPENDENTES À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Caroline Teixeira Corrêa
Michele Barreto Cattaneo
Márcia Zomer Rossi Mattei
Joélia Walter Sizenando Balthazar

Resumo: O presente artigo trata do benefício previdenciário auxílio-reclusão e à dignidade da pessoa humana. Visa analisar a importância dos benefícios gerados para os dependentes do segurado. Por meio de pesquisa bibliográfica apresenta a evolução da legislação e, também, o ordenamento jurídico, trazendo seus requisitos para a concessão. Deixa claro que a concessão do benefício é uma verdadeira contrapartida frente à previdência em relação às contribuições do segurado. Visa relacionar o instituto auxílio-reclusão com os princípios da Seguridade Social e assim com a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana. Este benefício estabelece ligação social e econômica para a família do segurado, o qual mostra a injustiça e as discussões previstas para a concessão de tal benefício. Faz-se também necessário recorrer ao estudo constitucional do tema, a fim de relacionar a instituto do auxílio-reclusão com os princípios da Seguridade Social e direitos fundamentais, entendendo ser o caminho a ser trilhado para alcançar os objetivos.

Palavras-chave: Auxílio-Reclusão. Seguridade Social. Segurado. Dependentes. Dignidade Humana.

THE APPLICABILITY OF AID-REFUSAL ON DEPENDENTS IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Abstract: This article deals with the social security benefit of seclusion and the dignity of the human person. It aims to analyze an import of benefits generated for dependents of the insured. Through bibliographic research it presents a development of the legislation and also the legal ordering bringing its requirements to a concession. It makes clear that the granting of the benefit is a true counterpart to the pension in relation as insured contributions. Come linking the institute relief-seclusion with the principles of Social Security and thus with an applicability of the principle of the dignity of the human person. Concluding that this benefit, establish a social connection and economy for an insured family, which shows an injustice and as discussions planned for a grant of such benefit. It is also necessary to recourse to the constitutional study of the subject, in order to relate the institute of with the principles of Social Security and fundamental rights, understood as the way to be pursued to achieve the goals.

Key-words: Aide-Reclusion. Social Security. Insured. Dependetes. Human Dignity.

Introdução

Inicialmente, o presente artigo abordará a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS), em especial o auxílio-reclusão.

Assim, o auxílio-reclusão está vinculado na (LOPS) Lei Orgânica da Previdência social, mas também foi mantida pela Constituição Federal, no entanto vem deliberando algumas discussões por parte da eficácia no âmbito familiar. Na Constituição está elencada em seu artigo 1º, inciso III sobre o princípio da dignidade humana, em que esse estudo faz jus e, assim, implicando contra esse benefício.

O fato social normativo em que se pese, é o ponto de avanço para estabelecer uma formação da noção do direito, no qual surge das necessidades fundamentais humanas, que são vistas como condição essencial para a própria subsistência. Assim por outro aspecto, fica subentendido que esse benefício tem a condição somente de amparar os dependentes do apenado, mostrando como uma ofensa ao princípio da dignidade humana, pois a família da vítima a qual fica desamparada, às vezes nem sempre recebe apoio legal por parte do estado.

Precisa-se deixar claro que as penas de detenção e reclusão em regime fechado ou semiaberto têm caráter personalíssimo, ou seja, só atinge o autor do crime não se estendendo aos seus familiares. São as normas jurídicas que delimitam as condições inerentes a uma vida digna, como uma forma de proteger. Já em relação à prática de algum delito, a prisão é a alternativa encontrada pelo estado de impor ao preso a cumprir a normativa aplicável, no qual o cidadão fica sujeito somente ao estado, mas em contrapartida, se faz parte da Previdência, fica então suspenso de suas atividades laborativas até no momento desempenhado normalmente. Assim extingue a sua capacidade de trabalho, em razão de sua prisão provisória ou definitiva, conforme as normas jurídicas aplicáveis, dando o direito Previdenciário a cessar os meios econômicos que o seio familiar possui e sem o suporte desejável, são implícitas, no caso do cidadão de baixa renda, que seus dependentes passem por sérios contratemplos e o mais importante que é a sobrevivência.

A ligação de dependentes no Regime Previdenciário está delineada no artigo 16 e seus respectivos incisos da Lei nº 8.213/1991. Observando essa realidade, do conjunto dos meios para a sobrevivência, tais como alimentação, medicamentos, moradia de cada um dos membros da família do segurado apenado, foi a partir desse viés que o cidadão encarou assim tal dificuldade e atribuiu a Previdência para ter algum benefício em razão de seus dependentes, no qual ficam desamparados e só vão poder fazer jus aos

benefícios, se seus familiares estiverem inseridos na qualidade de dependentes, conforme a classe estabelecida.

Sobre outros meios de proteção no qual a Previdência se obtém, tem um diferencial que é a contribuição, ou seja, o cidadão contribui certo tempo e, conseqüentemente, tem direito de receber os benefícios que deseja utilizar e, assim, auxiliará na sobrevivência, podendo ser a própria pessoa que contribui, ou no caso seus dependentes no qual provém de sua renda. Assim, dentre vários casos que necessitam do princípio da dignidade da pessoa humana, o benefício auxílio-reclusão é um dos que precisa de mais aplicabilidade e que traz algumas discussões.

Procedimentos Metodológicos

A abordagem das principais regras metodológicas que devem ser verificadas durante a elaboração de um artigo acadêmico, objetivando a melhor compreensão quanto à natureza e aos objetivos do trabalho, de modo a contribuir significativamente na qualidade dos resultados obtidos.

Para Demo (2012, p. 11), a metodologia pode ser definida como:

O significado de metodologia, na origem do termo, do estudo dos caminhos, dos instrumentos usados para se fazer ciência. É uma disciplina instrumental a serviço da pesquisa. Ao mesmo tempo em que visa conhecer caminhos do processo científico, também problematiza criticamente, no sentido de indagar os limites da ciência, seja com referência à capacidade de conhecer, seja com referência à capacidade de intervir na realidade.

É por meio dos procedimentos metodológicos adotados em um artigo acadêmico que se encontram as maneiras de solucionar um problema, pois os procedimentos traçam o caminho com a finalidade de atingir o objetivo.

Ressalta-se que, em razão de ser um tema atual, no qual, ainda não existe um grande número de obras publicadas ou considerável acervo disponível para o desenvolvimento completo e eficaz do artigo, utilizou-se ao método de abordagem dedutivo, visto que é a modalidade de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinada premissa.

Em relação aos objetivos, utilizou-se a pesquisa exploratória, haja vista que possibilitou a verificação da importância que tem a concessão dos benefícios do auxílio-reclusão para a família e dependentes inscritos do recluso frente a Previdência, pois a pesquisa exploratória, conforme Cerro (2007, p. 63), “não requer a elaboração de

hipóteses a serem testadas no trabalho, restringindo-se a definir objetivos e buscar informações, [...] tem como o fenômeno obter uma nova percepção e descobrir novas ideias”, visto que se trata de um assunto com uma ampla discussão no meio jurídico.

Além de possuir também uma finalidade de cunho explicativo, haja vista que na elaboração do presente artigo analisaram-se fatos atuais, interpretando-os conforme a lei, visando a identificar os fatores e controvérsias existentes que regem sobre a concessão do auxílio-reclusão.

O procedimento técnico utilizado foi o bibliográfico, visto que a pesquisa bibliográfica faz com que aquele que estivesse pesquisando tivesse contato com o que já foi produzido e registrado sobre a mesma, por isso foi elaborado o presente artigo com o intuito de interromper a questão da desigualdade anda muito viva na questão da renda desses benefício, por meio da legislação aplicada e os princípios basilares trazidos no presente artigo. Além do mais:

No parecer de Gil (2008, p. 50):

A pesquisa bibliográfica é desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Embora em quase todos os estudos seja exigido algum tipo de trabalho desta natureza, há pesquisas desenvolvidas exclusivamente a partir de fontes bibliográficas. Partes dos estudos exploratórios podem ser definidas como pesquisas bibliográficas, assim como certo número de pesquisas desenvolvidas a partir da técnica de análise de conteúdo.

Por isso, este procedimento adotado se denotou necessário para que o assunto fosse abordado com maior precisão.

A abordagem de pesquisa utilizada foi à qualitativa, pois assim busca um aprofundamento da realidade das famílias que adquirem esse benefício, bem como o posicionamento doutrinário sobre o tema.

Desta feita, com os métodos de pesquisa empregados, buscou-se trazer uma reflexão acerca que acreditam ser injusto o pagamento do benefício, muitas vezes por falta de informação, bem como colocar a prova que a referida parcela beneficiária está de acordo com as normas Estatais e leis vigentes.

Evolução da Legislação Previdenciária

Seguridade social

A seguridade social nada mais é que a fonte no ordenamento jurídico social e, corroborando esta afirmação, Marisa Ferreira dos Santos (2015 p. 13) destaca “que o seguro social tem em base a prioridade de amparar o trabalhador, evidenciando bem-estar e justiça sociais”.

Importante trazer o conceito aplicado no artigo 194 da Constituição Federal de 1998, o qual prevê:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (BRASIL, 1988, p. 64).

Desta forma, Marisa Ferreira dos Santos (2015 p.13), expõe que “o dever constitucional imposto aos poderes públicos e à nossa sociedade, comprova que a solidariedade é à base da seguridade social”.

Por isso, a legislação estabelece um efeito para cada tipo de segmento em relação à assistência social, no que tange o direito à saúde, e dos trabalhadores quando não há mais como conseguir seu próprio sustento e de seus familiares e, ainda, podendo reduzir as desigualdades sociais por meio da seguridade social, tendo em vista que todos obtêm direito de alguma forma, independente da condição socioeconômica financeira.

Assistência Social

Já a assistência social é mais ampla, tendo em vista que independe se o indivíduo- contribuinte- presta ou não a contribuição necessária para a seguridade social, tendo em vista que será sempre disponibilizada a utilização desta máquina para amparar aqueles que não conseguem por qualquer meio, prover seu sustento.

Neste sentido, a Lei n. 8.742/93 (LOAS), os artigos 1º e o 203, da Constituição Federal, conceituam:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

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. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (LOAS, 1993)

Em razão disso, a seguridade social está vinculada à assistência social, ambas amparadas por nossa Carta Magna e, por isso, ao decorrer do presente artigo, será questionada também a disposição prevista no artigo 204 da Constituição Federal, qual visa *“garantir um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família”*. A linha assistencial da seguridade tem como abranger um propósito sobre a questão da previdência social, segue preenchendo as lacunas pendentes nesse quesito, sendo que esta depende de contribuição, como vai ser visto com mais detalhes.

Previdência social

A assistência social visa o bem comum, mas em contrapartida, a previdência social tem como regra, a efetiva contribuição necessária para concessão dos benefícios destinados ao segurado.

A par disso, o segurado necessita contribuir por períodos para que em momentos de necessidades consiga alguns benéficos estabelecidos pelo período contribuído, ou seja, o auxílio – reclusão, objeto do presente artigo, o segurado é recolhido na prisão e quem goza dos benefícios serão totalmente os dependentes do segurado.

Neste sentido, a Constituição Federal da República, no artigo 201, traz características da Previdência Social, quais sejam:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (BRASIL, 1988, p. 66)

Relata João Ernesto, (2014, p 24) que “o regime previdenciário é contributivo, somente têm cobertura previdenciária aqueles que contribuem, ao contrário, a saúde e assistência social, cujas prestações independem de contribuição.”.

Dado isso, após verificarmos que a previdência social exige do contribuinte períodos obrigatórios para pagamento da contribuição, para assim, o contribuinte possuir os benéficos concedidos e possuir qualidade de segurado, para então, gozar de tais benéficos.

Evolução história do Direito frente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O Brasil passou por uma grande transformação na legislação, tendo primeiramente o marco a ditadura militar, entre os anos de 1964 a 1980. A partir da década de 1980, vivenciava-se o estado de democratização. No período de 1988 foi promulgada a Constituição Federal da República, objetivando-se o poder de garantir a normatização dos direitos sociais de uma nação e, conseqüentemente, a nossa carta magna é conhecida como a mais completa legislação, remetendo a todas outras leis presentes em nosso país, tornado o Brasil um Estado democrático de direito, visando, primordialmente, à garantia dos direitos fundamentais, tais como: a soberania, a cidadania e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

Plácido e Silva (2008) dizem que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação.

Assim conclui que ao surgir o Princípio da Dignidade Humana, deve-se levar em conta o vínculo tão importante do ser humano e da íntegra dignidade, não só apenas na questão da evolução do Direito, mas sim o caminho individual e social.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Ao conceituar este princípio, Tassy Gonzales (2012, p. 27) dispõe que “dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica.”.

Também, tal princípio vincula todas as legislações pertinentes em nosso país, abrangendo em várias definições, visto que a palavra dignidade por si só já possui sinônimos de virtude, honra e consideração e para vincularmos este princípio ao auxílio-reclusão, temos que destacar alguns pontos, quais sejam: a) os benefícios gerados aos dependentes do segurado, o principal benefício seria a renda transferida para os dependentes, para que não fiquem desamparados ou que não tenha mas direito de ter uma vida digna, ou seja moradia, lazer.

Nesta linha, frisa-se a importância da dignidade da pessoa humana elencada na Carta Magna, no artigo 1º, inciso III.

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

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988, p. 07)

Para garantir que não haja injustiça em nossa legislação e que esta não seja omissa em alguns casos, sendo por qualquer meio, pois se trata de um valor moral que constitui um estado democrático, visando à proteção dos cidadãos, desde o crescimento até sua evolução, no qual se faz ter direito à uma vida digna. Contudo supõe um conjunto de valores no âmbito de uma comunidade em que a constituição se vê positivar.

Desse modo, importante conferir que toda pessoa tem sua dignidade, independente de raça, cor, nacionalidade ou por qualquer outra característica que sobrepõe, mas o que devemos ter em mente é a aplicação do princípio exposto e se tal princípio está em conformidade com a legislação. No presente caso temos que analisar se o princípio da dignidade da pessoa humana está sendo usado aos dependentes e ao segurado — recluso — frente à legislação previdenciária.

O benefício auxílio-reclusão e seus requisitos para concessão

Reclusão

O conceito de reclusão é um substantivo feminino que designa: estado de preso, prisão, cárcere etc. No Direito Penal Brasileiro reclusão é uma norma estabelecida como uma medida de restrição de liberdade, previstas como pena para crimes, admitindo-se o regime inicial fechado, aplicado nas sanções mais severas previstas em nosso ordenamento jurídico.

Vejamos o que disciplina o artigo 33, do Código Penal:

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Considera-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) regime fechado à execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b) regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c) regime aberto à execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado (CP, p.526)

Ainda, neste sentido Tassya Gonzales (2012, p 59):

O requisito fundamental para a concessão do benefício é o segurado ter restrita sua liberdade, impedido de realizar qualquer tipo de atividade laborativa que lhe garanta subsistência, onde é necessária a concessão do benefício para que seus dependentes não fiquem desamparados financeiramente. O objetivo principal é garantir a subsistência desses familiares desamparados após o recolhimento à prisão do segurado.

À vista disso, o auxílio-reclusão, ora benefício em questão, independe do regime em que o recluso se encontra para ser concedido, mas ocorre que o nome apesar de estar taxado como auxílio – reclusão, a palavra “reclusão” não se altera em nada, ou seja, não basta estar neste regime para se enquadrar e receber a concessão do benefício tem que preencher todos os requisitos que adiante serão expostos.

Detenção

Reclusão e Detenção são unicamente formas de penas privativas de liberdade, não se limitam em três formas de cumprimento das penas, quais sejam elas, regime fechado, regime semiaberto e regime aberto. Na detenção os regimes que entraram em vigor são apenas regime semiaberto e aberto, mas sem excluir o regime fechado o qual se encontra em momento de transferência.

Mas advém que nos crimes apenados com detenção, o regime inicial não pode ser o fechado, devendo ser o regime semiaberto ou aberto.

Auxílio - Reclusão

A título de esclarecimento aos cidadãos à previdência social conceitua o auxílio-reclusão como:

O auxílio-reclusão é um benefício devido apenas aos dependentes do segurado do INSS (ou seja, que contribui regularmente) preso em regime fechado ou semiaberto, durante o período de reclusão ou detenção. O segurado não pode estar recebendo salário de empresa nem benefício (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2017, s.p.)

Ainda, traz-se à baila o posicionamento da Tassya Gonzales (2012, p. 12) que dispõe sobre a concessão do auxílio-reclusão:

O requisito para a concessão do auxílio reclusão é a incapacidade laborativa em virtude do recolhimento a prisão. Se o segurado encontrar-se em livramento condicional, ele terá capacidade de exercer qualquer tipo de atividade remunerada, podendo prover o sustento de seus familiares. Nesse caso, o auxílio reclusão, perde sua natureza e, por conta disso, não será concedido nesses casos.

Desse modo, afirma-se que este benefício é concedido exclusivamente aos dependentes do segurado (familiares), ora recluso ou detento, vinculado à Previdência Social e, conforme doutrina Fábio Ibrahim (2015, p 682) “assim como o salário-família, o auxílio-reclusão é restrita ao segurado de baixa renda, só quem se enquadra nessa faixa que dará direito à sua família de usufruir dos benefícios”.

Para que os dependentes recebam a concessão deste benefício deve ser feito um estudo junto à Previdência Social, o qual será analisado o último salário auferido pelo segurado, ora recluso, devendo este ser menor ou no limite de R\$ 1.292,43 (um mil reais, duzentos e noventa e dois reais e quarenta e três centavos), valor previsto e corrigido pela legislação previdenciária no ano de 2017.

Requisitos para a Concessão do Benefício

O contribuinte, ora recluso, ao contribuir junto à Previdência Social tem estabilidade como segurado e, por si só goza de vários benefícios previsto na legislação previdência, inclusive um benefício concedido aos seus dependentes, mas para que este benéfico tenha eficácia será necessário preencher os requisitos previstos no artigo 80 da lei 8.213/91:

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário (LEI 8.213/91 p. 1512)

O presente artigo acima mencionado traz somente os termos dependentes do segurado, mas não o especificando, por isso o artigo 116 do Decreto n. 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social) RPS, dispõe sobre quem terá direito ao benefício:

Art. 116. § 1º É devido auxílio-reclusão aos dependentes do segurado quando não houver salário-de-contribuição na data do seu efetivo recolhimento à prisão, desde que mantida a qualidade de segurado.

§ 2º O pedido de auxílio-reclusão deve ser instruído com certidão do efetivo recolhimento do segurado à prisão, firmada pela autoridade competente.

§ 3º Aplicam-se ao auxílio-reclusão as normas referentes à pensão por morte, sendo necessária, no caso de qualificação de dependentes após a reclusão ou detenção do segurado, a preexistência da dependência econômica. (...)

§ 6º O exercício de atividade remunerada pelo segurado recluso em cumprimento de pena em regime fechado ou semiaberto que contribuir na condição de segurado de que trata a alínea "o" do inciso V do art. 9º ou do inciso IX do § 1º do art. 11 não acarreta perda do direito ao recebimento do auxílio-reclusão pelos seus dependentes. (Incluído pelo Decreto nº 4.729, de 2003) (DECRETO Nº 3.048 – RPS).

Ainda, o artigo 11 inciso IX, disciplina que:

Art. 11. É segurado facultativo o maior de dezesseis anos de idade que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social, mediante contribuição, na forma do art. 199, desde que não esteja exercendo atividade remunerada que o enquadre como segurado obrigatório da previdência social.

IX - o presidiário que não exerce atividade remunerada nem esteja vinculado a qualquer regime de previdência social. (DECRETO Nº 3.048 – RPS)

Neste sentido, também vale destacar o conceito de dependentes previsto no site da Previdência Social:

Para cônjuge ou companheira: comprovar casamento ou união estável na data em que o segurado foi preso; para filho, pessoa a ele equiparada ou irmão (desde que comprove a dependência), de ambos os sexos: possuir menos de 21 anos de idade, salvo se for inválido ou com deficiência. (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2017, s.p.).

Desta forma, confirmando a legislação acima mencionada, o doutrinador (JOSÉ ANTÔNIO, 2015) traz que “o primeiro requisito para a concessão do auxílio – reclusão é a prisão, entendida de forma ampla, como qualquer restrição à liberdade imposta”; segundo é à questão do valor de contribuição/renda do segurado, destaca-se que aqui falamos do último salário do segurado, ora valor previsto pela legislação; e, terceiro dever ter contribuído no mínimo até 18 (dezoito) contribuições, não podendo estar em gozo de qualquer outro benefício previdenciário, quais sejam: auxílio – doença, aposentadoria ou aquele em que cumpriu com todos os requisitos da aposentadoria, mas, ainda opta por permanecer em atividade.

Outrossim, ressalta-se que, mesmo o segurado não ter contribuído o mínimo de 18 (dezoito) contribuições mensais, os dependentes ainda podem usufruir de seus benefícios sendo em parcelas menores, conforme consta na legislação ou no próprio site da Previdência:

Para o cônjuge, o companheiro, o cônjuge divorciado separado judicialmente ou de fato que recebia pensão alimentícia: Duração de 4 meses a contar da data da prisão: “Se a reclusão ocorrer sem que o segurado tenha realizado 18 contribuições mensais à Previdência.”

Da Data de Início (DIB), Duração e Fim do Benefício Previdenciário.

O benefício concedido não gera efeito vitalício, muito pelo contrário, possui início e fim para sua concessão, com exceção no período de contagem aos dependentes incapazes, qual será contado a partir do recolhimento concreto da prisão, independente do pedido do benefício.

Neste sentido, tem-se o posicionamento de José Antônio (2015, p.300):

A data do início do benefício se dispõe de duas alternativas: a) à data do efetivo recolhimento à prisão, se requerido até 30 (trinta) dias posterior desta; b) à data do requerimento administrativo, se requerido após o decurso do prazo de trinta dias do recolhimento da prisão.

Não menos importante, é destacar que o segurado, ora recluso, caso não contribuir mensalmente junto à Previdência Social, pelo período mínimo de 18 (dezoito) contribuições mensais, infelizmente, os dependentes não usufruirão de seus benefícios

por muito tempo. Outro ponto relevante aos dependentes de segurado, ora recluso, é a união, tanto sendo casado com registros legais ou conviventes em união estável por menos que 2 (dois) anos antes do recolhimento da prisão, visto que se for contribuído junto à Previdência Social por mais de 18 (dezoito) contribuições, conseqüentemente, os benefícios serão prolongados, sendo por 04 meses

De outro lado, é claro que há a extinção do auxílio – reclusão, para isso a lei previdenciária disciplinou requisitos para tal extinção, quais sejam: a) morte do segurado, neste caso há uma conversão para o benefício pensão por morte, ficando o dependente ainda segurado — neste caso a lei previdenciária beneficiando os dependentes; b) fuga do recluso ou detento, liberdade condicional, transferência para a prisão; c) o dependente completar mais de 21 (vinte e um) anos de idade ou for emancipado; d) com o fim da invalidez ou morte do dependente.

Por isso conforme o autor Fabio Ibrahim (2015, p. 683) o qual dispõe que “de modo a comprovar a condição de preso do segurado, o beneficiário deverá apresentar trimestralmente atestado, indicando que o segurado continua recluso ou detido”.

Classificação dos beneficiários pelo Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado — recluso.

O significado de dependência é atribuído pela Previdência Social (2017, s.p.) tem-se como:

Todo e qualquer cidadão que, em relação ao segurado do INSS se enquadre em um dos dois critérios básicos de dependência (econômica ou condição familiar), será considerado “dependente” e poderá ser inscrito para fins de recebimento de benefícios ou pagamento de resíduos.

Os dependentes são classificados por prioridades, quais sejam elas elencadas pela lei previdenciária da seguinte maneira:

Cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; os pais; irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente (PREVIDENCIA SOCIAL, 2017, s.p.).

Neste sentido, o artigo 16 da Lei nº 8.213/91, dispõe:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

II - os pais;

III - o irmão, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido.

Por isso, novamente, a norma jurídica acima menciona quais os dependentes a receber a concessão do benefício previdenciário sob exame, valendo-se dizer que caso haja a concessão aos dependentes elencados no inciso I, do presente artigo, cessa o direito às classes seguintes, podendo haver mais de um beneficiário numa mesma ordem, devendo o valor concedido ser compartilhadas de forma proporcional e igualitária, seguindo os princípios da proporcionalidade, ambos devendo comprovar sua dependência pelo segurado.

Os benefícios gerados aos dependentes são: Pensão por Morte e Auxílio-Reclusão, assim advém que só poderão fazer jus quando o segurado morre ou em recolhimento a prisão, vindo como consequência os dependentes que dele economicamente se elencavam. Ocorrendo esses dois episódios, o apenado que está preso e contribui para a Previdência Social terá os benefícios que necessita.

Auxílio-reclusão e a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana

Após buscar compreender melhor o que é a Dignidade da Pessoa Humana, é possível notar que o direito previdenciário anda junto com o artigo 1º da nossa Carta Magna, enfatizando melhor os princípios que regem a Previdência e dando mais eficácia no que diz respeito à proteção de um direito ao segurado. A palavra dignidade é a principal base para que se possa entender a justa aplicabilidade das normas de direito, que visa garantir corretamente a concessão dos benefícios de qualquer princípio previdenciário.

Portanto, a grande relação no que tange a esse princípio é a questão da renda do segurado no auxílio-reclusão, hoje conforme o site da Previdência estabelece que a partir de 01/01/2017 o limite máximo do salário de contribuição do segurado preso para o recebimento do auxílio reclusão para os seus dependentes é de R\$ 1.292,43 (um mil duzentos e noventa e dois reais e quarenta e três centavos), sendo assim para que os dependentes tenham direito, é necessário que o último salário recebido pelo segurado

esteja dentro desse teto, no qual é previsto pela legislação, caso haja um aumento daquele valor conseqüentemente não há direito ao benefício. Por conta disso é descrito dizer que há desigualdade ao verificar a renda dos dependentes, é injusta, pois digamos que, o segurado que recebeu o último salário de contribuição com um valor mais abrangente do que o limite, sendo que todos os demais salários de contribuição foram abaixo do previsto, assim seria razoável deixar de conceder o benefício aos dependentes por ter somente naquele mês (o da prisão) recebido um valor mais alto do que o limite considerado pela legislação. Mas também, interpretando outro aspecto, no qual dispõe que, se a remuneração no mês da prisão for abaixo que o limite e em todos os demais meses for além, neste caso também não seria a posição, mas correta em conceder o benefício, e essa situação hipotética vem afrontando ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O Supremo Tribunal de Justiça diz que:

Não deve ser analisado levando em consideração apenas o critério matemático, mas também deverá considerar outros elementos existentes no caso concreto, de modo que permitiu o recebimento do auxílio pelo dependente do segurado recluso que não se enquadrava matematicamente como segurado de baixa renda (STJ, 2015)

Assim vem a questão que deve ser levado em conta, o último salário de contribuição ou a renda dos dependentes, os defensores da tese opinam que a renda a ser analisada é a dos dependentes no qual os benefícios são totalmente direcionados a subsistência destes, vindo em que circunstâncias aquela família realmente vive, sem privação de uma vida digna.

A jurisprudência interpretada pelo Supremo Tribunal de Justiça vem alcançando essa direção:

PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. 1. A controvérsia gira em torno dos requisitos para a concessão do benefício auxílio-reclusão. 2. **O auxílio-reclusão é benefício previdenciário que possui como condicionante para a sua concessão à renda do preso no momento da prisão.** 3. O Tribunal de origem deixou claro que a verba percebida pelo segurado atingia mensalmente montante superior ao teto fixado na Portaria MPS n. 727/03. Nesse contexto, a revisão da conclusão a que chegou o Tribunal a quo encontra óbice no disposto na Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (Grifado)
(STJ - AgRg no AREsp: 568308 SP 2014/0212563-3, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 07/10/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/10/2014)

Como está bem claro acima, o STJ entende que o preso tem a obrigação de ser segurado, ou seja, para requerer o benefício, deve constar na categoria de contribuinte, ao contrário seus dependentes não terão direito de receber. Tem-se que não é qualquer preso há ter direito ao benefício, só aquele que possui o perfil de baixa renda, ou seja, abaixo do teto estabelecido pela previdência.

Por outro viés, o Supremo Tribunal Federal dispõe que:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MUNICIPAL. AUXÍLIO-RECLUSÃO. BENEFÍCIO QUE DEVE LEVAR EM CONTA O SEGURADO, O QUAL DEVE POSSUIR BAIXA RENDA. INTERPRETAÇÃO LITERAL DO ART. 201, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. PRECEDENTES DO STF. SENTENÇA MANTIDA POR OUTRO FUNDAMENTO. APELO DESPROVIDO. Apesar da divergência sobre qual situação deveria ser observada para a concessão da benesse, se do segurado ou dos dependentes, o entendimento do **Supremo Tribunal Federal, segundo a doutrina majoritária, firmou no sentido de que a interpretação do dispositivo deve ser literal, ou seja, quem deve ter baixa renda é o segurado.** "(...) I - Segundo decorre do art. 201, IV, da Constituição, a renda do segurado preso é que a deve ser utilizada como parâmetro para a concessão do benefício e não a de seus dependentes. II - Tal compreensão se extrai da redação dada ao referido dispositivo pela EC 20/1998, que restringiu o universo daqueles alcançados pelo auxílio-reclusão, a qual adotou o critério da seletividade para apurar a efetiva necessidade dos beneficiários" (Grifado). (STF, RE n. 587365/SC, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 8.5.09). (TJSC, Apelação Cível n. 2008.054740-9, de Chapecó, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-02-2013).

Desta forma, podemos analisar que o INSS e, até mesmo as questões doutrinárias e jurisprudências, estabelecem o critério de que a renda a ser considerada para a concessão do benefício é a do segurado, mas essa questão é injusta, poderia pelo menos ser usado então como apenas um parâmetro para a verificação dos valores. Em base disso, para que a lei não seja tão inconstitucional, por aferir o princípio da dignidade da pessoa humana, seria considerar que a Emenda Constitucional 20/98 instituísse um novo teto para o auxílio-reclusão, mas como consta na legislação e também na jurisprudência, a renda a ser analisada é a do segurado e não a dos dependentes, no entanto essa assimilação foi consolidada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Na esteira da jurisprudência, no mesmo sentido de que a norma visa amparar os familiares do recluso, em cumprimento do papel social, é que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu:

O auxílio-reclusão tem por objetivo atender às necessidades dos dependentes que, em face do inculpamento do segurado por ato criminoso, se vêem desassistidos materialmente. Assim, pouco importa se o segurado percebia mais ou menos do que o valor estabelecido na regra transitória, pois o recolhimento do segurado empregado à prisão suprimiu toda a renda destinada ao custeio da subsistência dos dependentes; tanto os dependentes do segurado que percebia salário mínimo, como daquele que auferia vultoso salário, ficam, pela eliminação da fonte de custeio de suas necessidades, ao desamparo (TRF-4ª Região, 6ª T. Agl 2000.04.01.077754-4, Rel. Juiz Carlos de Castro Lugon, DJU, 19-6-2001).

Posição contrária em relação ao STJ e STF, no qual verificam a última contribuição do segurado

Contudo, partindo para um posicionamento onde consta que a Emenda Constitucional 20/98 à Constituição Federal, foi sem nenhuma dúvida um preceito contrário as finalidades do auxílio-reclusão, pois assim possibilitou ao estado de deixar desamparados os familiares que dependem daquele benefício, caso a renda do segurado não se encaixe na maneira como a legislação prevê, e por isso ameniza o poder do estado na sua atuação social. Existe, porém, uma grande discussão sobre a 'constitucionalidade' da EC, pois entende-se que a imposição da baixa renda contraria o Princípio da Universalidade da Cobertura e do Atendimento que garante a proteção social a quem necessita, impondo uma condição ao segurando e não em relação aos seus dependentes. O segurado é quem precisa ter baixa renda para que seus dependentes possam receber o benefício, o que causa contradição, pois os dependentes podem ter baixa renda, e o segurado ter tido ocasionalmente o último salário-de-contribuição um pouco acima do valor exigido, indo contrário ao princípio acima citado ou, até mesmo ser ao contrário, o segurado ter baixa renda, e seus dependentes não, e mesmo assim requisitarem a concessão do benefício, não necessitando.

Considerações Finais

Como foi constatado, o auxílio reclusão é um benefício gerado pela Previdência Social para atender os dependentes do segurado recolhido à prisão. Existe considerável discussão frente a esse benefício, no qual se dispõe sobre a renda do segurado recluso, ou seja, se os dependentes do segurado que está recolhido à prisão possuísse remuneração além do que o previsto pela legislação, isso isentaria a fome, prestações de água, luz, ou seja, terão como manter-se? Mas em contrapartida, os dependentes do segurado recluso que possuísse remuneração de valor abaixo ou no limite do que está previsto, não terão condições de se manter e por isso fazem jus ao auxílio? Os

posicionamentos vistos até agora não regem um parâmetro entre a renda do segurado e do que realmente importa, para não surgir tanta desigualdade, que seria sua verdadeira situação de dependência fática, seria fazer estudos nas residências para ver se realmente são dependentes daquele benefício, ou seja, que não se abstém de nenhuma outra renda, somente à que transcende do auxílio-reclusão, pois uma coisa é ser dependente conforme os termos da lei e outro ser dependente de fato.

Na vida real isso não é feito pelo INSS, ou seja, para requerer o benefício, é só ir até a Previdência levando consigo os documentos descritos no site, que assim conseguem adquirir o benefício e não sendo acatado qualquer outro tipo de alternativa para poder tentar diminuir essa desigualdade de renda que gira em torno desse auxílio, sendo que objetivo da Previdência Social é ampliar, e não restringir. Observando doutrinas e jurisprudências, já podemos analisar que existem várias ideias contrárias, uns dizem que deve ser levado em consideração a renda do segurado, outros falam que deve ser no momento do recolhimento a prisão, outros a questão somente da renda dos dependentes, mas em base disso nada mais é do que simples discussões ainda bem restringíveis, sendo que o correto seria analisar como a família realmente vive, seu estado financeiro, se só dependem daquela renda para poder suprir suas necessidades

Referências

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 22 out. 2016.

Castro. P. Alberto, Carlos. **Manual de Direito Previdenciário**. 17ª Ed revista atualizada e ampliada. Editora Forense.

Conteúdo Jurídico. Artigo a **análise da baixa renda na concessão do auxílio-reclusão**. Disponível em (<http://www.conteudojuridico.com.br>). Acesso em: 14 Nov. 2017.

DEMO, Pedro. **Metodologia científica em ciências sociais**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

IBRAHIM, Fábio. **Curso de Direito Previdenciário**. 20ª Ed. Revista atualizada. Editora Impetus. 2015.

Jacira Brita Jusbrasil. Artigos. **Auxílio-reclusão entenda como funciona e quem tem direito de acordo com as novas regras**. Disponível em: (<https://jacirabrito.jusbrasil.com.br>). Acesso em: 24 Out. 2017.

Jusbrasil. Tópicos. Artigo da lei n 8742 de 07 de dezembro de 1993. Disponível em: (<https://www.jusbrasil.com.br>). Acesso em: 10 Out. 2017.

LOPES, G. Tassya. **A Concessão Do Benefício Previdenciário Auxílio-Reclusão à Luz Do Princípio da Dignidade Humana na Constituição Federal de 1988**. Fls 80. Monografia. UNIVEM. 2012

Mateuscm Jusbrasil. Artigos. **A importância do auxílio-reclusão para os dependentes do segurado preso à luz do princípio da dignidade humana**. Disponível em: (<https://mateuscm.jusbrasil.com.br>). Acesso em: 23 Out. 2017.

Previdência Social. **Serviços ao cidadão/auxílio-reclusão**. Disponível em: (<http://www.previdencia.gov.br>). Acesso em 06 Nov. 2017.

Rocha, M. Daniel. **Comentários à Lei de Benefícios da Previdência Social**. 13ª Ed. Revista atualizada e ampliada. Editora Atlas S.A. São Paulo. 2015

SALOMON, D. Vieira. **Como fazer uma monografia: Elementos de metodologia do trabalho científico**. 4 ed. Belo Horizonte: Interlivros, 1974.

SANTOS, F. Marisa. **Direito Previdenciário. Sinopses Jurídicas**. Editora Saraiva, 2015.

SAVARIS, Antônio. José. **Direito Previdenciário – Problemas e Jurisprudências**. 2ª Ed. Curitiba. Editora Alteridade, 2015.

Tjdft.jus. Institucional. Imprensa. Direito Facil. Reclusão x Detenção x Prisão Simples. Disponível em: (<https://www.tjdft.jus.br>). Acesso em 10 Out. 2017.

Web Artigos. **Uma abordagem crítica sobre aplicabilidade do benefício auxílio-reclusão**. Disponível em: (<https://www.webartigos.com>). Acesso em: 26 Out. 2017.

Planalto.gov. Lei 8.742. Disponível em: (<https://www.planalto.gov.br/>). Acesso em: 16 Nov. 2017.

Planalto.gov. Decreto 3048. Disponível em: (<https://www.planalto.gov.br>). Acesso em 16 Nov. 2017.

Ambito.juridico. Revistas artigos leitura e artigo. Disponível em: (<http://www.ambito-juridico.com.br>). Acesso em 16 Nov. 2017.

CAPITULO 03

Haitianos e africanos em Orleans: realidade e perspectivas sobre a socialização

Patrício Raduvanski Torres
Rodrigo Rossi
Joélia Walter Sizenando Balthazar

Resumo: Estudos sobre imigrantes haitianos no Brasil, demonstram as adversidades para o imigrante haitiano em desenvolver a sua inserção na sociedade, entre os motivos estão a dificuldade de falar a língua brasileira, a xenofobia e o racismo com estes imigrantes no nosso território. O trabalho em tela, tem como objetivo refletir sobre a situação dos imigrantes no município pesquisado, mediante estudo exploratório, bibliográfico e documental, aplicação de questionário, fazendo um comparativo com pesquisa anterior, realizada no ano de 2015; percebe-se que os imigrantes continuam basicamente em igual situação, merecendo destaque algumas questões, pois, notadamente ainda carecem de atenção por parte da sociedade. O artigo é um reflexo da realidade brasileira para os haitianos que tem o direito de migrar, e em virtude de obstáculos, estão esquecidos e o óbice de sua inserção social. Os imigrantes merecem mais respeito, uma vez que afirma o nosso Art. 5º da CF, “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.

Palavras-chave: Haitianos. Socialização. Imigração.

Introdução

Se não bastasse a difícil situação política e social do país, em 2008 quatro ciclones atingiram o Haiti levando a perdas econômicas da ordem de 15% do PIB (ROUSSEAU, 2010). Em janeiro de 2010 um forte terremoto assolou o Haiti, matando mais de 150.000 pessoas, deixando muitos desabrigados e destruindo grande parte da infraestrutura do país.

Este conjunto de situações adversas tem estimulado, quando não forçado, a população a deixar o país. A mais numerosa comunidade está nos Estados Unidos, seguida pela República Dominicana. Apesar de não ser um dos destinos mais procurados, tem-se aumentado rapidamente o número de imigrantes no Brasil (FERNANDES; MILESI; FARIAS, 2011).

Diante do crescimento do processo de imigração de haitianos e africanos para o Brasil em busca de melhores condições de vida, também se faz necessário verificar como está o processo de inclusão social desses imigrantes.

Com este trabalho buscar-se-á mediante aplicação de um questionário e posterior comparativo de dados obtidos em pesquisa realizada em 2015, verificar como está a situação dos imigrantes haitianos e africanos no município de Orleans/SC.

O presente artigo traz na sua primeira parte uma abordagem de como tem sido tratada a questão da imigração em massa para diversas regiões do mundo, e posteriormente uma abordagem mais a nível nacional. Na sua segunda parte traz uma pequena abordagem de como o imigrante será recepcionado, conforme sua escolaridade. Posteriormente com os dados obtidos através da aplicação do questionário, serão montadas tabelas e gráficos para a análise dos mesmos.

Fundamentação teórica

Ao nascer, toda pessoa recebe uma nacionalidade; Segundo o artigo 15 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, todo homem tem direito a uma nacionalidade e ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. Valério de Oliveira (MAZZUOLI 2015, p.782), cita que ao escolher quem são os nacionais o Estado classifica como estrangeiros todos os demais indivíduos que estejam em seu território, quer a título provisório ou definitivo. Nesse contexto, o imigrante é aquele que imigra, ou seja, aquele que entra em um país estrangeiro, com o objetivo de residir ou trabalhar; é aquele que sai de seu Estado e se desloca para outro Estado. No Brasil, esse fluxo teve seu marco com a vinda da família Real e a abertura dos portos. Nosso País sempre teve um grande número de migrantes. Isso ocorreu em função de diversos fatores, sejam por motivos econômicos, sociais, políticos, religiosos, culturais, entre outros.

Marcado ao longo de sua história por dominações estrangeiras, governos ditatoriais e golpes de estado, o Haiti, foi levado a ganhar o nada agradável título de país mais pobre da América. Além dos problemas socioeconômicos, o povo haitiano sofreu em 2010 uma tragédia natural, que praticamente desintegrou o país, gerando um cenário catastrófico de mortes, destruição e incertezas para o sofrido país caribenho. Muitos dos que perderam tudo partiram de sua terra natal, na tentativa de reconstruírem suas vidas

em outros lugares. O Brasil, então, passa a ser um destino muito procurado por esses imigrantes haitianos.

O processo de vinda de haitianos para o Brasil tem sido considerado a maior onda imigratória ao país em cem anos, sendo comparada historicamente àquela de italianos e japoneses que aportaram no país ainda no período imperial e nos primeiros anos da República (FOLHA, 2012).

A diáspora haitiana tornou-se uma realidade no Brasil, após o terremoto que atingiu o Haiti em 2010, intensificando-se no início do século XX, tendo como destino regiões diversas do mundo, especialmente Caribe, América do Norte e Europa Ocidental. Estima-se que um milhão e meio de haitianos, cerca de 15% da população do país, residam, atualmente, no exterior. Somam-se a isso ainda condições econômicas, governos ditatoriais sucessivos, golpe de estado e guerra civil que durou vários anos, contribuindo em muito para impulsionar os fluxos migratórios de haitianos.

Entre os imigrantes que chegam ao Brasil, o perfil mais comumente encontrado são homens jovens entre 25 e 34 anos, contudo, a partir de 2013, observa-se também um aumento do número de mulheres, crianças e idosos que migram para o país.

A atuação por parte do governo, através de política migratória no Brasil passam a ser mais discutidas no final de 2011, com críticas que partem tanto das entidades voluntárias, quanto da própria mídia.

Referente as críticas das entidades, estas reivindicam um maior envolvimento e responsabilidade dos governos - federal e estaduais – em ações de “inclusão” e “integração dos haitianos à sociedade brasileira”, alertam “para o risco de uma crise humanitária”, e criticam a retórica de “boas vindas” do discurso governamental, cuja “atuação prática” teria se limitado a conceder vistos humanitários, enquanto o atendimento efetivo aos imigrantes seria feito “exclusivamente” por “missionários evangélicos, igrejas católicas e instituições da sociedade civil” (Farias, 2011).

A mídia por sua vez, de um lado mostra seus posicionamentos, como o apoio explícito à medida governamental por parte do jornal Zero Hora, que, em editorial do dia 15/01/2012, defende o “controle do ingresso de haitianos ao país” (Zero Hora, 2012). De outro, um conjunto de outros atores da sociedade civil, que destacam a “situação humanitária e de solidariedade internacional” envolvida no recebimento aos haitianos e o desafio posto ao Brasil de “aplicar a solidariedade que defende como política” quando brasileiros migram a outros países.

Organizações de apoio às migrações vinculadas à Igreja Católica, redes de imigrantes e instituições acadêmicas, têm se mobilizado, principalmente através da internet, para reivindicar um tratamento humanizado à imigração haitiana por parte do governo e da própria mídia.

Ao analisarmos a mídia noticiosa brasileira, constatamos uma transformação do tratamento do processo de imigração haitiana para o país. No início temos um sentido de “fuga” do Haiti, da ‘miséria” e do “desastre”, que é substituído logo após pelo sentido de “invasão haitiana” (COGO, 2016).

Os migrantes econômicos são os que decidem se deslocar para melhorar as perspectivas para si e sua família, enquanto os refugiados se deslocam para salvar suas vidas ou preservar sua liberdade. No Brasil, o governo enquadra os haitianos como migrantes econômicos, refugiados de fato ou deslocados por motivos ambientais (ZENI; FILIPPIM, 2014).

Na dimensão da busca por melhores condições de vida, de trabalho, os haitianos encontram um *Outro* (Haiti) aqui no Brasil. As narrativas vitimam os haitianos como indivíduos e povo, associando-os a uma realidade de pobreza e catástrofe. Ao chegar ao Brasil, eles enfrentam muitas dificuldades, mas encontram uma situação ainda “melhor do que no Haiti”. O jornal Correio Braziliense descreve-a assim:

“A situação dos haitianos é tão dramática e dependente da boa vontade dos brasileiros que ninguém fica à vontade com a ideia de ser fotografado. Temem que as fotos mostrem a situação de miséria em que vivem e que os familiares, no Haiti, descubram que o sonho de uma vida melhor ainda está distante” (Correio Braziliense, 2011).

Ao escolher o Brasil como destino, o trabalhador, encontrará uma política de inserção seletiva que irá prestigiá-lo ou não, a depender da sua condição social, especialmente em função de seu capital humano. Os imigrantes com níveis maiores de escolarização, encontram uma política imigratória que lhes favorece, haja vista o país incentivar a transferência de tecnologia através da imigração. Contudo, se a situação do indivíduo migrante é de baixo nível de escolarização a política imigratória brasileira lhe é contrária, repudiando assim a entrada em massa no país de pobres e famintos (MISAILIDIS; MOURA, 2014).

O artigo transcrito abaixo, do PL 5.655/2009, acompanhava o Estatuto do Estrangeiro vigente a época do projeto de lei acima citado, priorizando a mão-de-obra especializada, o caráter imigratório seletivo e o progresso econômico do Estado.

“Art. 4º A política imigratória objetivará, primordialmente, a admissão de mão-de-obra especializada adequada aos vários setores da economia nacional, ao desenvolvimento econômico, social, cultural, científico e tecnológico do Brasil, à captação de recursos e geração de emprego e renda, observada a proteção ao trabalhador nacional” (Projeto de Lei, 5.655/09)

Hoje o projeto de lei supracitado encontra-se arquivado e o Estatuto do Estrangeiro foi revogado pela LEI Nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração).

Outra problemática que merece reflexão é sobre o custo humano de aprendizado sofrido pelos haitianos, bem como a adaptação cultural característica ao processo migratório e que, neste caso, é diferente da vivenciada por um turista que apenas permeia por cenários de entretenimento. Os haitianos vivem grandes dificuldades no que diz respeito ao acesso aos serviços públicos, principalmente pelas questões em torno do idioma e dos aspectos de adaptação cultural. No âmbito do trabalho, coloca-se ao empregado e ao empregador um desafio diário de adaptação, que vai além da produtividade esperada (ZENI; FILIPPIM, 2014).

Procedimentos Metodológicos

A pesquisa foi desenvolvida no nível exploratório (GIL, 1999), com o objetivo de proporcionar uma visão geral, do tipo aproximativo, do fenômeno social, visando o aprofundamento em estudos posteriores. O espaço do levantamento foi delimitado pela comunidade de haitianos, participantes do curso de língua portuguesa, oferecidas pela instituição de ensino superior Unibave, no município de Orleans (SC). A fonte de dados são os imigrantes haitianos e a pesquisa é do tipo “estudo de campo” (GIL, 1999), por ser mais flexível e permitir a observação dessa comunidade, com vistas a compreender as estruturas de poder, as formas de socialização e o cotidiano de imigrantes. Os questionamentos ficaram em torno das trajetórias que viabilizaram os haitianos em Orleans(SC), organização de vida, processos integrativos sociais, laborais e culturais, imagens e idealizações produzidas nesse espaço.

Buscou-se fazer uma análise, por meio de uma pesquisa de natureza quanti-qualitativa, por meio de comparação de dados de duas pesquisas, uma realizada em 2015 e outra em 2017, buscando saber como está a situação dos imigrantes haitianos e africanos no município de Orleans/SC.

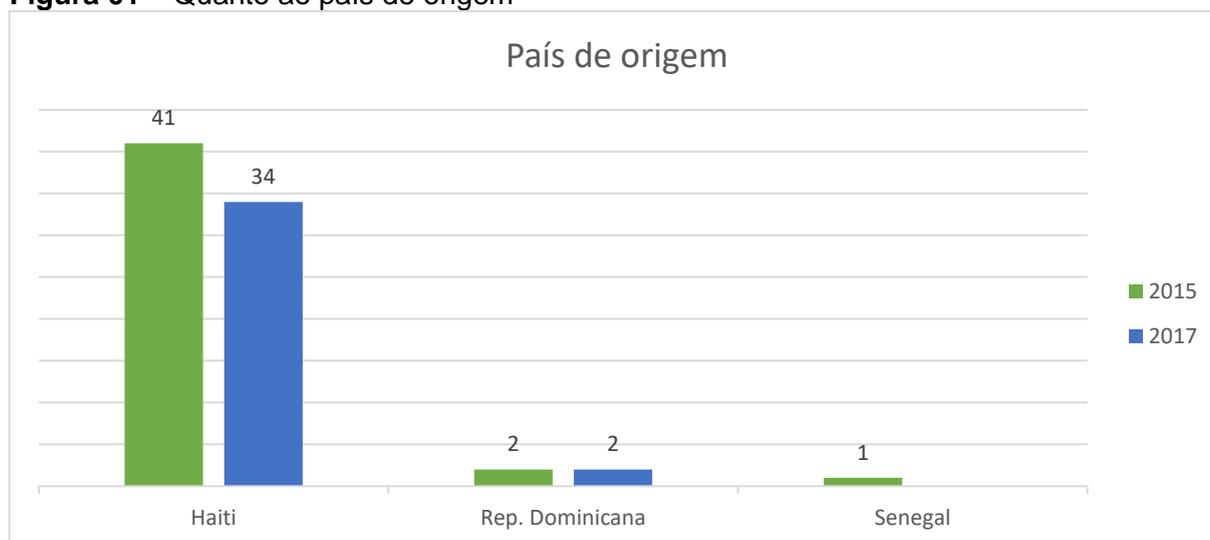
O trabalho desenvolveu-se acerca de um estudo bibliográfico, mediante a leitura de documentos da internet, livros, artigos, periódicos, fazendo uma abordagem descritiva do tema.

Realizou-se a aplicação de um questionário aos imigrantes, e a tabulação dos dados obtidos com a pesquisa e gráficos mostrando a realidade dos imigrantes no município de Orleans/SC.

Resultados e Discussão

Para com a comunidade de imigrantes do município de Orleans/SC, no mês de outubro do ano de 2017, conforme os questionários estavam respondidos foram devolvidos.

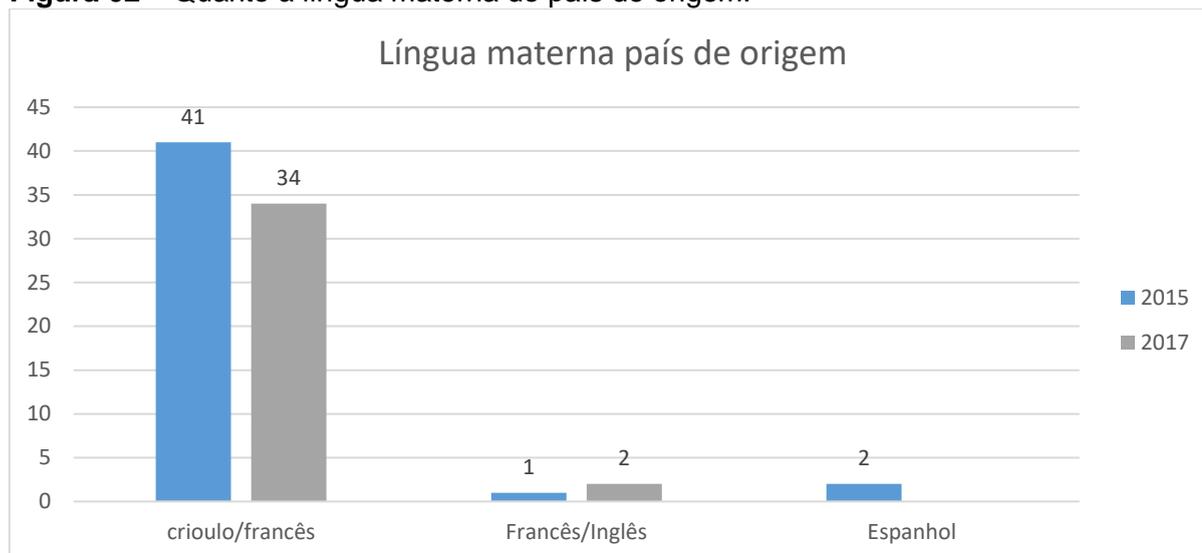
Figura 01 – Quanto ao país de origem



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao país de origem de acordo com o gráfico acima, podemos verificar que em 2015 no município de Orleans/SC, dos 44 imigrantes entrevistados, 41 eram do Haiti, 2 da República Dominicana e apenas 1 do Senegal. Já em 2017, conforme o gráfico, podemos verificar que 34 imigrantes entrevistados são de origem Haitiana, e 2 são de origem da República Dominicana.

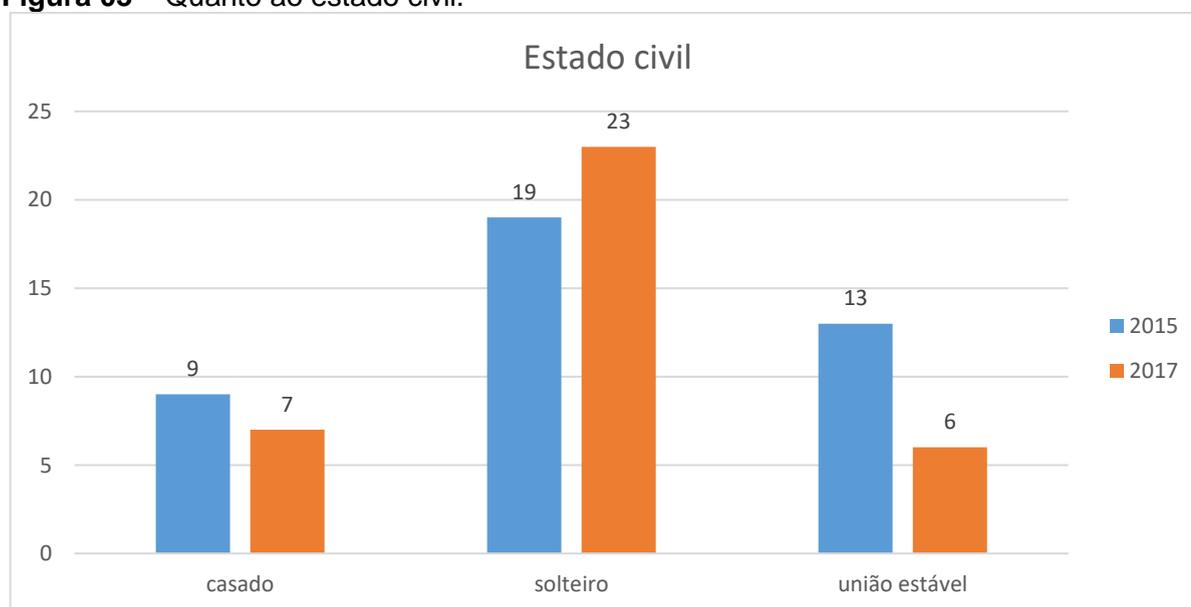
Figura 02 – Quanto à língua materna do país de origem.



Fonte: Autores (2018)

Quanto à língua materna do país de origem, verifica-se conforme o gráfico acima, que a língua materna predominante é o crioulo e o francês, sendo estas as línguas faladas no Haiti. Já os dominicanos têm como língua materna o espanhol. Também só houve entrevistado do Senegal na pesquisa de 2015, sendo que estes têm como línguas faladas lá, o francês e o inglês.

Figura 03 – Quanto ao estado civil.

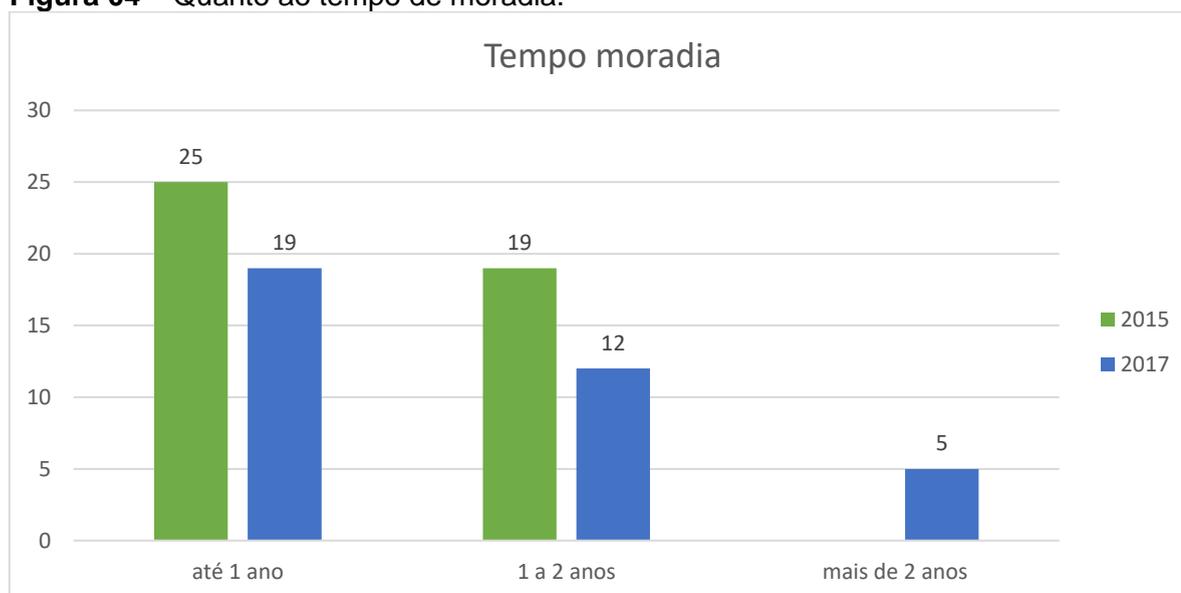


Fonte: Autores (2018)

Quanto ao estado civil de acordo com o gráfico acima, observa-se que os imigrantes em sua maioria são solteiros, predominando em ambas as pesquisas realizadas. Em 2015 conforme o gráfico, eram 19 solteiros, 13 em união estável e apenas

9 casados. Em 2017 entre os imigrantes entrevistados temos 23 solteiros, 7 casados e apenas 6 em união estável. Conforme dados obtidos com a pesquisa realizada no ano de 2017, também encontramos que 16 imigrantes não possuem filhos e 20 possuem filhos. Sendo que os filhos de 8 destes imigrantes moram aqui com eles e 12 os filhos não estão aqui no Brasil. Em relação a esposa (o) e/ou companheira (o), temos 12 imigrantes com seu parceiro (a) morando aqui também e 4 com seu parceiro (a) no país de origem deles.

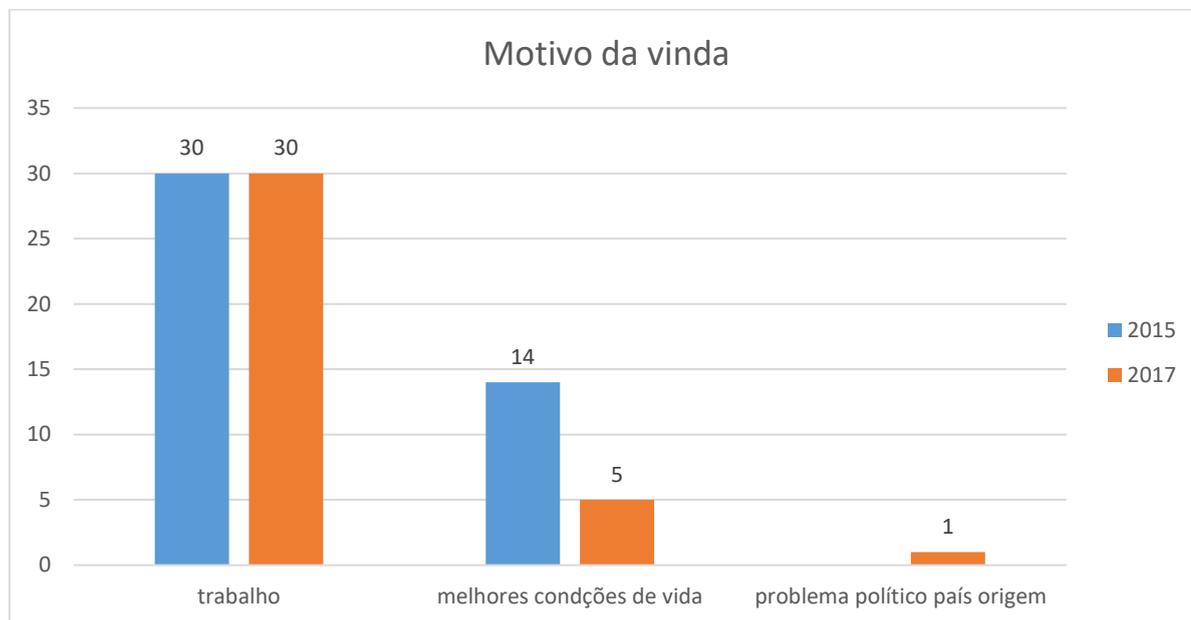
Figura 04 – Quanto ao tempo de moradia.



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao tempo de moradia constatamos, de acordo com o gráfico que quase a totalidade dos entrevistados residem no Brasil a menos de 2 anos. Na pesquisa realizada em 2015 encontramos 25 imigrantes residindo em período inferior a 1 ano e 19 residindo no Brasil entre 1 a 2 anos. No ano de 2017, temos 19 imigrantes morando aqui em tempo inferior a 1 ano, 12 entre 1 a 2 anos e 5 imigrantes dos entrevistados residindo a mais de 2 anos no Brasil.

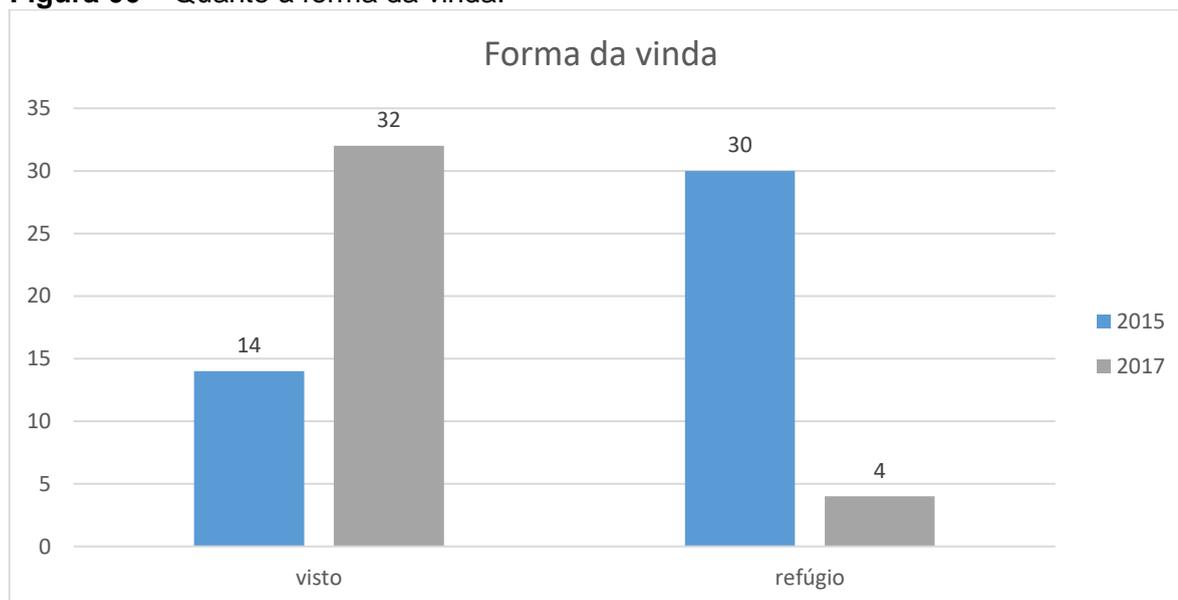
Figura 05 – Quanto ao motivo da vinda.



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao motivo da vinda para o Brasil, destaca-se neste gráfico, a busca por trabalho a maior incentivadora da vinda dos imigrantes ao país. Dos entrevistados em 2015, verifica-se que 30 deles disseram terem vindo em busca de trabalho, os outros 14 responderam terem migrado em busca de melhores condições de vida. Em segunda pesquisa realizada em 2017, quase todos imigrantes entrevistados responderam terem vindo em busca de trabalho, ficando em número de 30, tendo também 5 respondido ter vindo em busca de melhores condições de vida e 1 que ressaltou que sua vinda para o país se deu por conta de problemas políticos em seu país de origem.

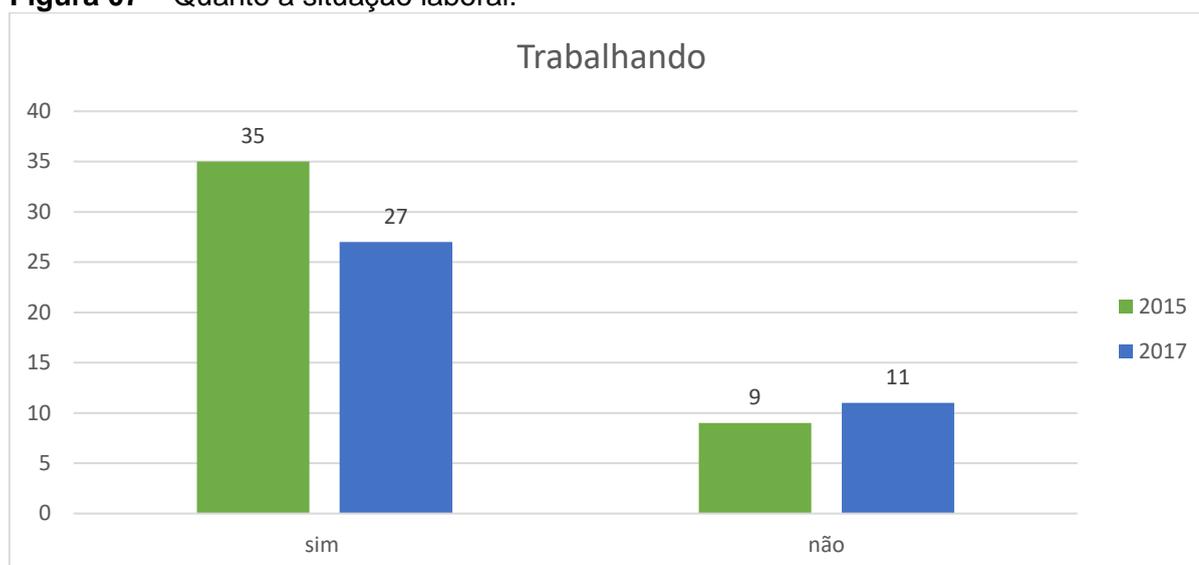
Figura 06 – Quanto à forma da vinda.



Fonte: Autores (2018)

Quanto à forma da vinda de acordo com o gráfico acima, percebemos que na pesquisa de 2015 predominava os imigrantes vindos por meio do refúgio com o número de 30, tendo o visto apenas 14 dos imigrantes entrevistados. Na pesquisa de 2017, os dados se mostram inversamente, predominando agora os imigrantes com visto em número de 32 e apenas 4 que vieram por meio do refúgio

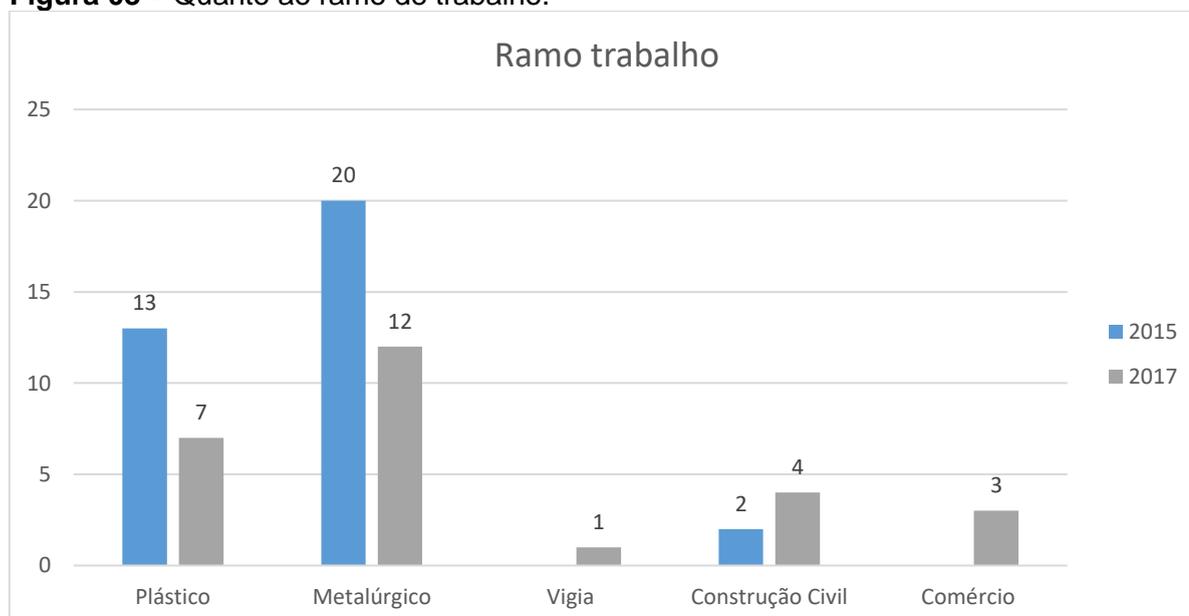
Figura 07 – Quanto a situação laboral.



Fonte: Autores (2018)

Quanto a situação laboral conforme o gráfico nos mostra, percebemos que proporcionalmente ao número de entrevistados, em 2015 tínhamos mais imigrantes trabalhando. Na pesquisa de 2015 eram 35 imigrantes trabalhando e apenas 9 estavam sem trabalho. Em 2017 dos entrevistados, 27 estavam trabalhando e 11 não estavam sem trabalho.

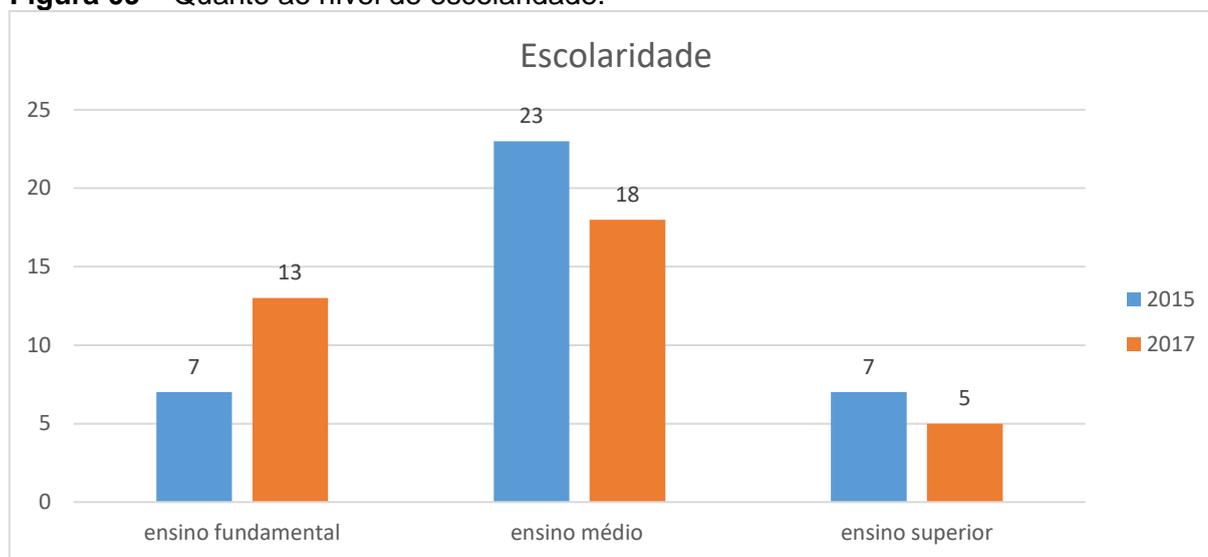
Figura 08 – Quanto ao ramo de trabalho.



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao ramo de trabalho, predomina entre os imigrantes em ambas as pesquisas o ramo metalúrgico e o plástico. Na primeira pesquisa temos que 20 imigrantes estavam trabalhando no ramo da metalurgia, 13 destes trabalhavam em empresas do segmento do plástico e apenas 2 trabalhavam na área da construção civil. Em 2017 temos uma redução no número de trabalhadores nas principais atividades exercidas pelos imigrantes no município pesquisado, tendo 12 trabalhando na metalurgia, 7 no ramo do plástico, 4 na construção civil, 1 vigia e 3 trabalhando no comércio.

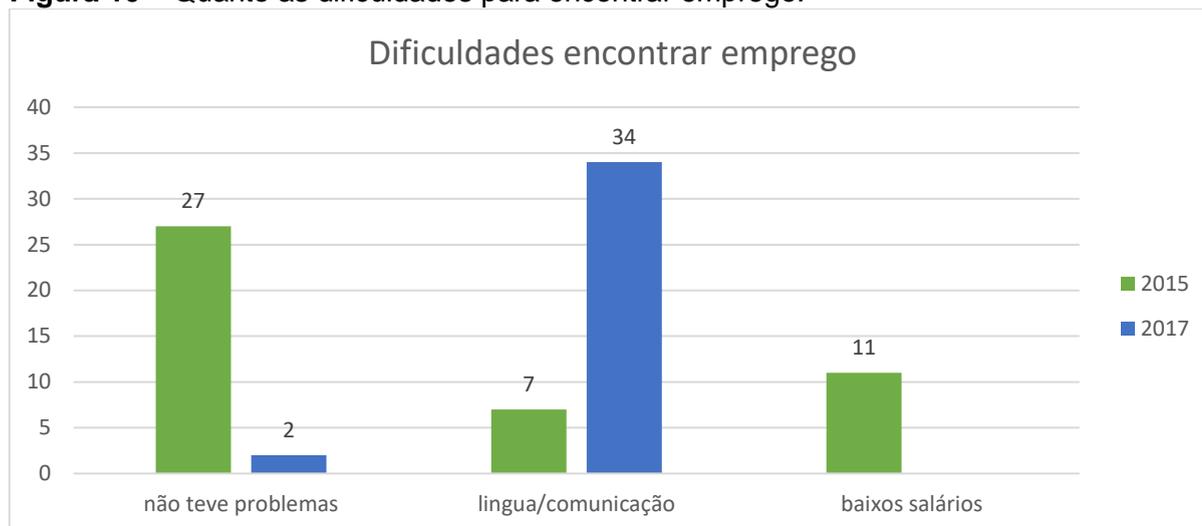
Figura 09 – Quanto ao nível de escolaridade.



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao nível de escolaridade de acordo com o gráfico acima podemos perceber que a maioria dos imigrantes do município pesquisado possuem ensino médio. Eram 7 imigrantes com ensino fundamental na pesquisa de 2015, com ensino médio tínhamos 23 e com ensino superior em número de 7. Em 2017 foram 13 com ensino fundamental, 18 com ensino médio e com ensino superior foram 5 dos imigrantes entrevistados.

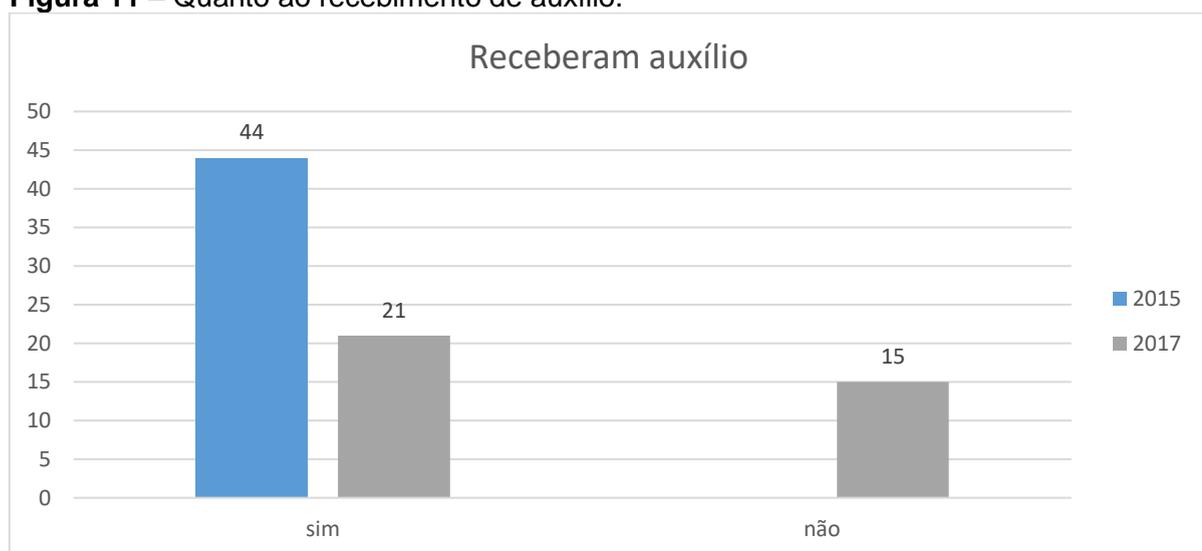
Figura 10 – Quanto as dificuldades para encontrar emprego.



Fonte: Autores (2018)

Quanto as dificuldades para encontrar emprego, percebemos que no ano de 2015 a maioria dos entrevistados disseram que não tiveram dificuldades. De acordo com o gráfico acima, na primeira pesquisa, 27 não tiveram problemas, 11 apontaram ser os baixos salários a maior dificuldade e 7 pontuaram a comunicação/língua como sendo a maior dificuldade encontrada. Em pesquisa posterior no ano de 2017, a maior dificuldade apontada pelos imigrantes foi a comunicação/língua, sendo que apenas 2 dos imigrantes entrevistados disseram que não tiveram dificuldades.

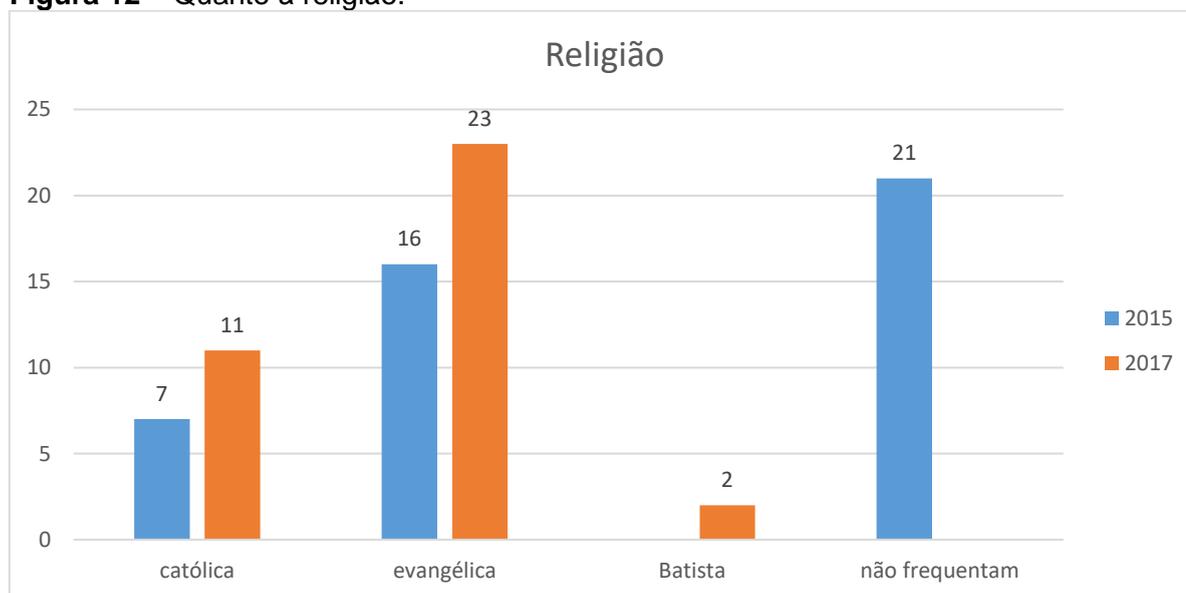
Figura 11 – Quanto ao recebimento de auxílio.



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao recebimento de auxílio no momento da chegada é possível perceber que a maioria dos imigrantes recebeu algum tipo de ajuda, seja por parte de alguma entidade ou pelos amigos já aqui residentes. Em consonância com o gráfico acima, em 2015 todos os imigrantes disseram que receberam auxílio, já em 2017, ficou em número de 21 os que receberam auxílio e 16 disseram não receber ajuda alguma. Destaca-se aqui a importância das entidades sociais no auxílio aos imigrantes, sendo que é notória a falta de políticas públicas concretas, ficando estes à mercê de ajudas, quase que exclusivamente, das entidades sociais.

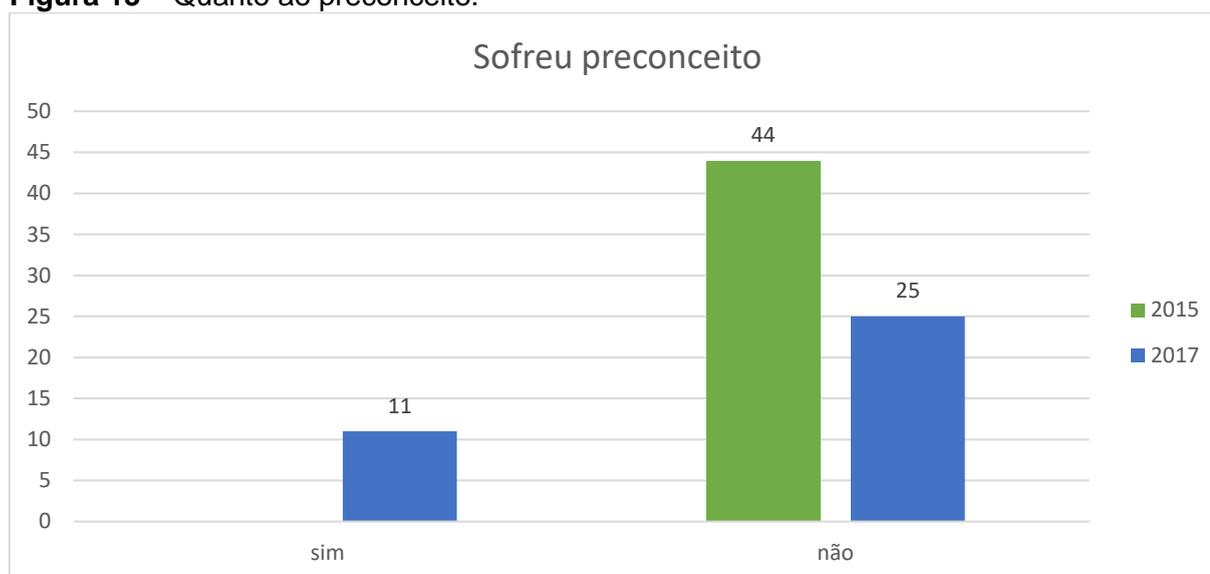
Figura 12 – Quanto à religião.



Fonte: Autores (2018)

Quanto à religião de acordo com o gráfico acima percebemos que a maioria dos imigrantes são evangélicos. No ano de 2015 tivemos como resultados da pesquisa, 7 católicos, 16 evangélicos e 21 disseram não frequentar nenhuma. Como resultado do ano de 2017 temos que são 11 católicos, 23 evangélicos e apenas 2 batistas.

Figura 13 – Quanto ao preconceito.



Fonte: Autores (2018)

Quanto ao questionamento se sofreu algum tipo de preconceito destaca-se neste gráfico, que na pesquisa de 2015 nenhum dos imigrantes entrevistados disse ter sofrido preconceito, já em 2017 tivemos 11 que disseram ter sofrido preconceito e 25 que responderam não ter sofrido preconceito.

Considerações Finais

Diante da atual situação econômica vivenciada no país e da preocupação da sociedade, fez-se necessário a realização de um estudo que buscasse saber a real situação dos imigrantes residentes no município de Orleans/SC, fazendo um comparativo com dados obtidos em outra pesquisa anterior realizada no ano de 2015.

Através de estudo dos dados, no desenvolvimento deste trabalho podemos observar que algumas situações abrangidas pela pesquisa permanecem basicamente idênticas em ambas, contudo vale salientar algumas situações.

Em 2015 a maioria dos imigrantes tinham vindo por meio de refúgio, o que se mostra inversamente na pesquisa de 2017, sendo que a maioria veio com visto. Outra questão abordada que chamou a atenção foi a dificuldade para achar emprego, a qual em 2015 a maioria disse não ter dificuldades, já em 2017 quase a totalidade dos entrevistados disseram ser a língua/comunicação ser a maior dificuldade encontrada por eles.

Ademais conforme os dados, merece destaque a questão do auxílio, visto que em 2015 todos responderam que receberam auxílio, e na pesquisa de 2017 ainda foi maioria, mas já tivemos a incidência de quase metade respondendo que não tiveram ajuda alguma. Em conformidade com as pesquisas ainda é válido salutar que em 2015 ninguém disse ter sofrido preconceito, porém em 2017 quase metade dos entrevistados disseram que já sofreram algum tipo de preconceito.

Com o resultado do trabalho conclui-se, portanto, que a situação dos imigrantes no município de Orleans/SC ainda carece de atenção por parte das entidades. Verifica-se também que a maioria dos imigrantes ainda são solteiros, mas agora já tendo alguns casos das mulheres e filhos deles estarem aqui.

Referências

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 5.655/2009. [S.l.: s.n.], 2015. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6380D63DECE0A309C26E7D07BE7091F1.proposicoesWebExterno2?codteor=674695&filename=PL+5655/2009>. Acessado em: 21 de novembro de 2017.

COGO, Denise; SILVA, Terezinha. Entre a fuga e a invasão: alteridade e cidadania da imigração haitiana na mídia brasileira. [S.l.: s.n.], 2016. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/21885/13676>> Acessado em: 29 de outubro de 2017.

CORREIO BRAZILIENSE. O sonho dos haitianos. In: Correio Braziliense, 31 julho 2011. Editoria Brasil. Disponível em: <<http://clipping.radiobras.gov.br/clipping/novo/>>. Acesso em: 17 outubro 2017.

FARIAS, Elaíze. Estado brasileiro nunca deu apoio a imigrantes haitianos, diz voluntária do Amazonas. In: A crítica. Manaus, 24 Novembro 2011. Disponível em: <http://acritica.uol.com.br/amazonia/Amazonia-Amazonas-Manaus-Estado-brasileiroimigrantes-Amazonas-voluntaria_0_596940664.html>. Acesso em: 26 outubro 2017.

FERNANDES, Duval; MILESI, Rosita; FARIAS, Andressa. Do Haiti para o Brasil: o novo fluxo migratório. [S.l.: s.n.], 2016. Disponível em:

<http://www.migrante.org.br/migrante/index.php?option=com_content&view=article&id=214:do-haiti-para-o-brasil-o-novo-fluxo-migratorio&catid=89&Itemid=1210> Acessado em: 28 de maio de 2016.

FOLHA. Vinda de haitianos é maior onda imigratória ao país em cem anos. [S.l.: s.n.], 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mundo/1033447-vinda-de-haitianos-e-maior-onda-imigratoria-ao-pais-em-cemanos.shtml>> Acesso em: 20 de mar. 2013.

GIL, A. C. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MISAILIDIS, Mirta G. Lereña; MOURA, Stéphanie Winck Ribeiro de. A política imigratória seletiva e a tutela jurídica dos trabalhadores imigrantes no Brasil. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/download/1544/1058>. Acesso em: 22 outubro 2017.

ROUSSEAU, Jacques H. Haiti: quinze años no son nada, pero se avanza em población y desarrollo. Anais IV Congreso da Asociación Latinoamericana de Población-ALAP. Havana, 2010.

ZENI, Kaline; FILIPPIM, Eliane Salete. Migração haitiana para o Brasil: acolhimento e políticas públicas. [S.l.: s.n.], 2014. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pretexto/article/view/1534/Artigo_1_V_15_n2_2014 > Acessado em: 29 de outubro de 2017.

ZERO HORA. O Brasil e os haitianos. In: Zero Hora, Porto Alegre, 15 janeiro 2012. Editorial. Disponível em: <<http://wp.clicrbs.com.br/editor/2012/01/12/editorial-apoia-controlado-ingresso-de-haitianos-no-pais-voce-concorda/?to=13,1,1,13???0000000>>. Acesso em: 22 outubro 2017.

CAPITULO 04

O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA FRENTE AO RESPEITO À LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA

Julio Frassetto
Michele Barreto Cattaneo
Márcia Zomer Rossi Mattei

Resumo: A liberdade de expressão artística e a liberdade de crença religiosa são dois direitos fundamentais, assegurados a todos os indivíduos pela Constituição Federal. Em alguns momentos, estes dois direitos podem se chocar, vindo o primeiro ferir o segundo, porquanto muitos possuem a convicção de que ao artista não se impõe limites. Contudo, de modo contrário determina a legislação, pois o ordenamento jurídico é firme em estabelecer a inexistência de direitos absolutos. Desta forma, apontar-se-á dispositivos legais que tutelam a liberdade de crença religiosa, suas manifestações, liturgias, dogmas e objetos sagrados, vedando que outrem viole tal proteção, seja ele artista ou não. Para este fim, analisar-se-á prioritariamente os dispositivos legais e suas respectivas anotações doutrinárias, em um legítimo mergulho no mundo jurídico, descartando-se observações levantadas por ditos estudiosos, desprovidos de conhecimento e credibilidade jurídica.

Palavras-chave: Liberdade Artística. Limites legais. Crença religiosa.

THE RIGHT TO FREEDOM OF EXPRESSION OF THE ARTISTIC CLASS IN RESPECT OF FREEDOM OF RELIGIOUS BELIEF

Abstract: The freedom of artistic expression and freedom of religious belief are two fundamental rights, guaranteed to all individuals by the Federal Constitution. At times, these two rights may collide, the first hurting the second, because many have the conviction that no limits are imposed to artists. However, contrary to legislation, legal system is steady in establishing the absence of absolute rights. This way, it'll be pointed out legal devices that protect freedom of religious belief, its manifestations, liturgies, dogmas and sacred objects, prohibiting others from violating such protection, whether or not they being artists. To this end, the legal provisions and their respective doctrinal annotations will be analyzed as a matter of priority in a legitimate dive in the juridical world, not taking in consideration observations made by certain researchers without legal knowledge and credibility.

Keywords: Artistic Freedom. Legal limits. Religious Belief.

Introdução

A liberdade de expressão é um direito já solidificado em nossa sociedade, constantemente utilizado e ampliado e que possui forte amparo legal, inclusive pela Constituição Federal da República. Tem-se, contudo, distintos segmentos intrínsecos as

liberdades individuais como direitos fundamentais, que em alguns momentos podem se chocar. Assim, o estudo objetiva apontar os limites legais a serem observados pelos artistas em suas atividades, visando garantir o exercício da liberdade de expressão artística sem a agressão ao direito à liberdade de crença religiosa.

Há de se denotar a compreensão da grande relevância e do imensurável interesse público em relação à liberdade religiosa, cujas manifestações e objetos sagrados são protegidos pela legislação. Mais precisamente, procura-se averiguar o peso da Lei frente à liberdade artística, quando esta vai de encontro à liberdade de crença religiosa, a qual é constantemente tutelada pela sociedade, principalmente aquela organizada.

Assim como a classe artística exerce um papel primordial no avanço da civilização, sendo fortemente capaz de fazer com que o indivíduo pense, reflita e mude, o mesmo ocorre com a crença religiosa, pois por meio dela podem-se observar diversas manifestações de humanidade em prol do bem comum.

Logo, tratando-se de dois direitos de suma importância à sociedade, sendo ambos amplamente protegidos pela legislação, desde a Magna Carta às legislações específicas, ainda que determinados trabalhos artísticos visem à análise crítica sobre pensamentos religiosos, gozando de um grande subjetivismo e da ausência de regras técnicas a serem imprescindivelmente observadas, mostra-se necessário apontar a Lei como limite inultrapassável.

Mostra-se correto afirmar que aqueles que exercem a arte como ofício, assim o devem fazer dentro dos limites impostos pela Lei, uma vez que a discussão de dogmas, a quebra de paradigmas, enfim, a busca pela reflexão e mutação do pensamento/atividade humana não está acoplada ao desrespeito para com a ideia diversa/combatida.

Contudo, os limites em menção têm se mostrado de difícil concretização, parecendo se tratar de algo inexistente. Por conseguinte, vê-se ser de mui valia procurar constatar quais os dispositivos legais hábeis a assegurar que manifestações artísticas não firam demais direitos.

Não se objetiva censurar a classe artística, mas se objetiva, por outro lado, evidenciar limites legais ao seu exercício, haja vista que nenhum direito é absoluto, sendo ilegal que de forma arbitrária um se sobreponha a outro.

Procedimentos Metodológicos

Imperioso o método científico à obtenção do conhecimento científico (LAKATOS; MARCONI, 2010), sendo ele, nas sábias palavras das autoras, “o conjunto de atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo – conhecimentos válidos e verdadeiros – traçando o caminho a ser seguido [...]” (LAKATOS e MARCONI, 2010, p. 65).

Ao tecer dos registros fixados neste artigo, fez-se uso do método científico hábil a proporcionar o alcance de uma verdade válida, fora utilizada a abordagem qualitativa, cujo procedimento ocorrera através de minuciosas análises de textos doutrinários, aspirando-se atingir uma resposta sólida à questão trabalhada.

Sob a abordagem qualitativa se tem o encontro de diversos instrumentos científicos, tanto que Creswell (2010, p. 206) a descreve como instrumento que “emprega diversas concepções filosóficas; estratégias de investigação; e métodos de coleta, análise e interpretação dos dados”.

Segundo lecionam os especialistas, a pesquisa há de ser tida como um procedimento a respeitar as formalidades, guardando relação com o pensamento reflexivo, cujo tratamento científico é crucial para indicar os caminhos que levam à constatação da verdade, ainda que parcial (LAKATOS; MARCONI, 2010).

Neste estudo foi utilizado o método científico de pesquisa dedutivo, vez que sobre cada ponto abordado deu-se um olhar amplo, e, logo após, reduziu-se os horizontes para o caso específico em questão (GIL, 2008). Assim, tratou-se de ressaltar a importância de direitos fundamentais, de liberdade de expressão artística e de liberdade de crença religiosa, sendo posteriormente afunilando as anotações, almejando-se analisar a proteção jurídica ao respeito à liberdade de crença religiosa, em consonância a inexistência de direito fundamental absoluto.

Em relação à técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, amparando-se todas as assertivas levantadas com as lições doutrinárias dos mais renomados estudiosos acerca do assunto, assim como se buscou tornar a legislação um dos pilares centrais a sustentar a ideia central da obra.

Para Beuren (2014, p. 86), a pesquisa bibliográfica:

O material consultado na pesquisa bibliográfica abrange todo referencial já tornado público em relação ao tema de estudo, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, dissertações, teses, entre outros. Por meio dessas bibliografias reúnem-se conhecimentos sobre a temática pesquisada. Com base nisso é que se pode elaborar o trabalho monográfico, seja ele em uma perspectiva

histórica ou com o intuito de reunir diversas publicações isoladas e atribuir-lhes uma nova leitura.

Crê-se, deste modo, terem restado nítido os métodos científicos empregados durante a confecção deste artigo, o qual, como tido, consistira integralmente em buscar refúgio nas égides legais e doutrinárias no intento a fim de tranquilizar o direito à liberdade de crença religiosa, ante um prévio temor dos excessos cometidos durante atos praticados sob a proteção do direito à liberdade de expressão artística.

Da Liberdade

A liberdade como direito é constantemente debatida, ante seu significativo subjetivismo. Contudo, vivemos em um Estado Democrático de Direito e, portanto, não estamos em “terras de ninguém”, mas sim em uma sociedade que busca constantemente a segurança jurídica hábil ao pleno vislumbre do Estado de Direito.

Por estes trilhos nos elucida José Geraldo Brito Filo (2000, p. 215) que:

O tema central da Ciência Política reside precisamente na indagação sobre até que ponto vai o poder do Estado, e a liberdade dos indivíduos que nele vivem. Quando o Estado reconhece determinados direitos no âmbito individual, na verdade há uma autolimitação de sua soberania que, como já acentuado, é monolítica e inquebrantável. Ou seja, compromete-se a entidade Estado a não invadir a esfera individual de cada um. Desta forma, há o refreamento do Estado no que diz respeito:
[...]
(c) à liberdade de consciência e de manifestação do pensamento.

Há de se anotar que, uma vez que não vivemos em um Estado autoritário, mas sim em uma nação cujo poder emana do povo (parágrafo único do primeiro artigo da Constituição Federal), a liberdade deve ser vista como direito a ser regido e exercido em total consonância aos estatutos do ordenamento jurídico.

Já diria José Afonso da Silva em sua obra (2009, p. 232):

Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de uma concepção de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade; não é, porém, à autoridade legítima.

Em complemento ao tema, após o autor abordar a importância da autoridade, em uma relação conjunta ao consentimento popular para fins da expansão individual, saliente-se seu sábio dizer acerca da liberdade:

Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar é que a liberdade consiste na ausência de toda coação *anormal, ilegítima e imoral*. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser normal, moral e legítima, no sentido de ser consentida por aqueles cuja liberdade restringe.

Desta feita, observada desde já a devida existência dos limites legais, há de se fazer constar que, como enaltece Paulo Gustavo Gonet Branco (apud MENDES, 2015), a liberdade, irretorquivelmente, é um dos direitos mais preciosos e imprescindíveis para uma sociedade realmente democrática.

Do Direito à Liberdade de Expressão Artística

Importante destacar, de início, que em relação à liberdade aqui em comento, far-se-ão anotações prioritariamente sob o manto do direito positivo brasileiro, em total consonância as reges da Magna Carta e das orientações estatuídas pelo ordenamento jurídico.

Em sua obra “A Necessidade da Arte” Ernes Fischer (1987) torna evidente o quanto o ser humano necessita da arte, tanto que, por uma série de razões e finalidades, já a utiliza desde a antiguidade. O estudioso sabiamente assevera que o indivíduo é faminto e sua curiosidade pelas coisas e segredos do mundo, até os segredos mais profundos do átomo, ansiando unir a si próprio, com seus pensamentos, reflexões, dúvidas e verdades na manifestação artística.

O autor, na obra acima mencionada, reforçando mais uma vez a importância da arte, na seguinte assertiva, “A arte é o meio indispensável para essa união do indivíduo como o todo; reflete a infinita capacidade humana para associação, para a circulação de experiências e ideias” (FISCHER, 1987, p. 13). Por conseguinte, tem-se por sólido o fato de a arte ser uma manifestação intrínseca ao ser humano, sendo uma das características que o distingue dos demais seres viventes.

Em atento a importância da arte e sua manifestação, pode-se destacar o artigo 179, XXXIII, da primeira Carta Magna do Brasil, oficialmente a Constituição Política do Império do Brasil, vejamos: “Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras e Arte” (BRAZIL, 1824).

O que se pode averiguar, deste modo, é que desde a remota época do Império já havia o reconhecimento da grande relevância da arte por parte do Estado, tanto que a constituição daquele período já havia tornado obrigatório o ensino dos elementos da arte nos colégios e universidades.

Pois bem, neste caminho tem-se a atual previsão do direito à liberdade de expressão artística como direito fundamental, conforme determinação do artigo quinto, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil que consagra especificamente, “é livre a expressão da atividade intelectual, artística científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988).

Vislumbra-se, assim, que por tamanha importância conferida à liberdade de expressão artística, a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro 1988 inova, rompendo com a submissão das manifestações artísticas perante a censura prévia.

Há de se anotar que a liberdade de expressão artística também pode ser considerada prevista quando se está a tratar de liberdade de expressão pura, porquanto seu sentido é amplo, conforme o que bem ministra José Afonso da Silva (2009), na Obra Ordenação Constitucional da Cultura.

Também nos esclarece José Afonso da Silva (2009, p. 253):

As manifestações intelectuais, artísticas e científicas são formas de difusão e manifestação do pensamento, tomado esse termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. (...) A atividade intelectual é especialmente vinculada ao conhecimento conceptual que abrange a produção científica e filosófica. Esta, como todas as manifestações artísticas, está protegida pela liberdade de que estamos ocupando. Todos podem produzir obras intelectuais, científicas ou filosóficas, e divulga-las, sem censura e sem licença de quem quer que seja.

Os dispositivos constitucionais são bastante enfáticos ao tutelar a liberdade de expressão, dentre elas a de expressão artística, conforme assertivas redigidas acima. Também relacionado com a arte, o artigo 220 da Magna Carta nos traz o seguinte comando:

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.
[...]
§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística (BRASIL, 1988).

Muito embora haja previsão da vedação da censura prévia, noutro norte, impedindo a existência de um direito desregrado que eventualmente surgisse em descompasso ao espírito da Lei Maior, impedindo assim uma insana insegurança jurídica, a própria Constituição Federal, ainda que em seu conjunto da obra seja capaz de nos direcionar ao mesmo caminho, dispõe em seu artigo 221, inciso IV, que “A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes

princípios: IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (BRASIL, 1988).

Nesta senda, antes de maiores anotações contínuas sobre a questão da ponderação, válido se faz ressaltar que ao tratar, a Constituição Federal, da cultura, entende-se que se está a tratar também da arte. Neste viés, transcreve-se o texto do artigo 216 da Constituição.

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988).

Uma vez verificada a relevância instituída à arte, tendo ela por imprescindível a comunicação, temos de constatar também sua sintonia com o ordenamento jurídico como um todo. Nesta seara, a teoria dos sistemas sociais apresentada por Niklas Luhmann aponta para possibilidade de ligação entre a arte e o direito, observando ele que se tratam de dois sistemas com formas de comunicação distintas para a sociedade.

Hans Kelsen, em a Teoria Pura do Direito, ainda no início do século XX, estuda o direito como sistema fechado e isolado, o que justifica a autonomia a ele (o direito) conferida.

Assim, ao tratar de cultura, como no artigo 215, a Constituição Federal também está observando, intrinsecamente, o patrimônio artístico, seja ele material ou imaterial, sendo a arte considerada um elemento da cultura.

Reza também a doutrina que diretrizes imperativas para a promoção e proteção da cultura, assim também é (imperativa) para a arte.

Sob este caminho, para melhor vislumbre, comenta-se o artigo 150, VI, d da Constituição Federal, cuja normativa torna defeso a instituição de impostos sobre livros, jornais periódicos e o jornal destinado à sua impressão. Portanto, dentro do raciocínio jurídico, o referido comando constitucional é uma garantia da liberdade de imprensa, como também da liberdade artística.

Inclusive, sobre tal questão o entendimento do Supremo Tribunal Federal é cristalino:

A imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão, intelectual artística e científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação” (RECURSO EXTRAORDINÁRIO nº 22.1239/SP, 06.08.2004).

Findando a questão do valor da liberdade de expressão artística, conforme lecionam grandes juristas, como José Afonso da Silva, mostra-se correto afirmar que a liberdade de expressão artística é um bem jurídico protegido ampla (genérica) e especificamente.

Pelo exposto, observado o forte amparo legal ofertado à liberdade de expressão artística, bem como, em uma singela digressão, já se tendo antecipado a visão de que apesar de ser um direito fundamental, o direito em comento não é absoluto, possuindo ele, desta forma, necessárias restrições; breves comentários assentam-se a respeito do conjunto de ações a estarem interligadas a liberdade artística.

E, no referido conjunto, depreende-se ações como idealizar, criar, divulgar e promover obras de arte, dentre outras. Portanto, à luz deste pensar, o material aqui redigido, não negligenciando de forma alguma a complexidade das ramificações da liberdade artística, a qual pode estar inserida nas mais variadas esferas da sociedade, entende, sob uma óptica mais singela e objetiva, a liberdade artística como uma forma de ação, ou, como alguns estudiosos chamam, um poder de ação, como ministra o renomado estudioso Robert Alexy, em A Teoria dos Direitos Fundamentais (ALEXY, 2008).

Do Direito à Liberdade de Crença Religiosa

É certo que somos bem-aventurados por vivermos em uma sociedade cujo regime político de governo é democrático por direito. A democracia no Brasil, assim como ocorre com as consecutivas liberdades individuais, é vastamente tutelada pela Constituição Federal e pelo ordenamento jurídico.

O Brasil possui uma diversidade cultural e religiosa enorme, havendo no país várias tradições e instituições religiosas que em muito contribuíram para a formação moral, ética, intelectual, econômica e social da nação. Não podendo ser diferente, a Constituição da República Federativa do Brasil protege a liberdade religiosa, assim como já fizera a primeira Magna Carta do Brasil, cuja determinação, ainda que tornasse o

Estado como um Império Católico Apostólico Romano, previa a garantia das demais manifestações religiosas, reconhecendo a legitimidade e o direito das mesmas.

Contudo, por diversos motivos, como as fortes raízes da família real, posteriormente imperial e pelas entranhas das ideologias inquisitórias da Igreja Católica, a Magna Constituição do Império do Brasil não legitimara a construção de templos e nem mesmo de manifestações públicas religiosas, e, portanto, mesmo agraciando o povo com a liberdade de crença, negligenciou completamente as crenças distintas daquela oficial.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1981, por sua vez, concretizou a devida separação entre a Igreja e o Estado, regendo no artigo 72, parágrafos terceiro ao sétimo que:

§ 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observados as disposições do direito comum.

§ 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

§ 5º - Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis.

§ 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

§ 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União, ou dos Estados (BRASIL, 1981).

Atualmente, a conhecida Constituição Cidadã consagra como direito fundamental a liberdade de crença religiosa, bem como as manifestações dela proveniente, prescrevendo também que o Estado Brasileiro é um país laico.

Extrai-se da Constituição Federal vigente:

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:

[...]

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei (BRASIL, 1981).

Assim como ocorrera com o direito discutido anteriormente, a Carta Maior ampliou as garantias do direito fundamental à liberdade de crença religiosa, tornando indubitável a sua extrema importância, como o consecutivo respeito que se deve a ela.

Nesta esteira, o artigo 150, VI, “b”, da Constituição Federal impossibilita que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios venham instituir impostos sobre templos de qualquer culto. Outrossim, o artigo 120 da Constituição estatui conteúdos mínimos ao ensino fundamental a assegurarem aos estudantes noções básicas de respeito aos valores culturais e artístico, nacionais e regionais, salientando, logo no primeiro parágrafo do artigo, que o ensino religioso poderá constituir disciplina a ser ministrada nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Aufere-se de muita valia ser deixar destacado que as liberdades de expressão e de culto são bens jurídicos universalmente tutelados, haja vista que estão assegurados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, fazendo com que percebamos, em consonância as anotações levantadas acima, que as crenças religiosas devem ser respeitadas.

A referida Declaração, da qual o Brasil é signatário, assim estabelece:

Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.

Pelos mesmos trilhos seguem os ensinamentos doutrinários, enfatizando o quão crucial é a proteção jurídica à liberdade de crença religiosa, na medida em que se trata de liberdade indissolúvel à própria condição humana.

Tavares (2010, p. 630) leciona que a proteção à liberdade religiosa necessariamente abrange vários aspectos, quais sejam:

i) de opção em valores transcendentais (ou não); ii) de crença nesse sistema de valores; iii) de seguir dogmas baseados na fé e não na racionalidade estrita; iv) da liturgia (cerimonial), o que pressupõe a dimensão coletiva da liberdade; v) do culto propriamente dito, o que inclui um aspecto individual; vi) dos locais de prática do culto; vii) de não ser o indivíduo inquirido pelo Estado sobre suas convicções; viii) de não ser o indivíduo prejudicado, de qualquer forma, nas suas relações com o Estado, em virtude de sua crença declarada.

Em um silogismo bastante aclarado, nas palavras de Malú Flávia Pôrto Amorim (2017, p.27):

A noção de religiosidade acompanha a história da humanidade, na medida em que a crença em divindades é um fenômeno observado em culturas que viveram em tempos remotos e em diferentes localidades ao redor de todo o mundo. É, dessa forma, um direito inerente à condição humana, ganhando importância jurídica, graças aos princípios constitucionais de liberdade.

Sendo a liberdade religiosa e de seu respectivo culto asseguradas por cláusula constitucional pétrea, a legislação infraconstitucional tratou de estabelecer plena sintonia com os comandos da Magna Carta. O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 44, por exemplo, ao tratar das pessoas jurídicas de direito privado, disciplina a criação de associações religiosas em seu primeiro parágrafo, estabelecendo que:

§1º - São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento (BRASIL, 2002).

Deste modo, constata-se que a liberdade de crença envolve uma gama de demais direitos a ela diretamente ligados, tratando-se de liberdade ampla e devidamente assegurada pelo atual ordenamento jurídico.

Do Respeito à Liberdade de Crença Religiosa como Bem Jurídico Tutelado

A liberdade de crença religiosa abordada logo acima está assegurada por comando constitucional, e, como visto, envolve uma proteção bastante ampla, haja vista que o inciso VI do artigo 5º da Magna Carta já estatui a proteção dos locais de culto e suas liturgias, mostrando-nos a impossibilidade de preconceito religioso por parte do Estado.

Em um aprofundamento da tutela jurídica em prol da liberdade religiosa, mostra-se adequado afirmar que o legislador diligenciou o respeito a esta liberdade como conduta social a ser garantida pela legislação. Destarte, a legislação infraconstitucional, mais precisamente a Lei nº 7.716/89, com redação introduzida pela Lei nº 9.459/97, definiu os crimes resultantes de discriminação ou preconceito por questão de raça, cor, e, conforme aqui pertinente, por motivo de religião.

Vejamos:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).
Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa (BRASIL, 1997).

Em uma amplitude ainda mais profunda, o povo, através de seus representantes, por meio do Código Penal Brasileiro, tratou de criminalizar atos contra o sentimento religioso, conforme tipificação esculpida no artigo 208 do referido Código, cujo dispositivo se expõe a seguir:

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; **vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso**;
Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.
Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência. (BRASIL, 1941).
(grifou-se).

Pelo exposto, isto é, por claro comando legal, é inconteste que o ordenamento jurídico garante à liberdade de crença religiosa e todos os meios inerentes a sua manifestação, como a prática de culto, e, onde se denota a questão do respeito, a proteções dos objetos sagrados, vez que o artigo transcrito logo acima criminaliza o vilipêndio público de ato ou objeto religioso.

Greco (2016, p. 722), ao examinar o artigo 208 do Código Penal, mais precisamente a parte final do dispositivo, registra que:

A última modalidade de conduto proibida pelo tipo penal do art. 208 do diploma repressivo diz respeito ao ato de vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso.
Vilipendiar deve ser entendido no sentido de menoscabar, desprezar, enfim, tratar como vil, publicamente, ato ou objeto religioso.

Em continuidade ao tema, ainda nas palavras de Greco (2016), o “bem juridicamente protegido pelo tipo penal do art. 208 é o sentimento religioso”.

Após muitas barbáries cometidas pela nefasta união entre o Estado e a Igreja Católica Apostólica Romana, hoje o mundo ocidental tende a respirar o alívio da opressão religiosa, possibilitada, principalmente pelo Iluminismo e pelas Reformas Protestantes.

Ocorre que assim como a liberdade religiosa é uma conquista jurídica universal de extrema valia, as religiões e suas manifestações precisam, e de fato gozam, de proteção jurídica, impedindo discriminação, humilhação e qualquer forma de desprezo contra quem quer que seja por motivo de crença religiosa.

Nesta esteira, em total consonância com o ordenamento jurídico, em uma relação íntima com o artigo 208 do Diploma Penal, o doutrinador Mirabete (1998, p. 394) salienta que:

Embora sejam admissíveis os debates, críticas ou polêmicas a respeito das religiões em seus aspectos teológicos, científicos, jurídicos, sociais ou filosóficos, não se permitem os extremos das zombarias, ultrajes ou vilipêndios aos crentes ou coisas religiosas.

Por conseguinte, percebe-se com nitidez a possibilidade de discussão de dogmas e de reflexões acerca das mais diversas crenças que são pregadas, percebendo-se, também, de outra banda, a ilegalidade de discussões abusivas, que humilhem, ridicularizem ou menosprezem, conforme tipificações levantadas anteriormente.

Desta forma, depreende-se a importância da laicidade do Estado, fazendo com que inexista hierarquia entre as religiões, rezando o Estado pela integridade e pelo livre desenvolvimento das mesmas, sem distinções.

Sobre a laicidade de nosso Estado, Oliveira destaca a que Estado Laico não é sinônimo de Estado Ateu:

Trata-se de um Estado Laico, que não se confunde com um Estado ateu, mas sim um Estado onde se respeitam todos os credos e sua exteriorização. Assim sendo, não há confusão com a Igreja, onde os legitimados são aqueles escolhidos pelo povo, pontuando a importância da democracia em um Estado Laico.

A maioria das lições da doutrina aponta que o delito estampado no artigo 208 do Diploma Repressivo Criminal se trata de um crime vago, assim lecionam, por exemplo, Rogério Greco (2008) e Guilherme de Souza Nucci (2000), compreendendo que a Lei visa tutelar o sentimento religioso da coletividade, havendo a possibilidade de ocorrência do crime sem a determinação exata do sujeito passivo.

Sob a mesma luz do pensar, Bittencourt (2009, p. 788) faz-nos perceber em sua obra que:

Estes crimes violam diretamente interesses coletivos, motivo pelo qual sujeito passivo deles é, primariamente, o corpo social. Será sujeito passivo particular ou secundário qualquer pessoa física ou jurídica que sofrer a ação incriminada.

Bittencourt (2009, p. 789) ainda traz à baila sábias e robustas instruções:

Pessoalmente, achamos que o sujeito passivo ora pode ser a pessoa individual (primeira parte do dispositivo penal), ora pode ser a coletividade ou corpo social (segunda e terceira partes), dependendo, in concreto, da figura lesiva que é praticada. É incontroverso que a liberdade de consciência e de crença constitui uma garantia fundamental individual, assegurada pela atual Constituição brasileira; no entanto, “o livre exercício dos cultos religiosos” (individual e, ao mesmo tempo, coletivo) e “a proteção aos locais de culto e a suas liturgias” são garantias constitucionais coletivas. Na primeira hipótese, o sujeito passivo é a pessoa de quem se zomba (sacerdote, ministro, crente, religioso etc.); na segunda, pode ser o indivíduo “impedido” ou “turbado” em sua prática religiosa, se a ação incriminada for contra ele praticada, ou a coletividade, quando aquela for dirigida contra exercício coletivo de culto religioso; e, finalmente, na terceira hipótese, o sujeito passivo imediato somente pode ser a coletividade e apenas mediatamente o indivíduo. Nesse particular, pela clareza e precisão, merece ser transcrita a orientação de Paulo José da Costa Jr. (Comentários ao Código Penal, p. 695), a qual subscrevemos integralmente: “Sujeito passivo, no caso do ultraje, é a pessoa de quem se zomba (sacerdote, ministro, crente). Ou então, no caso de turbação ou vilipêndio de culto, a ofendida é a coletividade religiosa atingida.

Isto posto, em atento a grande magnitude do direito à liberdade de crença, o qual é direito fundamental, envolve, além da expressão e dos cultos, o direito de o indivíduo ter sua crença e seus objetos sagrados respeitados, estando protegidos, pela Lei, contra atividades que visem escornar suas sãs doutrinas e liturgias.

Da Consecutiva Possibilidade de Limites à Liberdade de Expressão Artística

Redigiu-se até aqui, textos com o objetivo em elucidar a importância da liberdade de expressão artística e da liberdade de expressão religiosa, tendo se verificado com ênfase a vasta proteção jurídica ofertada a tais direitos.

No tocante a liberdade artística, há de se convir com o fato de que, conforme corrobora Ferreira (2001, p. 255) que embora “tentativas de definir materialmente arte, para além de se revelarem pouco frutíferas, parecem tornar o artista refém da qualidade que terceiros possam encontrar na sua obra”.

Contudo, ainda que existente o subjetivismo, a liberdade artística não pode ser ilimitada, tanto que encontra balizas em outros valores constitucionalmente assegurados. No caso, a semelhança era tanta que não se podia distinguir realidade da liberdade de criação artística (MENDES, 1993).

Como visto, a Lei veda a possibilidade de censura, não havendo o que se falar em pedido de autorização para a manifestação artística, porquanto a mesma não se submete à autoridade alguma. De outra banda, incoerente seria dizer que o artista, ou

aquele que por mera deliberalidade resolve manifestar-se artisticamente, está imune a qualquer restrição legal, estando, assim, infamemente acima da Lei.

Todavia, percebe-se que a linha interpretativa quanto aos limites da liberdade artística pode aparentar ser bastante tênue, mas basta que verifique-se se o ato a ser realizado está vedado ou não pela legislação, vez que o motivo de se estar sob o manto da atividade artística não deve suprimir a imposições legais.

Em uma pequena pincelada sobre o mundo artístico se percebe que há tempos os próprios especialistas no assunto já denunciavam certos devaneios, Fischer (1987, p. 9):

É que a princípio o capitalismo, forçando o artista para fora do mecenato, deu-lhe também um grande momento histórico de livre criação; mas acabou por isolá-lo numa liberdade tão glacial e completa que o artista chegou em muitos casos ao estágio absurdo de criar para os outros artistas.

Noutro relevante ponto, Fischer (1987, p. 14) cita a racionalidade contida nas manifestações artísticas:

O trabalho para um artista é um processo altamente consciente e racional, um processo ao fim do qual resulta a obra de arte como realidade dominada, e não – de modo algum – um estado de inspiração embriagante.

Feito tais observações, retomando-se o rumo jurídico sobre a questão, em atento ao pressuposto da proteção ofertada pela Lei ao respeito para com a liberdade de crença religiosa e demais pertences a ela diretamente ligadas, conforme já trabalhado, constata-se a crucialidade de destacar a sintonia que deve ser vislumbrada entre dois direitos fundamentais (de primeira geração/dimensão), no caso em tela: o direito à liberdade de expressão artística e o direito à liberdade de crença religiosa.

Relembrando a importância dos direitos a que se está a analisar, dada a sua relação indissolúvel para a condição do ser humano como ser pensante e singular, Carvalho (2009, p. 26) diz que os mesmos são considerados de primeira geração e que “tem como princípios cardeais os consagrados na Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade.”

Sobre a questão em tela, isto é, sobre o direito à liberdade de expressão artística e o direito à liberdade de crença e suas consequências inevitáveis, dois relevantes Princípios não de ser invocados, ante a inexistência de direito fundamental plenamente absoluto. Sobre o Princípio da Unidade da Constituição, Mendes (2008, p. 114) explica:

Segundo essa regra de interpretação, as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituída na e pela própria Constituição. Em consequência, a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade.

No que se refere ao Princípio da Proporcionalidade, também lidando com as colisões entre os direitos constitucionais fundamentais, Mendes (2008, p. 120 e 121) comenta:

Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também, para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

Estando-se a tecer dizeres sobre a colisão entre direitos fundamentais, lembra-se que sobre os mesmos nos ensina Silva (2009, p. 185-186):

A partir de uma dimensão estritamente objetiva, o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo. Isso significaria dizer que proteger o conteúdo essencial de um direito fundamental implica proibir restrições à eficácia desse direito que o tornem sem significado para todos os indivíduos ou para boa parte deles. [...] Se se pretende, com o recurso à garantia de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais, proteger tais direitos contra uma restrição excessiva e se os direitos fundamentais, ao menos em sua função de defesa, têm como função proteger sobretudo condutas e posições jurídicas individuais, não faria sentido que a proteção se desse apenas no plano objetivo. Isso porque é perfeitamente possível – e provável – que uma restrição, ou até mesmo uma eliminação da proteção de um direito fundamental em um caso concreto individual não afete sua dimensão objetiva, mas poderia significar uma violação ao conteúdo essencial daquele direito naquele caso concreto.

Assim, sendo certo que os direitos fundamentais são maximizados pelo ordenamento jurídico em prol do indivíduo, tendo em vista que são direitos inerentes para ele concedidos por conta de sua própria condição como pessoa humana, e, sendo todos os direitos fundamentais de suma importância, um não se sobrepõe ao outro, devendo ser exercidos em harmonia.

É majoritário o entendimento doutrinário de que no mundo jurídico há uma série de bens tutelados que são fundamentais para o indivíduo e constantemente exercidos

pela sociedade, razão pela qual, a legislação como meio a regular a convivência pacífica, deve delimitar as fronteiras dos direitos, inclusive daqueles fundamentais (SARLET, 2003).

Por fim, tornando claro ser juridicamente possível e correta a delimitação do direito de liberdade de expressão artística, fazendo com que se perceba que a legislação infraconstitucional também é aplicada durante o exercício da referida liberdade, Marmelstein (2008, p. 368) anota que “O STF, assinalando a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto”.

Portanto, a existência de limites legais para os direitos assegurados às pessoas humanas não representa nenhuma arbitrariedade, mas sim ato necessário à ordem e segurança jurídica, visando a concretização do pleno e harmônico exercício de todos os direitos garantidos pela vontade do povo expressada na Lei.

Considerações Finais

O direito à liberdade de expressão possui uma grande ramificação em que encontramos o direito à liberdade de expressão artística, a qual, por sua vez, é amplamente protegida pela legislação constitucional e infraconstitucional, sendo de imensurável importância para a propagação, da cultura, do conhecimento de identidade dos povos e nações.

Por meio da liberdade de expressão artística e suas respectivas manifestações, leva-se ao indivíduo a possibilidade de progressão das ideias, fazendo com que o mesmo pense e reflita, desde raciocínios mansos aos mais tumultuados, possibilitando-o a percepção de novos olhares, que lhe permitam discernir de forma inédita verdades já consolidadas.

Assim como a liberdade de expressão artística, o vigente ordenamento jurídico, também por farta legislação constitucional e infraconstitucional, oferta robusta guarida ao direito de liberdade de crença religiosa, bem como as atividades a ela ligadas, como aos cultos, templos, dogmas e objetos religiosos.

É sabido o quão custoso e dolorido foi para que se pudesse viver com a liberdade de escolha de Deus, isto é, de uma crença religiosa. O mundo ocidental tardou bastante para respeitar as liberdades individuais de crença, após lastimáveis e infames massacres ao povo cristão do Império Romano, e, após a maléfica união entre os sacerdotes de Cristo e o Império Romano, com a posterior fundação da Igreja Católica Apostólica

Romana, cuja instituição foi responsável pela instalação do medo, do retrocesso científico e ainda por torturar e assassinar qualquer um que se comportasse de forma contrária a seus interesses, só após este longo período é que movimentos insurgentes, sobretudo a Reforma Protestante e o Iluminismo, tiveram força suficiente para levar o ser humano à conquista de liberdades individuais, podendo-se então se vislumbrar a livre escolha de crença, como também a discussão dos dogmas.

Até os dias de hoje, ainda se verificam no Brasil muitos ocorridos que violam o direito de liberdade de crença religiosa, direito este que no país demorou a se solidificar. Contudo, o que tem se observado em alguns casos é a utilização de um direito fundamental para atacar a integridade do direito à liberdade de crença religiosa, que hoje também é um direito fundamental.

Logo, diante de tal panorama, precisa-se evidenciar a previsão de limites, em uma espécie de freios e contrapesos, vez que não existindo direito fundamental absoluto, o que deve ser vislumbrado é o exercício de todos os direitos fundamentais ao encontro do bem social, e não pérfidos imbróglis entre estes importantíssimos direitos à liberdade e singularidade física e psíquica do indivíduo.

Durante este escrito se tratou de analisar cuidadosa e minuciosamente os estatutos legais e doutrinários acerca da matéria, a fim de se chegar, não a uma conclusão repentina e deliberada, mas a uma resposta totalmente alinhavada ao ordenamento jurídico vigente.

Sabendo-se que todo direito possui encerramento, ou seja, limite, diferentemente não é com um direito fundamental, visto que a ninguém é permitido, por exemplo, praticar um crime de assassinato, em razão de sua liberdade de crença.

Desta forma, estando à liberdade de expressão artística também delimitada pelas regras da Lei, não há como se admitir que suas manifestações violem demais direitos, na medida em que se estaria diante de uma perigosa arbitrariedade, em uma infeliz demonstração de descompasso para com a democracia.

Sob a óptica de que todos os direitos estampados na Magna Carta ao serem protegidos devem também ser delimitados para que possam coexistir, a liberdade de expressão artística deve respeito para com a Lei, porquanto não é uma liberdade absoluta a simplesmente atropelar os demais bem jurídicos tutelados pela legislação.

Há de se destacar que as manifestações da arte não carecem de aprovação, do mesmo modo que acontece com as liturgias religiosas, porém em ambos os casos as ilegalidades cometidas não devem ser toleradas pelo Estado.

Por conseguinte, o que se percebera é que, proporcionada a liberdade de crença religiosa ampla tutela jurídica, sendo ilícito o desrespeito ao indivíduo por motivo de crença religiosa, o artista que profana assuntos particulares de crenças religiosas, vilipendiando cultos, dogmas ou objetos religiosos deve ser punido na forma da Lei, pois abusa de seu direito, em uma tentativa inescrupulosa de colocar seus atos atrás do escudo do direito de liberdade de expressão artística, como se em nome da arte tudo pudesse acontecer.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMORIM, Malú Flávia Pôrto. **Sacrifícios rituais em religiões afro-brasileiras: a proteção jurídica aos animais não humanos frente a valores religiosos e culturais**. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3089>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

BALEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras: 1891**. V.2. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BEUREN, Ilse Maria. **Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade. Teoria e Prática**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITENCOURT, César Roberto. **Código Penal Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. 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: 23 out. 2017.

_____. Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 22.1239/SP**, Relator Ministra Ellen Gracie. Julgamento em 25 mai. 2005. Publicado em 06 ago. 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28A+IMUNIDADE+TRIBUT%C1RIA+SOBRE+LIVROS%2C+JORNAIS%2C+PERI%D3DICOS+E+O+PAPEL+DESTINADO+A+SUA+IMPRESS%C3O+TEM+POR+ESCOPO+EVITAR+EMBARA%C7OS+AO+EXERC%CDCIO+DA+LIBERDADE+DE+EXPRESS%C3O%2C+INTELECTUAL+ART%CDSTICA+E+CIEN%CDFICA+E+DE+COMUNICA%C7%C3O%2C+BEM+COMO+FACILITAR+O+ACESSO+DA+POPULA%C7%C3O+%C0+CULTURA%2C+%C0+INFORMA%C7%C3O+E+%C0+EDUCA%C7%C3O%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7vpqbkf>>. Acesso em: 21 out. 2017.

CRESWELL, John W. **Projeto de Pesquisa Métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Tradução Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 4. ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2000.

FISCHER, Ernst. **A Necessidade da Arte**. 9. ed. Gen. Rio de Janeiro. 1987.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2008.

_____. **Código Penal Comentado**. 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito Trad. João Batista Machado**. Martins Fontes: São Paulo, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LUHMANN, Niklas. **A obra de arte e a auto-reprodução da arte**. Histórias de literatura: as novas teorias alemãs. São Paulo: Ática, 1996.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 14. ed., São Paulo: Atlas, 1998.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Fábio Dantas de. **Liberdade Religiosa no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/19770/aspectos-da-liberdade-religiosa-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 07 nov. 2017.

SANTOS, Tânia Maria da. **O Direito à Cultura na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2009.

_____. José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, **André Ramos**. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPITULO 05

PROTEÇÃO PATRIMONIAL: A NECESSIDADE DA ELABORAÇÃO DE UMA LEI DE TOMBAMENTO MUNICIPAL PARA A CIDADE DE ORLEANS/SC

Welliton Galvani Troes
Michele Barreto Cattaneo
Fabrício Trevisol Bordignon
Idemar Ghizzo

Resumo: O presente trabalho expõe, de forma sucinta sobre a legislação existente no Brasil, que norteia a proteção do patrimônio cultural nas três esferas, federal, estadual e municipal. Na federal, toma-se como base a Constituição Federal de 1988, na estadual a Constituição do Estado de Santa Catarina, e como forma de exemplificação de lei municipal, sobretudo no que se refere à questão do tombamento, a Lei de Tombamento do Município de Lages. O objetivo geral deste trabalho é verificar a quem compete tutelar esses bens culturais; os objetivos específicos vêm verificar a responsabilidade recíproca entre os entes públicos, analisando quais os mecanismos utilizados para a proteção patrimonial e identificando os benefícios sociais com a sua elaboração. Faz-se, também, uma análise das normas existentes no município de Orleans, comparando assim os benefícios que as leis de proteção ao patrimônio cultural trazem a sociedade. Na metodologia, foi utilizada como método de abordagem a exploratória, no método de procedimento a pesquisa, na abordagem do problema de pesquisa foi a qualitativa e a abordagem do objetivo geral foi a descritiva. Conclui-se que existe uma precariedade de uma norma relativa a preservação do patrimônio cultural de Orleans/SC, com a justificativa que seria prudente a proposição de um projeto de Lei para sua proteção.

Palavras-chave: Proteção; Patrimônio Cultural; Tombamento.

PATRIMONIAL PROTECTION: THE NEED FOR THE ELABORATION OF A MUNICIPAL TAKING LAW FOR THE CITY OF ORLEANS/SC

Abstract: The present paper briefly describes the legislation in Brazil, which guides the protection of cultural heritage in the three spheres, federal, state and municipal. In federal law, we took as basis the Federal Constitution of 1988, in the State Constitution of the State of Santa Catarina, and as a form of exemplification of municipal law, especially regarding the issue of tipping, the Law of tipping of the Municipality of Lages. The general objective of this work is to verify who is responsible for protecting these cultural assets, the specific objective is to verify the reciprocal responsibility between public entities, analyzing the mechanisms used for patrimonial protection and identifying the social benefits with their elaboration. It also analyzes the existing norms in the municipality of Orleans, thus comparing the benefits that cultural heritage protection laws bring to society. In the methodology was used as method of exploratory approach, in the procedure method the research, in the approach of the research problem was qualitative and the approach of the general objective was descriptive. Concluding that there is a precariousness of a norm regarding the preservation of the cultural heritage of Orleans/SC, with the justification that it would be prudent to propose a bill for its protection.

Keywords: Protection; Cultural heritage; Tipping.

Introdução

O artigo exibe de maneira clara e objetiva a importância da proteção e salvaguarda ao patrimônio histórico, arqueológico, artístico, bibliográfico, etnográfico e de monumentos naturais do Brasil. Em seu texto constitucional, observa-se a preocupação para que se possa manter presente parte da história produzida e percorrida até o presente momento. Sabe-se que esses patrimônios são deixados como herança para as futuras gerações, pois com a sua presença preserva-se costumes, técnicas e histórias, e a partir disso construirão novos pensamentos.

Diversos dispositivos legais, nas mais diferentes esferas, são expressos em relação à legitimidade do poder público federal, estadual e municipal em possuírem mecanismos para proteção e preservação do patrimônio cultural.

Orleans é reconhecida popularmente por ser considerada a cidade da cultura, pelas suas ações no desenvolvimento da cultura local, trazendo também consigo a criação de patrimônios de grande valor para cenário cultural, com potencial reconhecido regionalmente, nacionalmente e internacionalmente.

No entanto, o município de Orleans não possui norma específica que possa direcionar um olhar mais cauteloso sobre a preservação de seu patrimônio que faz referência também com a identidade e memória do povo sul catarinense. Sendo assim, este estudo tem relevância social, com investimento na cultura e a participação da comunidade, que contribuirá com a cidadania dos orleanenses.

Assim, o objetivo geral deste trabalho é verificar a quem compete tutelar esses bens culturais, os objetivos específicos vêm verificar a responsabilidade recíproca entre os entes públicos, analisando quais os mecanismos utilizados para a proteção patrimonial e identificando os benefícios sociais com a sua elaboração, com a justificativa que seria prudente a proposição de um projeto de Lei para sua proteção.

Para o desenvolvimento desse trabalho, toma-se como referência, a Constituição federal de 1988, a Constituição do Estado de Santa Catarina, bem como outras leis e normas referentes a proteção ao patrimônio e revisões bibliográficas.

Fundamentação Teórica

O Decreto-Lei 25 de novembro 1937 traz o conceito tradicional de patrimônio cultural, que em razão do seu excepcional valor histórico, arqueológico, artístico, bibliográfico e etnográfico, protegia apenas os bens físicos mais relevantes, no entanto,

com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, revolucionou-se tal dispositivo, dando um tratamento especial ao patrimônio cultural nacional, alargando essa compreensão, considerando como patrimônio cultural do Brasil, os bens que tenham referência à identidade, à memória e ação dos grupos que iniciaram a formação da sociedade brasileira.

A Constituição Federal (CF) de 1988 descreve o patrimônio cultural em seu art. 216, conforme se expõe abaixo:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (BRASIL, 1988)

Desde conceito, é importante demonstrar a sociedade, que toda produção que se refere ao desenvolvimento da cultura brasileira, de bens instituídos pelo homem e aqueles que, de origem natural, por ele são, sobretudo, de grande importância para o entendimento de sua cultura.

Acontece que pelo extenso conceito de patrimônio cultural, elencado pela carta magna de 1988, quando quase todas as produções e atividades humanas, poderiam ser consideradas como bens culturais, são de grande importância que se gradue acerca da tutela de proteção do Estado e do poder público, priorizando o que cada município tem de maior relevância para sua cultura.

De tal modo, esta proteção deve ser emitida pelo poder público em parceria com toda a sociedade, como dispõe o § 1º do artigo 216 da CF no qual o “Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação” (BRASIL, 2017). Essa proteção se dá aos bens que têm um valor significativo para a cultura popular brasileira e acompanha a marcha evolutiva da humanidade.

Quando um bem individual é reconhecido como patrimônio cultural do Brasil, ele passa a ser conduzido e administrado por um regime jurídico específico, que o diferencia de outros bens, não significando o descaso dos demais, no entanto, o transforma em um bem de interesse público, merecendo a devida a proteção legal.

O ato que distingue um bem cultural dos demais é a tutela estatal, podendo ser de natureza administrativa (tombamento, inventário, registro, etc.), legal (lei de zoneamento, etc.) ou judicial (ação civil pública declaratória de valor cultural). Que reconhecido, nasce à natureza jurídica do bem e seu valor cultural.

Por meio de leitura minuciosa do artigo 216 da carta suprema, pode-se definir um bem ou um conjunto deles, de natureza material e imaterial, tendo relevância quanto a identidade brasileira (CF,88).

Pode entender-se como patrimônio material, o conjunto de bens culturais que qualificados por sua natureza, podem ser: arqueológico, paisagístico e etnográfico; histórico; artístico. Além disso, ser divididos em bens imóveis: núcleos urbanos, sítios arqueológicos, paisagísticos, bens individuais, e móveis, que são as coleções arqueológicas, acervos museológicos, documentais, bibliográficos, fotográficos e cinematográficos, etc. (MIRANDA,2012).

Já o patrimônio imaterial está conexo aos saberes, às habilidades, às crenças, às práticas, ao modo de ser das pessoas. De tal maneira, podem ser considerados bens imateriais, os conhecimentos de determinadas comunidades; manifestações literárias, musicais, plásticas, cênicas; rituais, festas religiosas, etc. (MIRANDA,2012).

Instituindo como exemplo de patrimônio cultural tombado a nível nacional do estado de Minas Gerais, a fabricação do queijo da cidade do Serro, incluída na legislação sobre a proteção do patrimônio imaterial (MIRANDA, 2006, p. 63).

A Constituição Federal, conforme citado acima, traz as formas de expressão como patrimônio cultural, neste sentido Silva (2001, p. 102) diz que “a forma de expressão se trata de um sistema de signos, pelo qual a cultura é transmitida por diferentes gerações, de indivíduo a indivíduo”. Ou seja, podem ser os modos de manifestações culturais, como a língua, a dança, a literatura, as festas religiosas, a música e o folclore.

Miranda (2006, p. 63) destaca que “Estão inclusas também no patrimônio cultural brasileiro, as criações científicas, tecnológicas e artísticas, as invenções que representaram o avanço na área tecnológica da aviação, como o 14 Bis, inventado por Santos Dumont.”

Diversos outros bens materiais e imateriais espalhados por todo território nacional estão no quadro de patrimônio cultural brasileiro, como, ruas, becos, tais como a cidade de Ouro Preto e o centro histórico do Pelourinho em Salvador, são consideradas conjuntos urbanos e sítios de valores históricos, associados a uma era ou evento específico da história brasileira.

Verifica-se, portanto, diante desse panorama, que cerca o patrimônio cultural, que a Carta Magna de 1988 salienta a preservação como uma conexão, de interesse do Poder Público com a sociedade, tratando não só do direito individual de forma isolada, mas ultrapassando esse limite para com a coletividade.

O cidadão deve participar ativamente na proteção ao patrimônio cultural, exercendo sua cidadania na construção da sociedade, como enfatizado pela CF/88 e salientado por Henks *et al* (2013, p.239):

O grande papel do patrimônio cultural é o da manutenção, construção e reconstrução da identidade (pessoal e coletiva) de modo sobretudo a proporcionar, ao indivíduo e ao grupo: a) um sentimento de segurança, uma raiz, diante das acelerações da vida cotidiana na atualidade; b) o combate contra o estranhamento das condições de existência, ao proporcionar a vinculação do indivíduo e do grupo a uma tradição, e, de modo particular, a resistência contra o totalitarismo, que faz da criação de massas desenraizadas o instrumento central da manipulação em favor da figura a trator do ditador apresentado como único ponto de referência e orientação (REISEWITZ, 2004, p. 101).

Com a participação da sociedade, possibilita-se a manutenção dos vínculos do passado, com a memória atual constituída por um ser ou uma comunidade.

Participação Social na Proteção Patrimonial

A fim de preservar e cumprir com o dever de preservação do patrimônio cultural brasileiro, a participação social é de suma importância, exigindo, direta ou indiretamente medidas do Poder Público. Poderá e deverá o cidadão, provocar os entes públicos legitimados à propositura dos litígios judiciais a buscarem a preservação do patrimônio cultural, de maneira preventiva ou repressiva. Preventiva quando almeja evitar a consumação da agregação ao patrimônio, e repressiva, quando buscar uma indenização e/ou reparação, assim como a anulação ou declaração de nulidade dos atos que lesam o patrimônio cultural (HENKES *et al*, 2013.)

A vigilância, os reparos, restaurações e as restrições, são outros meios que visam restaurar e proteger o patrimônio já constituído.

Proteção Jurisdicional dos Bens Culturais

Sendo um dos principais instrumentos na proteção dos bens culturais, a tutela jurisdicional, deve ser usada pela sociedade ou por seus representantes legitimados, como a Administração Pública e o Ministério Público.

Ação Civil Pública

Para provocar o judiciário, acerca da proteção do patrimônio cultural brasileiro, a ação civil pública, é a ferramenta processual mais eficaz e importante do ordenamento jurídico.

Estabelecida pela Lei nº 7.347/85, a ação civil pública é um instrumento processual fundamental, pois concretiza a possibilidade de tutela jurisdicional de interesses difusos e coletivos, tendo por “objetivo evitar o dano, repará-lo ou buscar indenização pelo dano causado, sendo viável a pretensão de condenação em dinheiro, do cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, bem como da declaração de situação jurídica” (MIRANDA, 2006, p. 175).

A legitimidade para sua propositura da ação é do Ministério Público, da Defensoria Pública, dos Entes Federativos, Autarquias, Empresas Públicas, Fundações ou Sociedades de Economia Mista, ou ainda, das Associações de Defesa do Patrimônio Cultural constituídas há mais de um ano, requisito este que poderá ser dispensado pelo juiz caso haja manifesto interesse social que evidencie a dimensão ou característica do dano ou relevância do bem jurídico a ser protegido.

O cidadão não tendo autonomia para propor a ação civil pública, poderá provocar os entes legitimados para que o façam, oferecendo informações e documentos, com intuito de convencê-los, a buscarem a tutela judicial na proteção do patrimônio cultural.

Ação Popular

Considerado pela doutrina majoritária, como um dos instrumentos mais utilizados para garantir a tutela do patrimônio cultural, a ação popular poderá ser proposta por qualquer cidadão, sendo este nacional e em pleno gozo de seus direitos políticos, acompanhado do representante do Ministério Público que atuará como fiscal da lei.

Conforme a Lei suprema de 1988, no inciso LXXIII do artigo 5º:

“[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” (BRASIL, 1988)

Por determinação constitucional, a Ação Popular objetiva anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio cultural, sendo qualquer cidadão parte legítima para

exercê-la. (REISEWITZ, 2004.). Sendo regulamentado pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965.

Assistência Estatal ao Patrimônio Cultural

A Constituição Federal estabelece que a competência para tutelar seja do Poder Público em conjunto com a coletividade, quando se tratar de preservação do patrimônio cultural brasileiro. Existem, ainda, outros meios administrativos que visem esta proteção jurisdicional. (BRASIL, 1988). Sendo assim, tem-se:

Inventário

Visando à identificação e o registro dos bens culturais, o inventário deve valer-se de critérios técnicos de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica e antropológica, registrando os bens com sua descrição, importância, características físicas, estado de conservação e etc.

No ordenamento jurídico brasileiro, a lei que regulamenta as normas e efeitos do inventário enquanto ferramenta de proteção do patrimônio cultural brasileiro é a Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977.

Mas, conforme pondera Marcos Paulo de Souza Miranda, independentemente de lei regulamentadora, os órgãos públicos são responsáveis pela preservação do patrimônio cultural brasileiro, devendo realizar inventário de seus bens, como forma de preservar e resguardar, podendo advir consequências jurídicas para o proprietário do bem, como para o próprio responsável por trabalhos técnicos em casos de deterioração do bem. (MIRANDA, 2012.)

Registro

O registro incide em catalogar o bem cultural, para que ele possa produzir por meios técnicos, conhecimento que o torna acessível ao público, permitindo sua continuação.

O Decreto nº 3.551/2000 criou o registro dos bens culturais de natureza imaterial e estabeleceu o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, visando à efetiva proteção administrativa dos bens culturais intangíveis.

Vigilância

A vigilância é o poder de polícia atribuído aos entes da federação, para que consigam tutelar administrativamente a proteção do patrimônio cultural, com ações integradas entre a administração federal em parceria com as administrações municipais e a comunidade, na condição de detentora e corresponsável por salvaguardar os bens, conjuntamente com o Poder Público.

Gestão documental

No §2º do artigo 216 da CF/88, está manifestado a responsabilidade da administração pública, na gestão da documentação governamental e em meios que possibilitem a consulta a quem precise. Sendo somente garantido o acesso às informações se as mesmas forem preservadas.

O Ato de Tombar

Nos primórdios, o vocábulo tombamento se referia somente aos documentos mais importantes, guardados e conservados na Torre do Tombo em Portugal. De modo recente, é conceituado como um ato administrativo realizado pelo Poder Público, podendo ser compulsório ou voluntário, de restrição parcial e provisória, durante o respectivo processo administrativo de tombamento, e definitivo após a conclusão deste. E ser instituído pela manifestação de vontade expressa do Poder Público, que se dá por meio de ato do órgão público, tendo a necessidade de prévio processo administrativo para a sua instituição, no qual deverão ser assegurados o devido processo legal e os demais princípios a ele atrelado, e como ato final, a inscrição no Livro Tombo.

Tombar, é uma das principais ações para que se possa preservar um bem, impedindo legalmente possíveis danos e até a sua destruição. Ao qual poderá ser realizado pela União, por intercessão do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), pelo Governo Estadual no caso de Santa Catarina por meio da Fundação Catarinense de Cultura (FCC), ou pelos órgãos da administração municipal, empregando leis específicas.

A cada esfera, portanto, é conferido o título de Patrimônio Histórico-Cultural de acordo com a representatividade e acuidade que o mesmo determina. Cabendo ao Governo Federal tombar os bens e conjuntos históricos que estejam ligados a acontecimentos ou personalidades, tomados de notoriedade para a nação brasileira, aplicando-se as mesmas disposições aos estados e municípios.

Além do artigo 226 da Constituição de 1988, é expresso em diversos outros dispositivos a preocupação em preservar o patrimônio histórico-cultural do país, delegando aos poderes públicos zelar por esses bens, como dispõe:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural.

Art. 30. Compete aos Municípios:

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual. (BRASIL, 1988)

A constituição do Estado de Santa Catarina, além de citar as disposições da Lei Suprema, também demonstra em seu art.173, parágrafo único, incisos III e V a importância da participação popular para a definição da política cultural do Estado, nos seguintes princípios:

Art. 173. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e catarinense.

Parágrafo único. A política cultural de Santa Catarina será definida com ampla participação popular, baseada nos seguintes princípios:

III – proteção das obras, objetos, documentos, monumentos naturais e outros bens de valor histórico, artístico, científico e cultural;

V – preservação da identidade e da memória catarinense. (SANTA CATARINA, 2009).

Extraíndo-se, por fim, que compete legalmente, a todas as instâncias, identificar, afirmar e reconhecer, a responsabilidade pela fiscalização e preservação do patrimônio tombado, seja ele público ou particular, como forma de evitar a destruição ou descaracterização.

Esta ação deve ser precedida de processo administrativo, no qual serão verificados os aspectos que materializam a necessidade de intervenção na propriedade privada para a proteção do bem tombado. Nesse processo, são obrigatórios:

- a) O parecer do órgão técnico cultural;
- b) A notificação ao proprietário, que poderá manifestar-se concordando com o tombamento ou impugnando a intenção do Poder Público de decretá-lo;
- c) Decisão do Conselho Consultivo da pessoa incumbida do tombamento, após as manifestações dos técnicos e do proprietário. A decisão concluirá:
 - 1) Pela anulação do processo, se houver algum tipo de ilegalidade;

- 2) Pela rejeição da proposta de tombamento, ou;
- 3) Pela homologação da proposta, se necessário o tombamento.
- d) Possibilidade de interposição de recurso pelo proprietário, contra o tombamento, dirigindo-se ao Presidente da República.

Assim, José Afonso da Silva conceitua tombamento por:

“Ato do Poder Público que, reconhecendo o valor cultural (histórico, arqueológico, etnográfico, artístico ou paisagístico) de um bem, mediante sua inscrição em livro próprio, subordina-o a um regime jurídico especial que lhe impõe vínculos de destinação, de imodificabilidade e de relativa inalienabilidade. (SILVA, 2001, p. 159).”

Ainda sobre o conceito de tombamento Reisewitz (2004, p. 123) descreve que, “tombar é inscrever no livro do tombo, dando cadastramento e catalogação aos bens que fazem parte de determinado acervo”.

O objeto principal do tombamento, é recaído sobre bens móveis e imóveis, públicos e privados, de interesse cultural ou ambiental, tendo como intuito a conservação dos bens que por suas características especiais, são de interesse público na sua proteção.

“Podemos entender o ato de tombar como fato e ato administrativo, sendo fato a operação material de registro do bem pelo agente público no Livro do Tombo, e ato a restrição que o Estado impõe ao direito de propriedade, com o intuito de preservar o bem e seus atributos” (MIRANDA, 2006, p. 109).

Definindo-se então, que os Municípios, Estados, o Distrito Federal e a União têm competência administrativa para o tombamento de bens cuja conservação constitua de seus interesses.

A Importância de uma Norma Patrimonial Específica para o Município

Ponderando a necessidade de uma norma jurídica que regulamente o patrimônio cultural da cidade de Orleans em Santa Catarina, pleiteasse pela criação de um Projeto – Lei de Tombamento na esfera Municipal, para que se possa preservar parte da memória, história e cultura da cidade de Orleans.

Orleans, desde suas origens produziu importantes bens históricos e culturais. Iniciando com o dote de casamento dado por Dom Pedro II a sua filha, alteza Imperial, Princesa Isabel Cristina Leopoldina Augusta Michaela Gabriela Rafaela Gonzaga de Bragança ao marido francês, Luís Filipe Maria Fernando Gastão, o Conde d’Eu.

Passando de vila e distrito até que o município foi criado pela Lei Estadual nº. 981 de 30 de agosto de 1913, ocorrendo a instalação em 20 de outubro desse mesmo ano. (DALL'Alba, 1986)

Atualmente, a cidade comporta diversos bens de valores históricos e culturais, que merecem a devida proteção legal pelo município. Existem bens patrimoniais já tombados a nível estadual e federal. Na esfera federal temos o Museu ao Ar Livre Princesa Isabel, que está em processo de tombamento desde 2007 pelo IPHAN. O Museu ao Ar Livre, primeiro do gênero na América Latina, inaugurado em 30 de agosto de 1980, destaca a colonização europeia na região sul catarinense, até meados do século XX. Instalado em uma área de 20,000m², comporta 14 unidades aberta à visitação turística, demonstrando as indústrias e o modo de viver dos imigrantes europeus. “O museu ao Ar Livre é uma obra que resgatou, na região, um acervo sobre os primeiros tempos da industrialização, desenvolvida pelos diversos grupos étnicos que colonizaram nossas terras” (SOUZA, 2002, p.36).

Na esfera estadual, são tombados; oito terrenos de Mata Atlântica, localizados no Morro da Palha, o Sobrado da Família Barzan, localizado na Palmeira do Meio e o Museu ao Ar Livre, localizado no Bairro Murialdo (FCC, 2017).

Na esfera municipal, o que existe como normatização em prol da preservação do patrimônio cultural é a Lei Municipal nº 2.408 de 3 de novembro de 2011, que “dispõe sobre o Conselho Municipal de Política Cultural de Orleans - CMPC, suas atribuições, composição e dá outras providências” (ORLEANS, 2011). Entre as atribuições do conselho destacamos o item “XI - defender o patrimônio cultural e artístico do Município e incentivar sua difusão e proteção” e o item “XVI - promover a defesa do patrimônio histórico e artístico do Município de Orleans” (ORLEANS, 2011). No entanto, a última atualização do conselho é de 2013, por meio do Decreto nº 3554 de 11 de junho de 2013 (ORLEANS, 2013), ficando assim o município carecendo de ações de incentivo e apoio culturais, entre elas a defesa do seu patrimônio. Destacamos, porém que o Conselho Municipal de Cultura foi criado em 1974, por meio da Lei Nº 489. (ORLEANS, 2017).

O uso de normas em prol da conservação do patrimônio cultural do município de Orleans colaborará para a preservação dos bens distribuídos em todas as comunidades. Destacando sua memória, seu modo de vida e as produções por elas construída. Um dos exemplos, em que a lei poderia beneficiar a preservação de um bem patrimonial, é a Igreja dos letos localizada no interior do município de Orleans na comunidade do Rio Novo.

Outro exemplo são as Esculturas do Paredão, localizadas às margens do Rio Tubarão. “Todos os painéis esculpido no paredão foram interpretações pessoais do artista Zé Diado” (CAMPUS, 2007, p.37)”. São esculturas representando passagens bíblicas, esculpidas na década de 80, por José Fernandes, o Zé Diabo.

As Esculturas do Paredão, assim como o Museu ao Ar Livre Princesa Isabel, são os principais pontos de referência do patrimônio reconhecido em Orleans, como destaca o próprio site da prefeitura (PMO, 2017).

Uma forma de incentivar a preservação seria incluir na legislação municipal orleanense, incentivos fiscais e financeiros em prol do patrimônio cultural. A título de exemplo, pode-se citar a Lei nº 8.313/91, popularmente conhecida como “Lei Rouanet” que confere desconto no Imposto de Renda de pessoas físicas e jurídicas que investem em projetos culturais, ao passo que estando de acordo com as normas estabelecidas em lei, serão previamente cadastrados pelo mesmo órgão. (BRASIL, 2017).

Para o desenvolvimento desse trabalho, também tomou-se como referência de lei municipal, a Lei Complementar nº 022, de 21 de setembro de 1995, do município de Lages, estado de Santa Catarina. Sendo uma das primeiras do Estado a regulamentar a questão do tombamento, expressa no âmbito municipal. Servindo como demonstrativo aos demais municípios, de como suprir a necessidade de preservar aquilo que é relevante para o município. O proprietário do bem tombado é beneficiado com a redução de impostos “[...] poderá reduzir o IPTU e outros impostos municipais dos bens tombados, sempre que seja indispensável à manutenção do bem [...]” (FCC, 2017). Assim como o proprietário é beneficiado, ele também tem algumas obrigações em relação à proteção do bem tombado, entre elas a não descaracterização do bem e de seu entorno, garantindo assim a preservação desse patrimônio.

Procedimentos Metodológicos

A elaboração desse estudo procurou demonstrar qual a necessidade da criação de uma Lei de Tombamento municipal para proteção do patrimônio cultural da cidade de Orleans. Para isso, foram realizadas pesquisas bibliográficas e nas Legislações de área afins, nas esferas federais, estaduais e municipais, para dar embasamento ao trabalho.

A pesquisa da legislação nos três níveis contribuiu para a verificação da necessidade de implantação de uma legislação municipal que pudesse agrupar os conceitos teóricos, as legislações e as práticas de modo dialético com outras áreas de

preservação, que considera objeto de estudo, não como um objeto simples, mas como parte integrante na construção do conhecimento.

A pesquisa exploratória colaborou para o entendimento legal de patrimônio cultural e a formatação do referencial teórico desse estudo. Sobre pesquisa exploratória, Gil (1999, p. 43) destaca que:

Pesquisas exploratórias são desenvolvidas com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximativo, acerca de determinado fato. Este tipo de pesquisa é realizado especialmente quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil sobre ele formular hipóteses precisas e operacionalizáveis.

Foram também utilizadas fontes secundárias, utilizando informações disponibilizadas em acervos virtuais de órgãos públicos, como o do Instituto do Patrimônio Artístico Nacional (IPHAN), a Fundação Catarinense de Cultura (FCC), o do Ministério de Cultura (MINC), Prefeitura Municipal de Orleans, além de pesquisas em autores da área do direito e da cultura e revisões bibliográficas.

Resultados e Discussão

Este trabalho apresentou os principais pontos da Constituição Federal, no que se refere à preservação ao patrimônio cultural brasileiro. Percebeu-se que sem leis ou medidas de proteção, relativos ao patrimônio, quem sai perdendo é a população, que afasta parte de sua história, memória e identidade. A Constituição também deixa claro que os estados e municípios são responsáveis em preservar, juntamente com o proprietário do bem.

Tomando como base a lei do município de Lages, e fazendo uma comparação com a legislação existente município de Orleans, constata-se que o mesmo possui o Conselho Municipal de Cultura, o Fundo Municipal de Cultura, precisaria, no entanto de uma regulamentação em relação ao tombamento.

Neste sentido, é possível assegurar, que a criação de um projeto de Lei de Tombamento o que de certa forma garantiria o acesso das pessoas aos bens patrimoniais em seu meio social.

Como forma de consultar a população orleanenses, sobre o tema, seria interessante a realização de um inventário dos bens patrimoniais que merecem e carecem proteção. A partir deste inventário, fazer uma consulta pública com a comunidade, para saber a opinião das pessoas, a fim de identificar quais novos bens devem ser protegidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

São diversas as formas de manifestação em nome da preservação da identidade, cultura e memória do povo brasileiro. A preservação do patrimônio cultural colabora para a construção de uma geração mais consciente com seu patrimônio, quanto mais o progresso se alastra se torna mais carecida de normativa que colaboram para sua preservação. Para isso, necessita que esse vasto acervo que permeia a história da cidade de Orleans seja tutelado pelo Direito e reconhecido pela sociedade civil.

Neste contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 traz um rol exemplificativo, concedendo um tratamento especial ao patrimônio histórico e cultural brasileiro, dilatando a restrita concepção adotada atualmente, ponderando e conhecendo as ações, as memórias dos povos que formaram a sociedade brasileira, como patrimônio cultural, concedendo também deveres de conduta, participação e colaboração na proteção patrimonial.

Ante a necessidade de preservar os patrimônios históricos da cidade de Orleans, torna-se prudente a tutela protetiva do poder público municipal por meio de norma específica, formada em participação com a sociedade.

Por fim, diante do que fora exposto, observa-se a existência de uma estrutura de proteção e incentivo aos bens culturais, integrada e relacionada à esfera nacional. E, para produção dos devidos efeitos, faz-se necessária uma Lei específica voltada para a comunidade, buscando a conscientização dos orleanenses, criando ações patrimoniais que visam alavancar a cultura cada vez mais presente no cotidiano das novas gerações, buscando utilizar das heranças do passado para a construção do futuro.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 2017. Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313cons.htm>. Acesso em: 10 de ago.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 25 de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)>.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.551 de 04 de agosto de 2000. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm>.

BRASIL. Lei n. 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 04 ago. de 2017.

BRASIL. Lei n. 8.313 de 23 de dezembro de 2001. Restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 2 de julho de 1986, institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8313cons.htm>. Acesso em: 04 ago. de 2017.

BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 04 ago. de 2017.

CAMPUS, Renata Bussolo. **A divina obra de Zé Diabo**. Orleans: Coan Gráfica e Editora, 2007.

DALL'ALBA, João Leonir. **Colonos e mineiros no grande Orleans**. Florianópolis: 1986.

FCC, 2017. Modelo de Lei de Tombamento Municipal. Lei de Tombamento do Município de Lages. Disponível em: <<http://www.fcc.sc.gov.br/patrimoniocultural//pagina/4403/modelodeleidetombamentomunicipal>> Acesso em: 04 de ago. 2017.

FCC Patrimônio cultural de Santa Catarina.
<http://www.fcc.sc.gov.br/patrimoniocultural/pagina/4371/orleans>

http://portal.iphan.gov.br/cprod/consulta_externa.asp?cmdCommand=Buscar&ProcCodProcedencia=2119&ProtNumProtocolo=1450004422007

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

HENKS, Silvana Lúcia, *et al.* O direito-dever à cultura e à preservação do patrimônio cultural. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 231-255, jul/dez.2013.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela Constitucional do Patrimônio Cultural Brasileiro**: O inventário como um novo instrumento de proteção. *In*: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza;

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Estudos de direito do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio Cultural Brasileiro: doutrina, jurisprudência, legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ORLEANS, 2013. Disponível

em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/o/orleans/decreto/2013/355/3554/decreto-n-3554-2013-nomeia-os-membros-para-comporem-o-conselho-municipal-de-politicas-culturais>>. Acesso em: 11 de set. 2017.

ORLEANS, 2017. Lei nº 2408 de 3 de novembro de 2011. Disponível

em: <<https://leismunicipais.com.br/a/sc/o/orleans/lei-ordinaria/2011/240/2408/lei-ordinaria-n-2408-2011-dispoe-sobre-o-conselho-municipal-de-politica-cultural-de-orleans-cmpc-suas-atribuicoes-composicao-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 11 de set. de 2017.

Orleans, 2017. LEI Nº 489. Disponível em:

<<https://leismunicipais.com.br/a/sc/o/orleans/lei-ordinaria/1974/48/489/lei-ordinaria-n-489-1974-cria-o-conselho-municipal-de-cultura>>. Acesso em:

PMO, Prefeitura Municipal de Orleans, 2017.

<http://www.pmo.sc.gov.br/index.php/inicio/cultura>.)

REISEWITZ, Lúcia. **Direito Ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**, novembro de 2009. Disponível em<

http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf>. Acesso em: 05 de ago. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional, 4ª edição - revista e atualizada**, 2ª tiragem, São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

SOUZA, Celso de Oliveira, **Museu ao Ar Livre de Orleans**: oficinas do saber. Orleans, 2002.

CAPÍTULO 06

A ACESSIBILIDADE EM PRÉDIOS PÚBLICOS PARA DEFICIENTES FÍSICOS DE MEMBRO INFERIOR

Andreza da Luz
Márcia Zomer Rossi Mattei
Luiza Liene Bressan
Pedro Zilli Neto

Resumo: O direito à acessibilidade é garantido pela Constituição Federativa do Brasil razão pela qual o Estado tem o dever de possibilitar a todas as pessoas, de forma igualitária, a moradia, circulação nas vias, acesso aos serviços públicos, garantir possibilidade de usufruir de seus direitos, inclusive as pessoas com deficiência física. No Brasil, a acessibilidade é regulada pelo Decreto Lei n.º 5.296/2004 e esta, por sua vez, regulamenta as Leis n.º 10.048, de 08 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. Devido ao grande crescimento das sociedades, este trabalho visou proporcionar uma análise dos direitos garantidos ao deficiente físico pela legislação com relação ao acesso em prédios públicos. Ao final deste estudo constatou-se que essas normas não estão sendo devidamente cumpridas ou cumpridas parcialmente nos Prédios Públicos dos Órgãos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário de Orleans-SC.

Palavras-chaves: Acessibilidade. Deficiente físico. Membro Inferior. Direitos e Garantias. Prédios Públicos.

THE BUILDING ACCESSIBILITY IN PUBLIC FOR HANDICAP OF LOWER LIMB

Abstract: The right to accessibility is guaranteed by the Federal Constitution of Brazil reason why the state has a duty to enable all people equally, housing, traffic on the roads, access to public services; ensure ability to enjoy their rights, including people with physical disabilities. In Brazil, accessibility is regulated by Decree Law number 5296/2004, and this in turn regulates the laws in 10,048, of November 8, 2000, which gives priority service to people who specify, and 10,098 of 19 December 2000 laying down general rules and basic criteria for the promotion of accessibility for people with disabilities or reduced mobility. Due to the large growth of societies, this study aimed to provide an analysis of the rights guaranteed to handicapped by the law regarding access to public buildings, so it was concluded at the end that these rules are not being properly met or partially met in Public Buildings Bodies of the Legislature, Executive and Judiciary Orleans / SC.

Keywords: Accessibility. Handicapped. Lower limb. Rights and Guarantees. Public buildings.

Introdução

O artigo 2º, I da Lei 10.098/2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência

ou com mobilidade reduzida, conceitua acessibilidade como sendo a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

No Brasil, a acessibilidade é assegurada por várias leis, que visam garantir o direito de locomoção digna a todos os deficientes físicos ou com mobilidade reduzida. O assunto é de extrema relevância na sociedade atualmente, tendo em vista recente levantamento divulgado em agosto de 2015 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e feito em parceria com o Ministério da Saúde, em que se apurou que 6,2% da população brasileira tem algum tipo de deficiência. (IBGE, 2015).

Pesquisar sobre este tema surgiu da necessidade de abordar um assunto tão relevante para a sociedade em geral, principalmente aos deficientes físicos, que é a acessibilidade, e tendo em vista que os Órgãos Públicos são os maiores responsáveis por zelar pela inclusão social de todos. Assim, tem-se como problema de pesquisa: a acessibilidade em prédios públicos está sendo garantida aos deficientes físicos de membro inferior conforme a legislação vigente.

O objetivo geral desta pesquisa é verificar se as normas previstas na legislação acerca da acessibilidade para deficientes físicos de membro inferior estão sendo devidamente cumprida nos prédios públicos na cidade de Orleans/SC. Para isso, inicialmente foi explanado sobre o Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009 - Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que tem como propósito promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente; após analisou-se a Lei nº. 7.853 de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas deficientes, sua integração social dentre outras providências. Com o mesmo objetivo explicou-se o Decreto lei 5.296 de 2 de dezembro de 2004, que atualmente regulamenta duas leis as quais também foram analisadas, quais sejam, a Lei nº. 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento e a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade e, por fim, a Norma Brasileira da ABNT NBR 9050, que estabelece critérios e parâmetros a serem seguidos pelas edificações, de acordo com a legislação.

Em seguida, examinou-se quais são os meios utilizados para promover acessibilidade ao deficiente físico de membro inferior bem como àqueles com mobilidade reduzida, nos prédios públicos, de acordo com a Norma Brasileira nº 9.050.

Por fim, possui como último objetivo específico, comparou-se a lei vigente com a realidade de fato e por meio de fotografias verificou-se se os Prédios Públicos do Poder Executivo (Prefeitura e sua sede administrativa), Legislativo (Câmara de Vereadores) e Judiciário (Fórum da Justiça Estadual) da Comarca de Orleans, todos localizados nessa cidade, estão de acordo com as normas expostas na legislação que rege a acessibilidade.

O tema da pesquisa justifica-se devido ao direito de igualdade que os deficientes físicos possuem e que não é respeitado. Sabe-se que todas as pessoas têm o direito de igualdade, educação, lazer, porém para os deficientes físicos alguns direitos básicos, como os anteriormente citados, esbarram na falta de acessibilidade, como a falta de rampas, portas com largura especial, dentre tantas outras barreiras, que prejudica o gozo desses direitos.

Nos dias atuais, tendo em vista que há legislação específica que regulamenta a acessibilidade, as pessoas em geral e, principalmente, o Estado possuem o dever de zelar para que as normas sejam cumpridas, aplicando a acessibilidade, da forma mais correta e eficaz para que as pessoas com deficiência física possam ter seus direitos efetivados, razão pela qual, pretende-se com este trabalho, demonstrar a importância do assunto, tendo em vista que, além de ser questão de segurança pública, é também questão de dignidade, educação e respeito ao próximo, pois a acessibilidade é direito fundamental dos deficientes físicos e estes representam uma porcentagem considerável da população.

Acessibilidade

Ao pesquisar sobre a acessibilidade da pessoa portadora de deficiência física, compreende-se que esta não diz respeito, apenas, ao espaço físico, mas envolve todo um contexto de ambiente, como as edificações, os transportes e o acesso aos

meios de comunicação, como, por exemplo, rádio, televisão e, até mesmo, à participação como cidadão. Esta acessibilidade é definida como sendo a possibilidade e a condição de alcance para utilizar com segurança e autonomia os espaços mobiliários, os equipamentos urbanos, as edificações, os transportes e os sistemas dos meios de comunicação das pessoas portadoras de deficiência ou com sua mobilidade reduzida (GODOY et al., 2000 apud ROCH, OLIVEIRA, 2009, p.19).

De acordo com o artigo 2º, I da Lei 10.098, acessibilidade é a possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos transportes e dos sistemas e meios de comunicação, por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida. (BRASIL, 2000).

A acessibilidade também compõe o conceito de cidadania em que os indivíduos têm direitos assegurados por lei, que devem ser respeitados, entretanto, muitos destes direitos esbarram em barreiras arquitetônicas e sociais (MANZINI et al., 2003 apud LAMÔNICA et al., 2008).

Um espaço construído, quando acessível a todos, é capaz de oferecer oportunidades igualitárias a todos os usuários, no entanto, a maioria das cidades é construída e modificada desconsiderando vários dos diversos tipos humanos que habitam estes ambientes construídos (BITTENCOURT et al., 2004, p. 1).

A acessibilidade é a capacidade de todo e qualquer indivíduo, independente de suas habilidades, de usufruir todas as oportunidades e necessidades que o cotidiano oferece ou cobra no desenvolvimento natural da vida nas cidades (LAUFER; OKIMOTO; RIBAS, 2003, p. 3).

A primeira concepção de acessibilidade surgiu com a Declaração de Salamanca, criada na Espanha, com o intuito de promover a acessibilidade, sendo que nesta participam a Unesco, 92 Governos, 25 Organizações Internacionais e a ONU.

Importante mencionar que acessibilidade não é apenas sinônimo de facilidade de acesso à entrada em prédios públicos, mas, em um contexto geral, na sociedade, desde calçadas com rebaixamento de meio fio, vagas reservadas, larguras das portas principais suficientes para passar uma cadeira de rodas, sanitários adequados, dentre tantos outros direitos assegurados constitucionalmente e também por meio da lei federal já mencionada.

Deficiência em Questão

Segundo a Organização Mundial de Saúde, deficiência é o substantivo atribuído a toda a perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica. Refere-se, portanto, à biologia do ser humano.

A deficiência não é tema novo na sociedade, assim como sua preocupação e prevenção. Conforme levantamento divulgado em agosto de 2015 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), feito em parceria com o Ministério da Saúde, apontou que 6,2% da população brasileira têm algum tipo de deficiência.

O Decreto nº. 3.298/1999, ao regulamentar a Lei nº. 7.853/89 considerou os seguintes conceitos:

Art. 3º. Para os efeitos deste Decreto, considera-se:

I - deficiência – toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.

Cada tipo de deficiência traz em si diferentes necessidades. Uma pessoa que não enxerga possui dificuldades e necessidades distintas de outra que utiliza cadeira de rodas ou muletas, por exemplo. Basicamente, as pessoas com deficiência visual atravessam dificuldades relacionadas à orientação. Quem tem mobilidade reduzida, como um usuário de cadeira de rodas, enfrenta dificuldade de locomoção. Já as pessoas com deficiência auditiva encontram obstáculos na comunicação (FEBRABAN, 2006, pag. 10).

Uma pessoa pode ter deficiência única ou deficiência múltipla (associação de uma ou mais deficiências). Tem-se como tipos de deficiência a física, auditiva, visual e mental.

O decreto 3.298/1999 conceitua as deficiências como sendo:

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.

II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000HZ e 3.000Hz;

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 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

IV - deficiência mental – funcionamento intelectual significativamente 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 dos recursos da comunidade;
- e) saúde e segurança;
- f) habilidades acadêmicas;
- g) lazer; e
- h) trabalho;

V - deficiência múltipla – associação de duas ou mais deficiências.

Após as devidas conceituações, importante reafirmar que este estudo se concentra especialmente na acessibilidade de prédios públicos para pessoas com deficiência física, mais especificadamente de membro inferior.

Deficiente Físico

A deficiência física surge quando há algum comprometimento do aparelho locomotor que compreende o sistema osteoarticular, o sistema muscular e o sistema nervoso. As doenças ou lesões que afetam quaisquer desses sistemas, isoladamente ou em conjunto, podem produzir quadros de limitações físicas de grau e gravidade variáveis, segundo os segmentos corporais afetados e o tipo de lesão ocorrida.

O termo “pessoa deficiente” foi definido em dezembro de 1975, pela Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), e diz tratar-se de qualquer pessoa que, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais, estivesse impossibilitada de cumprir sem ajuda, total ou parcial, as exigências de uma vida individual e social normal (CAMBIAGHI, 2007).

De acordo com os artigos 3º e 4º do capítulo I do Decreto Federal nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999, deficiência é toda perda ou anormalidade de uma

estrutura, função psicológica, fisiológica e/ou anatômica capaz de ocasionar incapacidade para o desempenho das atividades do ser humano.

Quanto à deficiência física, a medicina define como sendo alterações completas ou parciais de um ou mais segmentos do corpo humano, causadoras de comprometimento das funções físicas e apresentadas em forma de “paraplegia”, “paraparesia”, “monoplegia”, “onoparesia” e outros.

Sabe-se que as pessoas com deficiência física ou mobilidade reduzida estão diariamente sujeitas a vários obstáculos na sociedade, sejam em escolas, universidades, calçadas e até em prédios públicos, sendo que este último, por ser parte de Órgão Público, tem o dever supremo de zelar pela acessibilidade e também pela inclusão social, o que em vários locais não ocorre.

Deficiência Física e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tem como fundamentos da nação promover a dignidade da pessoa humana e garantir o exercício da cidadania para que não haja desigualdades sociais e sejam eliminados quaisquer preconceitos ou discriminação. Isto significa conceder a todos, inclusive às pessoas com algum tipo de restrição, direitos sociais à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança.

Além da Carta Magna, a lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, entre outras providências, assegura aos deficientes físicos o tratamento igualitário na sociedade com base no respeito à dignidade.

O princípio da dignidade humana é direito de todos, independente de raça, cor, credo ou deficiência física. De acordo com esse princípio não deve haver diferença entre as pessoas ditas como normais e os deficientes físicos, ou seja, todos possuem o mesmo direito diante a sociedade.

Legislação acerca da Acessibilidade

Primeiramente, importante mencionar que a acessibilidade não é tema recente na sociedade, tendo em vista que já é garantida desde 1988 com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 23, “*in verbis*”:

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.

Ainda, o artigo 227, §2º do mesmo diploma legal menciona que “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”.

A partir dos anos 80, em razão do grande avanço da sociedade, a acessibilidade adquiriu forma na legislação brasileira inicialmente por meio da lei nº 7.853 de 24 de outubro de 1989 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, dentre outras providências.

Tem-se também o Decreto 3.298/1999 que regulamenta a lei mencionada anteriormente e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, entre outras providências.

A Lei nº. 7.853/89 visa garantir às pessoas portadoras de deficiência ações governamentais necessárias ao seu cumprimento, afastando discriminações e preconceitos de qualquer espécie, sendo obrigação nacional a cargo do Poder Público e da sociedade.

Após alguns anos, criou-se também o Decreto Lei 5.296 de 02 de dezembro de 2004, que passou a assegurar o direito de acesso, circulação e utilização dos espaços públicos pelos portadores de deficiência ou com mobilidade reduzida. Este por sua vez regulamenta outras duas leis sobre a acessibilidade, quais sejam, a Lei nº. 10.048, de 08 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento a pessoas portadoras de deficiências de qualquer tipo e de idosos, em repartições públicas e outros locais, e estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida; e a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que prima por assegurar as condições de acessibilidade arquitetônicas, urbanísticas, de transportes, de comunicação e informação.

Além dos diplomas anteriormente citados, há também a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009, que tem como propósito promover, proteger e assegurar o

exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.

Ademais, existe também a Norma Brasileira da ABNT NBR 9050, que estabelece critérios e parâmetros a serem seguidos pelas edificações, de acordo com a legislação, visando proporcionar a maior quantidade possível de pessoas, independentemente de idade, estatura ou limitação de mobilidade ou percepção, a utilização de maneira autônoma e segura do ambiente, edificações, mobiliário, equipamentos urbanos e elementos.

Da Acessibilidade nos Edifícios Públicos ou de Uso Coletivo

A Acessibilidade é direito universal, logo, este direito deve ser assegurado pelo Estado no Geral. É dever primordial deste zelar pela inclusão social dos deficientes físicos, razão pela qual se faz essencial que os edifícios públicos ou de uso coletivo cumpram a legislação, tendo em vista que são os principais exemplos da sociedade.

O artigo 11 da Lei 10.098/2000 assegura que as construções, ampliações e reformas em edifícios públicos ou privados de uso coletivo sejam realizadas de modo que se tornem acessíveis as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, *in verbis*:

Art. 11. A construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

O parágrafo único do artigo anteriormente mencionado dispõe ainda que deverão ser observados alguns requisitos no momento da construção, ampliação ou reforma, vejamos:

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, na construção, ampliação ou reforma de edifícios públicos ou privados destinados ao uso coletivo deverão ser observados, pelo menos, os seguintes requisitos de acessibilidade:

I – nas áreas externas ou internas da edificação, destinadas a garagem e a estacionamento de uso público, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção permanente;

II – pelo menos um dos acessos ao interior da edificação deverá estar livre de barreiras arquitetônicas e de obstáculos que impeçam ou dificultem a acessibilidade de pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida;

III – pelo menos um dos itinerários que comuniquem horizontal e verticalmente todas as dependências e serviços do edifício, entre si e com o exterior, deverá cumprir os requisitos de acessibilidade de que trata esta Lei; e

IV – os edifícios deverão dispor, pelo menos, de um banheiro acessível, distribuindo-se seus equipamentos e acessórios de maneira que possam ser utilizados por pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Logo, nas situações em que o prédio utilizado pelo Poder Público não é construído originalmente para o funcionamento deste, ou seja, as atividades estatais se desenvolvem em prédio alugado, cedido ou doado, previamente construído, esta construção deverá sofrer as modificações necessárias ao cumprimento da lei, sobretudo por alocar serviços e recursos públicos, que devem estar a disposição de todos os cidadãos.

Formas de Promover a Acessibilidade para Deficientes Físicos de Membro Inferior

Como já explanado, é direito fundamental dos deficientes físicos possuírem igualdade no direito de ir e vir. Para isso, faz-se necessário a acessibilidade na sociedade.

A lei 10.098/2000, no seu capítulo II, dispõe os elementos da urbanização, a forma que esta se dará, sempre visando à acessibilidade para as pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida, tendo em vista que, por ser direito fundamental, é obrigatório o direito ao acesso, *in verbis*:

Art. 3º O planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público deverão ser concebidos e executados de forma a torná-los acessíveis para as pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Art. 4º As vias públicas, os parques e os demais espaços de uso público existentes, assim como as respectivas instalações de serviços e mobiliários urbanos deverão ser adaptados, obedecendo-se ordem de prioridade que vise à maior eficiência das modificações, no sentido de promover mais ampla acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Parágrafo único: Os parques de diversões, públicos e privados, devem adaptar, no mínimo, 5% (cinco por cento) de cada brinquedo e equipamento e identificá-lo para possibilitar sua utilização por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, tanto quanto tecnicamente possível.

Nota-se que a urbanização, tanto nas vias públicas, nos parques e nos demais espaços de uso público, deverá ser adaptada, obedecendo-se ordem de prioridade que vise à maior eficiência das modificações, no sentido de promover mais ampla acessibilidade às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

A forma pela qual essa acessibilidade é garantida está disposta nos artigos seguintes da mesma lei, com menção também a NR 9050, formas essas que serão analisadas neste momento, em tópicos distintos, a seguir, com algumas exceções, como é o caso das escadas para pessoas com mobilidade reduzida, tendo em vista que o público alvo da pesquisa são os deficientes físicos de membro inferior (cadeirantes), assim como os parques de diversões, tendo em vista que o objetivo é analisar a acessibilidade nos prédios públicos do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Das Portas de acesso

O artigo 5º da Lei 10.098/2000 dispõe sobre a passagem para entrada e saída de locais, ou seja, das portas de acesso, vejamos:

Art. 5º O projeto e o traçado dos elementos de urbanização públicos e privados de uso comunitário, nestes compreendidos os itinerários e as passagens de pedestres, os percursos de entrada e de saída de veículos, as escadas e rampas, deverão observar os parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT.

Sabe-se que um deficiente físico de membro inferior, condicionado ao uso de cadeira de rodas, possui maior dificuldade para ter acesso aos prédios públicos ou privados de uso comunitário, tendo em vista que uma cadeira de rodas possui largura média de 65 a 70 cm, exigindo algum espaçamento extra para o uso livre das mãos ou pequenas manobras, para impulso do veículo e nem sempre as portas de acesso nestes locais, atendem a tais exigências.

Das Rampas

É o mesmo artigo 5º a exigir que “as escadas e rampas, deverão observar os parâmetros estabelecidos pelas normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT” para elementos de urbanização públicos e privados de uso comunitário.

A NBR 9050 dispõe de condições ideais na inclinação dessa rampa que devem ser obedecidas, tendo em vista que o cadeirante pode ter força física no tronco ou não, pode ter mobilidade nos braços ou não, condições essas que, caso a inclinação seja incorreta, pode acarretar maior dificuldade ou, até mesmo, impossibilidade de acesso à rampa.

Esta inclinação, conforme assegura a NBR 9050, deve seguir a fórmula: $I = H \times 100 / C$, onde: **I** é a Inclinação, em porcentagem; **H** é a altura do desnível e **C** é o comprimento da projeção horizontal.

Nota-se que ao determinado cálculo faz-se necessário para que a inclinação da rampa seja em grau adequado para possibilitar a subida do cadeirante, caso contrário, se construída sem esses padrões, impossibilitará a subida do mesmo.

Dos Banheiros

Com relação aos banheiros de uso público, o artigo 6º da Lei 10.098/2000 dispõe que deverão estar presentes nos parques, praças, jardins e espaços livres públicos, e dentre estes pelo menos 1 sanitário e um lavatório devem atender as especificações da NBR 9.050, vejamos:

Art. 6º Os banheiros de uso público existentes ou a construir em parques, praças, jardins e espaços livres públicos deverão ser acessíveis e dispor, pelo menos, de um sanitário e um lavatório que atendam às especificações das normas técnicas da ABNT.

A NBR 9050 especifica que o sanitário acessível à pessoa em cadeira de rodas deve possuir entrada independente e ser anexo aos demais sanitários. Recomenda, também, que tenha dimensões mínimas de 0,80 m de largura por 1,80 m de comprimento, sendo que este sanitário ainda deve ser provido de barras de apoio, além de que as pias deveriam ser rebaixadas para que seja possível a utilização pelo cadeirante.

Das Vagas para Deficientes Físicos

Por fim, não menos importante, tem-se as vagas especiais para deficientes físicos. Essas vagas, segundo artigo 7º da Lei 10.098/2000, são obrigatórias em todas as áreas de estacionamento de veículo, localizadas em vias ou em espaços públicos, devendo estas serem devidamente sinalizadas, *in verbis*:

Art. 7º Em todas as áreas de estacionamento de veículos, localizadas em vias ou em espaços públicos, deverão ser reservadas vagas próximas dos acessos de circulação de pedestres, devidamente sinalizadas, para veículos que transportem pessoas portadoras de deficiência com dificuldade de locomoção.

Parágrafo único. As vagas a que se refere o caput deste artigo deverão ser em número equivalente a dois por cento do total, garantida, no mínimo, uma vaga, devidamente sinalizada e com as especificações técnicas de desenho e traçado de acordo com as normas técnicas vigentes.

Importante mencionar que o citado artigo, no seu parágrafo único, garante aos deficientes físicos um número de vagas equivalente a 2% do total, garantindo no mínimo uma vaga, sendo que esta, assim como a porta, as rampa e o banheiro, também devem seguir as normas específicas impostas pela NBR 9050.

O Dever do Estado em Promover a Acessibilidade

A acessibilidade é direito fundamental a todos os deficientes físicos, razão pela qual a Carta Magna dispõe em seu artigo 23 que:

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.

O artigo 227, §2º do mesmo diploma legal menciona que 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.

Ainda, conforme dispõe o artigo 2º da lei 7.853/89:

Art. 2º Ao Poder Público e seus órgãos cabe assegurar às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à previdência social, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Em todas as situações mencionadas, é idêntica a intenção do constituinte: Garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, tendo em vista que possuem direito de igualdade, e por essa razão os Órgãos Públicos e o Estado têm a obrigação de preservar a acessibilidade aos deficientes físicos.

Visando a conscientização do Poder Público com relação à acessibilidade, a Secretaria do Patrimônio da União (SPU) lançou recentemente, no dia 27 de julho de 2015, a primeira versão do Manual de Acessibilidade para Prédios Públicos.

Voltado para gestores, o guia tem o objetivo de tornar os prédios públicos mais acessíveis e apresenta critérios, parâmetros e recomendações para a utilização dos edifícios, manual este disponível no site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Brasil.

Acessibilidade no Estado de Santa Catarina e no Município de Orleans

O Estado de Santa Catarina garante a acessibilidade aos portadores de deficiência por meio da Lei Estadual nº 12.870, de 12 de janeiro de 2004, que dispõe sobre a política estadual para promoção e integração social da pessoa portadora de deficiências

Assim como a Constituição Federal e demais legislações sobre o tema, a mencionada Lei visa assegurar que os deficientes físicos ou com mobilidade reduzida tenham acesso aos prédios públicos.

Interessante mencionar o artigo 51 da Lei nº 12.870, de 12 de janeiro de 2004, dispõe que os Órgãos e as Entidades da Administração Pública Estadual deveriam, no prazo de 3 anos após a publicação que ocorreu em 2004, promover adaptações e também eliminações de barreiras existente nos edifícios e espaços de uso público, *in verbis*:

Art. 51. Os órgãos e as entidades da Administração Pública Estadual, no prazo de três anos a partir da publicação desta Lei, deverão promover as adaptações, eliminações e supressões de barreiras arquitetônicas existentes nos edifícios e espaços de uso público e naquelas que estejam sob sua administração ou uso.

Ademais, o Ministério Público de Santa Catarina, em 2013, também criou e disponibilizou um manual, que detalha como fiscalizar a acessibilidade de edificações da administração pública. Este é destinado a arquitetos e agentes públicos e fornece informações técnicas para o desenvolvimento de ações fiscalizatórias que, em geral, competem às prefeituras de cada município e a seus órgãos competentes.

O manual é acessível pelo endereço eletrônico <http://mp.sc.gov.br/> e segundo informações disponíveis naquele site, o mencionado manual foi enviado para todos os Ministérios Públicos, Conselhos de Arquitetura e Urbanismo (CAUs) e Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (Creas) do país.

O manual identifica as barreiras que impedem a circulação de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida em edificações e traz elementos de aplicabilidade prática à fiscalização. Entre eles, modelos de planilhas de vistoria, que fornecem os procedimentos de avaliação comuns para todos os edifícios públicos. Trata-se de um total de seis planilhas, ordenadas segundo o encaminhamento do usuário no edifício, contemplando pela ordem: áreas de acesso ao edifício; saguões e salas de espera; circulações horizontais; circulações verticais; os sanitários; e os locais para atividades coletivas.

Lei Orgânica do Município de Orleans

O Município de Orleans, também visando à acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou mobilidade reduzida, instituiu a Lei Orgânica do Município, nº 003 de 12 de dezembro de 2005, assegurando assim os direitos referentes à acessibilidade.

Na seção IV da Lei Orgânica, que trata das pessoas portadoras de deficiência, nos termos do artigo 158, é dever do Município assegurar todos os direitos fundamentais a uma vida digna e humana à pessoa portadora de deficiência, garantindo, proteção especial, por exemplo, garantir a prevenção das deficiências físicas, mentais e sensoriais; garantir ao portador de deficiência, o acesso à saúde, educação, treinamento profissional e lazer, dentre outras providências.

Nos termos do artigo 159 da mesma lei, é assegurado o direito de livre acesso a logradouro, edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público e ao transporte coletivo, mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas e ambientais, promovendo assim a acessibilidade aos portadores de deficiência, *in verbis*:

Art. 159 - Ao portador de deficiência física será garantido o livre acesso a logradouro, edifícios públicos e particulares de frequência aberta ao público e ao transporte coletivo, mediante a eliminação de barreiras arquitetônicas e ambientais, bem como ao lazer, que inclui oferta de programas de esporte e meios de acesso aos bens culturais em todas as suas manifestações.

Percebe-se que o Município possui legislação própria que assegura aos deficientes físicos e as pessoas com mobilidade reduzida o direito de acesso a prédios públicos ou particulares que sejam utilizados para prestação de serviços públicos.

Do Plano Diretor

Ainda, o Município preocupado com assegurar esses direitos básicos na vida do deficiente físico, instituiu o Plano Diretor, Lei n.º 2.147 de 18 de dezembro de 2007, e neste constam expressamente os direitos inerentes a esta faixa especial da população e as normas que as obras devem seguir para que sejam acessíveis, com base nas mesmas normas dispostas pela Lei Orgânica do Município.

Do Código de Obras

Tem-se ainda o Código de Obras do Município, Lei Complementar nº 1.434 de 18 de dezembro de 1999 que, assim como a Constituição Federal, a Lei Orgânica e o Plano Diretor visam assegurar o direito à acessibilidade aos portadores de deficiência e mobilidade reduzida.

Importante mencionar que todas as legislações mencionadas dispõem que o acesso aos prédios públicos devem ser acessíveis ao deficiente físico e a pessoa com mobilidade reduzida, garantindo assim a acessibilidade, e para tanto devem os Órgãos seguir as normas dispostas na já mencionada NBR 9.050.

A quem cabe fiscalizar

O Plano Diretor do Município de Orleans, Lei 2.147/2007, dispõe que a fiscalização dessas normas cabe ao Poder Executivo Municipal com seus órgãos competentes, através da Secretaria responsável pelo Setor de Planejamento, juntamente com os agentes incumbidos de prezar pelo cumprimento das leis, vejamos:

Art. 130- O Executivo Municipal, através da Secretaria responsável pelo Setor de Planejamento, elaborará e implantará um sistema de Fiscalização de caráter pedagógico, preventivo e educativo, e, punitivo, visando disciplinar os munícipes em relação às suas responsabilidades na observância e cumprimento da legislação seja de âmbito Municipal, Estadual ou Federal.

Art. 131- O Sistema de Fiscalização, sob a coordenação da Secretaria responsável pelo Setor de Planejamento, que contará com corpo técnico especializado, compatível às suas funções fiscalizadoras de educação, prevenção e punição às transgressões, englobará:
I. Fiscalização de Obras Particulares, Vigilância Sanitária;

Transporte;
II- Fiscalização tributária, Meio ambiente, Saneamento básico e transporte;
III. Fiscalização de Posturas Gerais.
Parágrafo Único: O Sistema de Fiscalização exercerá a sua função fiscalizadora de forma descentralizada, formado por um corpo técnico multidisciplinar compatível com as suas funções e alocado em diferentes setores da Administração Municipal.

Conforme menciona o artigo 131 acima citado, o Setor de Planejamento contará com um corpo técnico especializado para fiscalização dessas obras públicas, função desenvolvida pelo Fiscal de Obra Municipal.

A fiscalização é uma atividade técnica exercida para verificar as conformidades das obras e serviços executados com as exigências, normas e especificações aplicáveis. A fiscalização é exercida por meio de vistorias que envolvem aspectos técnicos e administrativos da execução das obras e serviços. Neste sentido, o exercício da função de Fiscal de Obras e Posturas é das mais importantes do serviço público municipal, já que exterioriza uma das formas de exercício do poder de polícia que maior reflexo traz: o da realidade local. A efetiva fiscalização de Obras e Posturas, com o atendimento das regras dispostas na legislação, é exemplo de Município desenvolvido. (ASSESSORIA DE PLANEJAMENTO TERRITORIAL DA AMAVI, 2013).

A construção de obra, seja pública ou privada, deverá atender os requisitos dispostos no Código de Obras e no Plano Diretor, sob pena de não ser concedido pelo Município o Habite-se, documento fornecido pela Municipalidade, autorizando a ocupação da edificação.

Tendo em vista a previsão constitucional de que o acesso nas obras públicas deve ser garantido a todos sem distinção, existe, tacitamente, a obrigatoriedade de estas obras serem amplamente acessíveis tanto à pessoa considerada normal, quanto a pessoa com deficiência.

É dever do Município, e também do Estado como um todo, aplicar as normas de acessibilidade, cabendo ao Poder Executivo de cada Município fiscalizar se estas normas estão sendo cumpridas.

Além do Fiscal de Obra Municipal, as Entidades de fiscalização das atividades de Engenharia, Arquitetura e demais atividades correlatas, ao anotarem a responsabilidade técnica, devem exigir a responsabilidade declarada do atendimento as regras de acessibilidade nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, na

Decreto federal nº 5.296/2004, *in verbis*:

Art. 11. A construção, reforma ou ampliação de edificações de uso público ou coletivo, ou a mudança de destinação para estes tipos de edificação, deverão ser executadas de modo que sejam ou se tornem acessíveis à pessoa portadora de deficiência ou com mobilidade reduzida.

§ 1º As entidades de fiscalização profissional das atividades de Engenharia, Arquitetura e correlatas, ao anotarem a responsabilidade técnica dos projetos, exigirão a responsabilidade profissional declarada do atendimento às regras de acessibilidade previstas nas normas técnicas de acessibilidade da ABNT, na legislação específica e neste Decreto.

Por fim, caso o Poder Executivo não cumpra com sua obrigação de fiscalização, é dever do cidadão acionar o Ministério Público, a Defensoria Pública ou ainda realizar denúncias pelo Disque 100, visando melhorias ao acesso prejudicado.

Com relação às sanções, o artigo 3º do Decreto nº 5.296/2004 dispõe que serão aplicadas penalidades administrativas, cíveis e penais cabíveis, *in verbis*: “Art. 3º Serão aplicadas sanções administrativas, cíveis e penais cabíveis, **previstas em lei**, quando não forem observadas as normas deste Decreto.” **(grifado)** Entretanto, não há sanções previstas na Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, a qual estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade. E nenhuma outra lei até então foi sancionada para completar esta lacuna.

Na ausência de previsão expressa em lei de sanções específicas para esse descaso, resta à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida pedir a responsabilização por dano moral decorrente de sua marginalização ilegal, diante da falta de acessibilidade.

Felizmente, já existe um Projeto de Lei do Senado (PLS), nº 318, de 2015, que visa preencher essa lacuna, cujo texto normativo precisa prever e autorizar a adoção de sanções específicas para violações às normas de acessibilidade de forma a lhe garantir um mínimo de cogência e, por consequência, respeito a seus mandamentos.

O mencionado Projeto de Lei visa acrescentar na Lei nº 10.098/2000, o artigo 26-A, de forma a aplicar sanções no caso de descumprimento das normas de acessibilidade, vejamos:

Art. 26-A. Em caso de descumprimento das normas de acessibilidade previstas nesta Lei, são aplicáveis as seguintes sanções, sem prejuízo de sanções disciplinares e da indenização civil cabíveis:

I – suspensão do alvará de funcionamento ou de construção, ou do “habite-se”, de estabelecimento ou de edificação;

II – multa, de trezentos reais a trinta mil reais, para o responsável por estabelecimento, logradouro, ou edificação, ou para o agente público que autorize ou concorra para a violação;

III – interdição do imóvel ou do logradouro.”

Projeto de Lei de extrema necessidade e importância, tendo em vista que a Lei que regulamenta a acessibilidade passou a vigorar em 2000, 15 anos sem previsão de sanção, tempo esse considerado inaceitável, e conseqüentemente permissivo ao seu descumprimento dos direitos nela implicados.

Procedimentos Metodológicos

Considerando o propósito do estudo, utilizou-se o método de abordagem indutivo e como método de procedimento foi empregado a pesquisa bibliográfica e a de campo.

Em relação aos objetivos se adotou a pesquisa pura através do método descritivo, tendo em vista que é por meio deste método que se demonstrará se há ou não acessibilidade nos prédios públicos para deficientes físicos.

Ainda o método explicativo foi utilizado, pois é por meio deste que se aprofundou o conhecimento da realidade de fato e se explicou o porquê das coisas. No caso em tela, busca-se analisar se a legislação vigente é cumprida nos prédios públicos, objeto da amostra.

Para viabilizar a presente pesquisa, foi utilizada a abordagem de caráter qualitativo, com a qual se descreveu com detalhes o assunto abordado, utilizando recursos bibliográficos, coletados por meio de livros, artigos, impressos ou eletrônicos, entre outros.

Por fim, teve-se como população os prédios públicos e como amostra, mais especificadamente, uma unidade de prédios públicos de cada Poder: Executivo, Legislativo e Judiciário, todos localizados na cidade de Orleans/SC.

Verificou-se, neste estudo, por meio de fotografias dos prédios públicos eleitos como amostra, se estão de acordo com as normas expostas pela legislação, assegurando assim a acessibilidade aos deficientes físicos ou com mobilidade reduzida.

Resultados e Discussão

Com a devida explanação do assunto, inicia-se uma breve análise das informações coletadas sobre dos Prédios Públicos de funcionamento do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, no Município de Orleans/SC e se estes estão de acordo com as normas básicas de acessibilidade.

Câmara de Vereadores

Figura 01- Localização: Rua XV de Novembro, 321 – Centro de Orleans / SC.



Fonte: Autora (2017)

Figura 02- Acesso ao prédio:



Fonte: Autora (2017)

No acesso ao prédio em que a Câmara localiza-se, há um degrau, de aproximadamente 05 cm, o que dificulta a entrada pelo cadeirante, por exemplo.

Figura 03- Acesso ao piso/andar respectivo da Câmara de Vereadores



Fonte: Autora (2017)

Para locomoção até o respectivo andar em que a Câmara estabelece sua sede, o prédio dispõe de elevador, sendo que a porta possui largura acessível de 80 cm que possibilita a entrada do cadeirante no equipamento.

Figura 04- Do acesso no interior da Câmara



Fonte: Autora (2017)

Percebe-se logo na entrada, que a porta de acesso à recepção da Câmara possui 80 cm, porém devido à fechadura da estrutura de vidro, esta consome 6 cm, restando como espaço disponível apenas 74 cm, o que dificulta a entrada com uma cadeira de rodas, que mede entre 65/70 cm.

Já a porta que dá acesso ao Plenário possui largura acessível de 90cm, sendo que no interior do andar, entre um cômodo e outro, não há obstáculos como degraus, o que permite locomoção livre de forma segura e acessível.

Figuras 05 e 06- Do banheiro



Fonte: Autora (2017)

Primeiramente, importante mencionar que não há fotografia da porta, porém esta possui largura acessível de 80 cm, cuja medida foi aferida pela pesquisadora.

Com relação a pia (foto 05), esta também possui padrão de acessibilidade, tendo em vista que é devidamente rebaixada, possuindo uma altura de 68 cm.

Porém, conforme foto 06, não há barras para apoio na parede lateral onde se encontra o vaso sanitário, o que dificulta a utilização pelo cadeirante.

Prefeitura– prédio sede

Figura 07- Localização: Rua XV de Novembro, 12 - Centro, Orleans/SC.



Fonte: Autora (2017)

Figuras 08 e 09- Acesso ao Prédio



Fonte: Autora (2017)

O prédio da Prefeitura Municipal possui dois acessos, um na lateral esquerda e outro na frente, porém ambos com escadaria, não há rampa nem mesmo barra de apoio nas laterais, apenas degraus de aproximadamente 15 cm o que torna impossível o acesso do cadeirante e também da pessoa com mobilidade reduzida.

Do acesso no interior da Prefeitura

Nota-se nas imagens que a porta de acesso ao prédio, apesar de ser consideravelmente larga, com aproximadamente 94 cm de largura, é impossível a passagem pela mesma, tendo em vista que mais quatro degraus vêm adiante e não há rampa para chegar até ela.

Quanto ao acesso interno, não há degraus ou qualquer obstáculos no interior do prédio. Considerando a existência de departamentos no piso superior, o acesso a esses ambientes fica prejudicado, eis que apenas uma escada de madeira com mais de 20 degraus une os dois pavimentos (sem fotos).

Figuras 10, 11 e 12- Do banheiro



Fonte: Autora (2017)

Primeiramente, importante mencionar que não há foto da porta externa de acesso ao banheiro, mas esta possui largura acessível de 80 cm.

Na foto 10, nota-se que a pia não é rebaixada nem mesmo suspensa, o que impossibilita o uso pelo cadeirante. Além disso, os vasos sanitários (fotos 11 e 12) encontram-se em locais consideravelmente apertados. Nota-se que há espaço apenas para uma pessoa “normal” e com certa dificuldade de acomodação, não sendo possível a entrada com uma cadeira de rodas e, ainda, sequer, há barra de apoio na parede lateral do vaso.

PREFEITURA MUNICIPAL - Centro Administrativo

Figura 13- Localização: Praça Celso Ramos, 193 - Centro - Orleans/SC.



Fonte: Autora (2017)

Figuras 14 e 15- Acesso ao Prédio:



Fonte: Autora (2017)

Nota-se pela figura 14 que o acesso ao prédio é impossível para cadeirante, tendo em vista que há um degrau de aproximadamente 10 cm e não há rampa. A largura da porta é acessível de aproximadamente 90 cm, porém sem rampa torna impossível o acesso.

Figuras 15 e 16- Do acesso no interior



Fonte: Autora (2017)

Conforme fotos 15 e 16 o prédio possui dois pisos: um acima, outro abaixo do nível da rua e há apenas escadas para dar acesso aos respectivos andares, o que também torna impossível o acesso do cadeirante.

Não há banheiro no local para o público, apenas para serventuários.

Fórum da Comarca de Orleans/SC

Figura 17- Localização: Rua Rui Barbosa, 320, Orleans/SC.



Fonte: Autora (2017)

Figuras 18, 19, 20 e 21- Acesso Externo ao Prédio:



Fonte: Autora (2017)

Figuras 22, 23 e 24- Acesso ao Prédio



Fonte: Autora(2017)

O prédio do Fórum da Comarca de Orleans possui dois acessos: um na lateral esquerda e outra à frente.

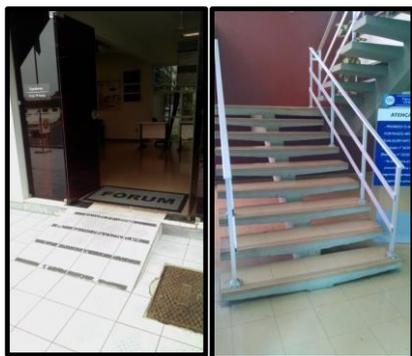
Conforme as imagens 18 e 19, o acesso pela esquerda do prédio se dá por meio de rampa, sendo que esta tem como único e principal objetivo dar acesso aos automóveis dos serventários ao estacionamento do Fórum, como bem frisa a placa da imagem 21. Como já mencionado, a rampa tem como único e principal objetivo dar acesso aos automóveis, pois se percebe a olho nu pelas figuras, que a rampa possui inclinação severa, impossibilitando o cadeirante de subir por esta.

Com relação ao acesso pela frente do prédio (imagens 22,23 e 24), este se dá por meio de escadaria.

Nota-se pela foto 22 que há uma leve rampa na calçada que dá acesso aos degraus, contudo, a mencionada rampa torna-se totalmente desnecessária, sem objetivo aparente.

Conforme figuras 23 e 24, para conseguir ter acesso ao prédio, faz-se necessário subir dois lances de escada, com degraus de aproximadamente 15 cm, subida essa possível para uma pessoa com mobilidade reduzida, tendo em vista que há barras de apoio nas laterais, porém impossível para um cadeirante.

Figuras 25 e 26 - Do acesso no interior



Fonte: Autores (2017)

Conforme imagem 25 é perfeitamente possível a entrada ao prédio por um cadeirante, tendo em vista que há rampa e a porta possui largura consideravelmente larga. Porém, conforme a foto 26, o acesso ao 2º piso, onde são realizadas as audiências, se torna impossível pelo cadeirante, tendo em vista que também há 2 lances de escadas, aproximadamente 20 degraus.

Figuras 27 e 28- Do banheiro



Fonte: Autora (2017)

Primeiramente, importante mencionar que não há foto da porta externa de acesso ao banheiro, mas esta possui largura acessível de 80 cm.

Conforme figura 27, nota-se que as pias não são rebaixadas nem mesmo suspensas, o que impossibilita o uso pelo cadeirante.

Além disso, o vaso sanitário (imagem 28) encontra-se em local consideravelmente apertado. Nota-se que há espaço para uma pessoa “normal” e com certa dificuldade de acomodação, não sendo possível a entrada com uma cadeira de rodas, e ainda, se quer, há barra de apoio na parede lateral do vaso.

Análise dos Resultados/Discussão

Após o levantamento de todas as normas existentes acerca da acessibilidade com a parte bibliográfica deste estudo, constatou-se por meio da pesquisa de campo que os Órgãos Públicos que são quem deveriam dispor do exemplo à sociedade, não estão cumprindo as normas impostas para promover a acessibilidade, vejamos.

Inicialmente, com relação à Câmara de Vereadores, o prédio em que se situa possui um degrau e dificulta o acesso ao mesmo. Embora haja elevador, a porta de entrada possui sua largura afetada e diminuída para 74 cm devido à fechadura, o que também dificulta a entrada do cadeirante. No mais, o banheiro também não é de toda forma acessível, tendo em vista que não há barras de apoio para o cadeirante.

Já com relação à Sede da Prefeitura Municipal, essa é totalmente inacessível, pois conforme verificado não há rampa que dê acesso à entrada do prédio, apenas escadas e, nestas, se quer há barras de apoio. Sem mencionar o banheiro, que é totalmente inacessível ao cadeirante, com exceção à largura da porta.

O Centro Administrativo não se comporta diferente, a entrada do cadeirante no prédio é impossível, pois o acesso ao prédio se dá por meio de degrau e, ainda, caso fosse possível ultrapassar esse, o cadeirante se depararia com uma longa escadaria para ter acesso à simples recepção, além disso, não há no prédio banheiro ao público o que ofende ainda mais os princípios básicos dos cidadãos.

Por fim, com relação ao Fórum da Comarca, este também não se mostra diferente. Nota-se que caso o cadeirante necessite se deslocar ao prédio do Fórum este necessitará da ajuda de outrem, ou até de um automóvel, tendo em vista a inclinação da rampa.

Ainda, caso esse consiga se deslocar até o prédio, esse só terá acesso ao primeiro piso, tendo em vista que não há elevador, apenas escadarias. Em Orleans no Poder Judiciário, é comum em audiência que são realizadas com cadeirantes ou idosos, estas aconteçam no 1º piso, em sala improvisada, ofendendo assim o princípio da igualdade, onde todos deveriam ser iguais perante a lei.

Conforme informações e fotografias coletadas nota-se que o Poder Público, com obrigação de assegurar o direito à acessibilidade as pessoas com deficiência, não aplica as normas básicas nos próprios prédios, conclusão essa que pode ser considerada, além de desanimadora, também irônica.

Sabe-se que é obrigação do Estado, diga-se, o Poder Público em geral, assegurar esse direito à acessibilidade, porém esse não o faz, razão pela qual dificulta a imposição a outras Obras e Prédios.

Ademais, o dever de assegurar a acessibilidade em prédios próprios, e a obrigação de autorizar construções e fiscalizar os demais recai principalmente sobre o Poder Executivo, quem fiscaliza e autoriza as obras, e o nível mais próximo da realidade local, que teria mais condições de analisar e coibir as situações de desrespeito, seria o Executivo Municipal, cujo Plano Diretor do Municipal (Lei 2.147/2007) lhe impõe o poder-dever de assim agir. Ainda que atualmente se ponha em prática mecanismos fiscalizatórios que impeçam as falhas nas construções quanto a acessibilidade, de fato, os prédios públicos municipais, objeto de amostra nesta pesquisa, inclusive a Prefeitura Municipal, deixou a desejar, pois continuam a operar sem permitir completo uso por parte da população afetada com o descaso.

Ainda, em se tratando de poder-dever fiscalizatório, o Ministério Público também é agente fiscalizador dos direitos da coletividade e, em consulta a Promotoria local, é possível conferir a existência de um Inquérito Civil Público de nº.

06.2011.00007910-7, instaurado pela Promotoria de Justiça de Orleans, para avaliar as condições de acessibilidade às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, nos prédios públicos e privados de uso coletivo, neste município. Entretanto, é importante não se perder de vista que o próprio ente ministerial está alocado há anos em prédio que em nada favorece a acessibilidade desta camada de cidadãos prejudicados em seu direito básico: conhecer e usar o serviço público custeado pela própria sociedade.

Além disso, conforme notícia publicada no site do JUS BRASIL (<http://promotoriasdexanxere.blogspot.com.br/2014/05/acessibilidade-do-forum.html>), há no Município uma Ação Civil Pública, nº 2008.72.04.001726-0 movida pelo Ministério Público Federal contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), a fim de garantir acessibilidade a pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida nas agências da Previdência Social, em vários municípios, incluindo Orleans.

Tanto o inquérito Civil quanto a Ação Civil Pública possuem como principal objetivo impor a regularização das instalações e demais ambientes públicos ou privados de acordo com a normatização da acessibilidade. Porém, torna-se irônico impor ao Poder Público obrigações que, sendo ele o próprio fiscalizador, não aplica sobre suas dependências.

Diante desse quadro, importante ressaltar que a Administração Pública, conforme artigo 37 da Constituição Federal, tem como um dos princípios fundamentais, a moralidade, *in verbis*:

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 (...)

O texto constitucional ao apontar os princípios que devem ser observados pelo administrador público no exercício de sua função inseriu entre eles o princípio da moralidade. Isso significa que em sua atuação o administrador público deve atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELLA, 2005, p. 37).

Assim, em atenção ao problema proposto a nortear este estudo, chega-se a conclusão que diante dos Prédios do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário as normas com relação à acessibilidade são desrespeitadas de forma escancarada, atingindo assim o princípio da moralidade, pois este visa garantir que as leis sejam

cumpridas, e neste caso não ocorre, tanto no acesso aos prédios quanto no livre acesso às suas repartições, ofendendo sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Considerações Finais

Esta breve pesquisa sobre a acessibilidade como direito essencial dos deficientes físicos e pessoas com mobilidade reduzida, propôs como norte de estudo responder se esse direito está sendo assegurado pelo Poder Público, mediante análise dos prédios públicos que alocam os serviços dos três poderes, neste município: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

O deficiente físico, devido sua limitação já enfrenta maior dificuldade que os demais considerados normais, por essa razão as normas de acessibilidade deveriam ser cumpridas visando a melhor vivência deste, que já sofre naturalmente com sua limitação.

É perceptível que o Poder Público no geral não está cumprindo as normas dispostas na legislação, e, além disso, o Município que tem a obrigação de fiscalizar não toma atitude em relação a dois prédios em que exerce suas funções, deixando a deriva os direitos dos deficientes físicos e portadores de mobilidade reduzida, tratando com total descaso com os direitos fundamentais e constitucionais que são universais.

Ressalta-se que não só o Poder Executivo Municipal peca na manutenção de seus próprios prédios, já que a pesquisa junto a amostra deixa claro existem problemas nos prédios dos três poderes, e ainda, o Ministério Público, quem tem o poder-dever de fiscalizar também de conforma há anos em local cedido pelo Poder Judiciário, desprovido de acessibilidade.

Finalmente, cumpriu-se com a missão deste estudo, concentrado em investigar a real situação da acessibilidade e tomara, sirva para aprofundamento e ampliação em outras pesquisas em torno do tema, de forma que se possa contribuir com o esclarecimento da população sobre tais direitos e deveres dos entes públicos na garantia dos direitos individuais, em especial, à acessibilidade de deficientes físicos e portadores de mobilidade reduzida. Além de tudo, despertar nos três poderes o sentimento de compromisso com esta camada da população, chamando-os à moralidade pública para agir e permitir o completo e digno acesso em suas próprias dependências.

Referências

ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas. NBR 9050, de 30 de junho de 2004. **Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos**. Disponível em: <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_i_magens-filefield-description%5D_24.pdf>. Acesso em 18 ago.2015.

AMAVI. Assessoria de Planejamento Territorial da. **Manual de Fiscalização de Obras e Posturas Municipais**. Disponível em: <http://www.amavi.org.br/sistemas/pagina/setores/planejamentoterritorial/arquivos/modelos/Manual_de_Fiscalizacao_de_Obras.pdf>. Acesso em 21 out.2015.

BITTENCOURT, L. S. et al.. **Acessibilidade e Cidadania: barreiras arquitetônicas e exclusão social dos portadores de deficiência física**. ANAIS DO 2º CONGRESSO BRASILEIRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 2, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/congrent/Direitos/Direitos10.pdf>>. Acesso em 23 out. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 20.ed, São Paulo: Rideel, 2015.

_____. Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999. **Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a política nacional para a integração da pessoa portadora de deficiência, consolida normas de proteção, e dá outras providências**. Diário Oficial da União. 21 dez.1999.

_____. Decreto nº 5.296 de 2 de dezembro de 2004. **Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências**. Diário Oficial. São Paulo. 2 dez.2004.

_____. Decreto nº6.949 de 25 de agosto de 2009. **Promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007**. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>.

_____. Lei nº 10.098 de 19 de dezembro de 2000. **Estabelece normas e critério básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 19 dez.2000.

_____. Lei nº. 10.048 de 8 de novembro de 2000. **Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências.** Diário Oficial da União. 8 nov.2000.

_____. Lei nº 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, 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 União. 24 out.1989.

_____. Lei nº 12.870, de 12 de janeiro de 2004. **Dispõe sobre a política estadual para promoção e integração social da pessoa portadora de necessidades especiais.** Florianópolis. 12 jan.2004.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 318 de 2015**, que altera a Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=178926&tp=1>>. Acesso em 01 nov.2015.
CAMBIAGHI, Silvana. **Desenho Universal: Métodos e Técnicas para Arquitetos e Urbanistas.** 1 ed. São Paulo: Senac, 2007.

DEFICIENTES EM AÇÃO. **Deficiência Física.** Disponível em: <http://www.deficientesemacao.com/deficiencia-fisica>>. Acesso em 18 agost.2015.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS (FEBRABAN). **Atendendo bem pessoas com deficiência. Coleção Febraban de Inclusão Social.** Febraban, 2006. Disponível em: http://www.febraban.org.br/arquivo/cartilha/cartilha_arquivos/cartilha_atendimento.pdf>. Acesso em 23 out.2015.

IBGE - Pesquisa Nacional de Saúde 2013. **Ciclos de vida.** Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013_vol3/default.shtm>. Acesso em 22 de agost.2015.

JUS BRASIL, **Acessibilidade do Fórum.** Disponível em: <http://promotoriasdexanxere.blogspot.com.br/2014/05/acessibilidade-do-forum.html>>. Acesso em 21 out.2015.

LAUFER, Adriana Mariana, OKIMOTO, Maria Lúcia, RIBAS, Viviane Gaspar. **Contribuição de um método para avaliar a acessibilidade do mobiliário urbano.** 3º Ergodesign. Rio de Janeiro, PUC/Rio, 2003.

MANZINI, E. J. et al.. Acessibilidade em ambiente Universitário: identificação e quantificação de barreiras arquitetônicas. In: LAMÔNICA, D. A. C. et al.. **Acessibilidade em ambiente universitário: identificação de barreiras arquitetônicas no campus da USP de Bauru.** Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-65382008000200003#back>. Acesso em 23 out.2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MATO GROSSO DO SUL. **Poder de fiscalizar**. Disponível em: < <http://mp-ms.jusbrasil.com.br/noticias/3063313/prefeitura-e-quem-tem-o-poder-para-fiscalizar-acessibilidade>>. Acesso em 21 out.2015.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Inclusão na acessibilidade**. 2010.

ORLEANS. Lei Complementar nº 1.434 de 18 de dezembro de 1999. **Institui o Código de Obras e Edificações do Município de Orleans e dá outras Providências**. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/codigo-de-obras-orleans-sc>>. Acesso em 18 agost.2015.

_____. Lei nº 2.147 de 18 de dezembro de 2007. **Institui o Plano Diretor Participativo do Município de Orleans**. Disponível em: <http://orleans.sc.gov.br/publicacoes/planodiretor/anexos2147/lei_2147.pdf>. Acesso em 18 agost.2015.

_____. Lei nº 003 de 12 de dezembro de 2005. **Lei Orgânica do Município de Orleans**. Disponível em: <http://orleans.sc.gov.br/2013/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=554>. Acesso em 18 agost.2015.

ROCHA, Caroline Rocha da, OLIVEIRA, Roselyane da Silva de. **Análise da acessibilidade de deficientes físicos de membro inferior em um posto de atendimento à seguridade**. 2009. Disponível em: <<http://www.unama.br/novoportal/ensino/graduacao/cursos/fisioterapia/attachments/article/132/analise-da-acessibilidade-de-deficientes-fisicos.pdf>>. Acesso em 20/08/2015.

SENADO, Agência. **José Medeiros quer multar órgãos públicos cujos prédios não ofereçam acessibilidade**. Disponível em: <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2015/06/01/jose-medeiros-quer-multar-orgaos-publicos-cujos-predios-nao-oferecam-acessibilidade>. Acesso em 02 nov.2015.

WIKIPEDIA. **Acessibilidade**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Acessibilidade>>. Acesso em 18 agost.2015.

Capítulo 7

OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO APLICADA AO CASO MONICA IOZZI X MINISTRO GILMAR MENDES

Renata Heidemann
Marcia Zomer Rossi Mattei
Giovani Alberton Ascari

Resumo: Este estudo objetiva tecer questões acerca da liberdade de expressão, mediante a análise do que é moral e o que é direito, fazendo um paralelo com o conceito de ato lícito e abuso de direito, transpassando pelo instituto da liberdade de expressão e do pensamento, sobretudo quando propagada na redes sociais. A metodologia aplicada foi a bibliográfica e o estudo de caso amparado em sentença judicial indenizatória por dano moral à imagem, cujo resultado da pesquisa revelou que a causadora do dano, pessoa pública e de larga influência nas mídias comunicativas, extrapolou os limites de seu direito de expressão, tornando ilícito o ato legal de livre manifestação do pensamento, por conta do excesso, e por agir negligente e imprudentemente no manejo do poder de persuasão social que detinha, tornando questionável o caráter e imparcialidade da pessoa do julgador, fato suficiente para atingir a honra e a imagem do lesado.

Palavras-chave: Limites da liberdade de expressão. Ato lícito. Abuso de direito. Dano moral.

THE LIMITS OF THE FREEDOM OF EXPRESSION APPLIED TO THE CASE MONICA IOZZI X MINISTER GILMAR MENDES

Abstract: This study aims to raise questions about freedom of expression, through analysis of what is moral and what is right, paralleling the concept of licit act and abuse of rights, passing through the institute of freedom of expression and thought, especially when propagated on social networks. The applied methodology was the bibliographical and the case study supported by a judicial sentence for moral damages to the image, whose research results revealed that the cause of the damage, a public person with a large influence in the communicative media, extrapolated the limits of their right to expression, making illicit the legal act of free expression of thought, due to excess, and to act negligently and recklessly in managing the power of social persuasion that held, making questionable the character and impartiality of the person of the judge, sufficient fact to achieve the honor and the image of the injured.

Keywords: Freedom of expression. Lawful act. Abuse of Law. Moral damage.

Introdução

O presente artigo intitulado “Os limites da liberdade de expressão aplicada ao caso Monica Iozzi x Ministro Gilmar Mendes” surgiu com o propósito de realizar

discussões e análises da liberdade de expressão nas redes sociais, limitado pela configuração do Abuso de Direito na manifestação do pensamento, diante de fatos polêmicos.

O artigo tem por objetivo principal analisar a liberdade de expressão, enquadrando a norma jurídica ao direito de opinar, discutir e reivindicar em contraponto ao direito de preservação da imagem da pessoa, em sua moralidade. Utilizou-se neste trabalho, além de uma abordagem bibliográfica bastante ampla, um estudo de caso, utilizando ferramentas da sociologia compreensiva, tentando reconhecer e dar luz ao entendimento científico quanto as relações sociais saudáveis e a liberdade de expressão nas redes sociais. Tem-se por marco limitativo dessa liberdade a configuração do Abuso de Direito na manifestação do pensamento, diante de fatos polêmicos.

Para se traçar um norte à pesquisa, formulou-se o seguinte questionamento: De fato, houve abuso de direito no exercício da liberdade de expressão, hábil a provocar dano moral à imagem do Ministro Gilmar Mendes, com a manifestação de Monica Iozzi contra a concessão de *Habeas Corpus* para Roger Abdelmassih?

O caso mencionado e integrado ao questionamento desta pesquisa ocorreu após Monica Iozzi publicar, em sua rede social Instagram, uma foto do ministro Gilmar Mendes que, na data dos fatos, exercia a função de presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), com uma tarja sobre a foto-perfil do Ministro, em que aparecia escrita a palavra “cúmplice?”, após o magistrado conceder *habeas corpus* ao médico Roger Abdelmassih, que foi condenado a 278 anos de prisão por abusar sexualmente de 58 mulheres, clientes atendidas e sedadas em seu consultório.

Além da tarja, o *post* trazia como legenda a seguinte frase: “Se o presidente do STF admite esse tipo de situação eu não sei mais o que esperar”. O Ministro insatisfeito com o comentário da jornalista e com a repercussão atingida pelo *post*, ingressou com a ação de indenização por calúnia e difamação, resultando na condenação da jornalista a pagar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), em seu favor.

Como fundamento para a condenação, o juiz de primeiro grau que julgou o pedido indenizatório, justificou seu entendimento jurídico com a seguinte explicação: “Monica Iozzi, como pessoa pública, terá que utilizar a sua liberdade de expressão com consciência e responsabilidade”. O magistrado assim considerou o abuso de direito na sentença:

No caso em exame, é incontroverso que a requerida foi a responsável pela publicação da imagem e comentário reproduzidos às fls. 24/25 no

seu perfil da rede social Instagram. O que se discute é se houve abuso do direito no teor das publicações. Com efeito, a requerida tem direito de manifestar a sua opinião através de redes sociais, desde que o faça licitamente, isto é, sem violar a dignidade, a honra e a imagem das pessoas. Até este ponto, atua legitimamente exercendo um direito (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, quarta vara cível de Brasília, processo número: 2016.01.1.062108-0, magistrado Giordano Resende Costa, assunto direito de imagem. Requerente Gilmar Ferreira Mendes e requerida: Monica Iozzi de Castro. Data da sentença 21 de setembro de 2016).

Logo, é sobre esta situação fática, aliada aos institutos da Liberdade de Expressão e da Responsabilidade Civil, que se concentra o presente estudo, buscando esclarecer as possíveis limitações da liberdade de opinião sobre determinado assunto, externalizada por formadores de opinião.

Entendendo o que é Moral e o que é Direito

Ao se tratar da moral e do direito, vale ressaltar que são institutos distintos, e por esse motivo, depara-se com uma vasta cadeia de opiniões, conceitos e definições. Conforme Paulo Silvino Ribeiro (sem data) deve-se conceituar a moral como um conjunto de valores que regem a ação humana, necessários para viver em uma sociedade.

Numa breve definição de moral, podemos dizer que se trata do conjunto de valores, de normas e de noções do que é certo ou errado, proibido e permitido, dentro de uma determinada sociedade, de uma cultura. Como sabemos, as práticas positivas de um código moral são importantes para que possamos viver em sociedade, fato que fortalece cada vez mais a coesão dos laços que garantem a solidariedade social. Do contrário, teríamos uma situação de caos, de luta de todos contra todos para o atendimento de nossas vontades.

Assim, moral tem a ver com os valores que regem a ação humana enquanto inserida na convivência social, tendo assim um caráter normativo. A moral diz respeito a uma consciência coletiva e a valores que são construídos por convenções, as quais são formuladas por uma consciência social, o que equivale dizer que são regras sancionadas pela sociedade, pelo grupo (*on-line*).

Deste modo, Kelsen afirma que o direito deve ser moral e justo:

A pretensão de distinguir Direito e Moral, Direito e Justiça, sob o pressuposto de uma teoria relativa dos valores, apenas significa que, quando uma ordem jurídica é valorada como moral ou imoral, justa ou injusta isso traduz a relação entre a ordem jurídica e um dos vários sistemas de Moral, e não a relação entre aquela e “a” Moral. Desta forma, é enunciado um juízo de valor relativo e não um juízo de valor absoluto. Ora, isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é

independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral. (KELSEN,1999, p.47).

A palavra moral define um conjunto de práticas realizadas por determinado grupo social, população ou sociedade, instituída por uma época, com uma construção de costumes, valores, usos, e padrões de conduta em determinados comportamentos.

As regras morais objetivam o aperfeiçoamento do indivíduo; as regras jurídicas apenas facilitam o convívio social, procurando prevenir e solucionar conflitos. Por tal razão, as normas morais regulam principalmente a conduta "interna" da pessoa, e o direito interessa-se pelo comportamento "externo" e não pelos motivos da ação humana ou pelo pensamento.

Portanto, não se pode falar em moral sem explanar sobre o direito de personalidade, pois este refere-se sobre o princípio da dignidade humana, se tratando de direitos pessoais ou personalíssimos, ou seja, se alguém tiver sua moral ou imagem atingida de alguma forma, caberá somente a vítima tomar as devidas medidas processuais para prevenir e reprimir tal conduta.

Venosa (2013, p.179) ensina que: “[...] há direitos que afetam diretamente a personalidade, os quais não possuem conteúdo econômico direto e imediato. A personalidade não é exatamente um direito; é um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos.”

A Constituição Federal, no artigo 5º, V, X e XXVIII e o Código Civil 2002, dedicaram um capítulo para tratar sobre os direitos de personalidade, demonstrando a proteção à imagem, à privacidade, e o direito ao próprio corpo entre outros.

Diz-se que os direitos da personalidade são extra patrimoniais porque inadmitem avaliação pecuniária, estando fora do patrimônio econômico. As indenizações que ataques a eles podem motivar, de índole moral, são substitutivo de um desconforto, mas não se equiparam à remuneração ou contraprestação. Apenas no sentido metafórico e poético podemos afirmar que esses direitos pertencem ao patrimônio moral de uma pessoa. São irrenunciáveis porque pertencem à própria vida, da qual se projeta a personalidade (VENOSA, 2013, p.181).

Pablo Stolze afirma também outros direitos que poderão sofrer alguma violação pela ação de terceiros:

[...] podemos afirmar que o dano moral é aquele que lesiona a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, vida privada, honra e imagem, bens jurídicos

tutelados constitucionalmente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p.55).

O direito e a moral caminham de mãos dadas. A moral está inserida na realidade da sociedade e dos grupos sociais, acompanhando os acontecimentos diários, e o Direito vem para inibir alguns atos não favoráveis a população como, por exemplo, a alta ocorrência de assassinatos entre mulheres que motivou o crime de feminicídio, os crimes cibernéticos agora combatidos pelo Marco Civil da *Internet*. As normas têm o objetivo de punir os agentes causadores de dano e fazer com que o crime não ocorra na sociedade, e também de proteger as pessoas de bem de boa-fé. E por outro lado, o direito é positivado impondo a necessidade à sociedade de adaptar-se às mudanças.

Fazendo um contraponto sobre o exercício regular de um direito, o sistema da Responsabilidade Civil prevê a exceção do abuso de direito, ao ato lícito, disposto no artigo 187 do Código Civil, por vezes presente nas manifestações regadas com o popular “discurso do ódio”: “Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites *impostos* pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Deste modo, Freitas e Castro (2013, p. 329) explicam que o discurso do ódio pode se tratar de uma manifestação de pensamento que visa humilhar e calar, concretizando a partir do momento em que se fere a dignidade de outrem.

O discurso do ódio, por se tratar de manifestação do pensamento com vistas a humilhar e a calar grupos minoritários, passa a ser repudiado e proibido pelos ordenamentos jurídicos, como forma de garantir a expressão das minorias e o exercício da cidadania. Portanto, a liberdade de expressão do indivíduo termina a partir do momento em que fere o princípio da dignidade humana de outrem, instaurado pelo discurso do ódio, que significa desqualificar, menosprezar e provocar um sentimento de inferioridade a alguém ou determinado grupo.

Para contribuir com o pensamento acima, acrescenta Rachel Sheherazade:

Liberdade de expressão é o direito de expor a opinião e exercitar a divergência sem ser perseguido ou condenado. O discurso de ódio é um conceito um tanto abstrato e elástico. Para uns, é a expressão da verdade desnuda do politicamente correto; para outros, é a tentativa abjeta de difamar seu interlocutor (BUCCI, 2017).

Importante observar que o abuso de direito não gera consequências apenas no âmbito da responsabilidade civil, mas também outras penalidades, como explica Felipe Peixoto Braga Netto (2009):

O abuso de direito gera, não só a responsabilidade civil, mas também outras sanções. As sanções podem ser, entre outras: a) indenização (por dano material e/ou moral; Código Civil, art. 187 c/c art. 927; Código de Processo Civil, art. 16); b) a nulidade (Código de Defesa do Consumidor, art. 39; STJ, Resp. 586.684, que julgou nula procuração legítima, porém usada pelo mandatário em detrimento do mandante, para atraí-lo); c) perda de direitos (os pais que abusam do poder familiar podem perdê-lo, consoante dispõem os arts. 1.635, 1.637 e 1.638 do Código Civil); d) efeito probatório contrário aos interesses de quem age abusivamente (investigado que se recusa a fornecer material genético – um fio de cabelo – para exame de DNA. Código Civil, art. 232: “A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame”).

Portanto o abuso de direito se configurará na ocorrência de um ato ilícito que extrapole as regras da moral, ou seja, da boa-fé ou dos bons costumes.

Liberdade “nem tão livre” de expressão

Diariamente, as pessoas exercem o direito de expressão, seja em uma conversa em grupo sobre determinados assuntos ou até mesmo quando tratados assuntos polêmicos que chamam a atenção da opinião pública. Como o dom da fala ou da expressão nasce com o indivíduo, este tem por impulso natural manifestar seu pensamento livremente, exceto quando educado para atender aos limites que a lei lhe impõe, na tentativa de garantir respeito à personalidade do outro e, conseqüentemente, evitar conflitos. Quando não se observa a medida exata do limite na liberdade de expressão, muitas pessoas acabam sendo punidas processualmente por usá-la de forma indevida. “Do ponto de vista jurídico-filósofo, a liberdade está direta e inseparavelmente ligada a dignidade humana.” (LELLIS et al., 2013, p.14).

Portanto a liberdade de expressão é garantida a todos os cidadãos brasileiros, a menos que haja colisão com outros direitos fundamentais. Segundo Mendes e Branco (2015, p. 263), “a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos.”

Este direito vem garantido na Constituição Federal de 1988 e assegurado em múltiplos tratados internacionais, entre eles, a Declaração Universal dos Direitos

humanos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis. Está conexo com o princípio da dignidade humana e a democracia, bem como é um dos mais importantes direitos fundamentais, sendo que foi alcançada com muita luta e determinação após o fim da ditadura militar, ocorrida entre os anos de 1964 a 1985.

A Carta Magna o eleva como Direito e Garantia Fundamental, no artigo 5º, em seus incisos IV e IX e também no artigo 220, §§1º e 2º:

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

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. (grifado)

O reconhecimento constitucional do direito de expressão compreende a possibilidade de exteriorização de crenças, convicções, ideias, ideologias, opiniões, sentimentos e emoções, pelas mais diversificadas plataformas informativas hoje existentes. A proteção conferida a este direito vai além do ato de poder pensar e alcança a possibilidade de divulgar o que se pensa, com o mais variado conteúdo, visto que as mensagens não podem ser restritas em razão das motivações políticas, econômicas ou filosóficas que lhes sejam subjacentes, ou em função de sua suposta banalidade ou relevância.

Entretanto, a CF/88 tratou de colocar alguns limites, de forma sutil e quase imperceptível, no parágrafo 1º do citado artigo, chamando a atenção para os demais direitos fundamentais que também devem ser respeitados na órbita da vida e da pessoa do outro, quais sejam: a identificação de quem se manifesta para permitir o direito de resposta do ofendido, principalmente permitindo a exigência de indenização por dano moral ou material pelo desrespeito à honra, e a imagem, a liberdade de exercer qualquer profissão dentro dos limites da lei bem como o direito de acesso à informação.———

Logo, não é a melhor interpretação a ser dada ao texto constitucional aquela que prega a total liberdade para expressar pensamento, sem consequência... a liberdade é conferida, contando com a consciência de que há limites para tal, sob pena de promover-se danos à moral dos que são atingidos com as opiniões.

Nesta mesma linha de pensamento, Alessandra Amato (2017) “liberdade de expressão é o direito de manifestar livremente opiniões, ideias e pensamentos”. Porém, deve sempre ser utilizada de forma correta e adequada, não ferindo a moralidade, integridade, dignidade humana e preservar o respeito e manter urbanidade de outrem.

Incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.) O grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior (MENDES; BRANCO, 2015, p. 263).

E tal cuidado com as consequências desta liberdade é ignorado, por vezes, por aqueles que usam os meios de comunicação para propagar suas ideologias, transformando a opinião pública sobre determinado fato ou assunto, às vezes para o bem seguindo a moral vigente, outras para o mal.

Neste sentido, Eugênio Bucci (2017) jornalista e professor da USP, explica:

Há uma poderosa indústria que se montou a partir das redes sociais e das novas tecnologias para a fabricação e propagação de notícias falsas, calúnias e outros crimes, com impacto na formação da opinião pública e da conformação da democracia. A indústria da mentira e do ódio não se alastra por abuso de liberdade, mas por escassez de meios daqueles que deveriam checar os fatos e esclarecer o público.

Observam-se diariamente pessoas utilizando as redes sociais como um escudo e presumindo ali que podem expressar sua liberdade de pensamento como bem entender, abusando do seu livre arbítrio e atingindo e ferindo a moralidade de outrem.

Para [Jorge Araújo](#) (2009):

Ou seja, não se assegura uma liberdade a quem não assume suas opiniões. Até porque o exercício desta liberdade implica determinados ônus como, por exemplo, responder por eventuais injúrias ou difamações, que não seriam assegurados por esta liberdade.

Comungando do mesmo entendimento, extrai-se da matéria publicada no Diário de Santa Maria:

[...] cada qual tem o direito de dizer e fazer o que bem entender, salvo quando isto representar ofensa ou violência contra outro. Nos meios de comunicação, não pode ser diferente. A liberdade deve imperar dentro dos limites da civilidade e legalidade. Sempre que houver incitação à violência (como em alguns programas televisivos que, abertamente, pregam a violência policial como remédio à criminalidade) ou ofensas gratuitas a pessoas, grupos ou instituições deve imperar a lei evitando abusos que, sob o manto da liberdade de expressão, afrontam as regras legais e combatem os divergentes ao ponto de desejar seu extermínio físico (RABELO, 2015).

Há respeito desta perspectiva, retira-se do mesmo diário a seguinte colocação:

As palavras trazem discursos, poderes, violências, assim como trazem amores, afetos e conhecimentos transformadores. Racismo, xenofobia, machismo, dissuasão política, opressão, extorsão, abusos infantis e intolerância social não podem ser simplesmente defendidos cegamente, sem nenhum tipo de discussão ou relativização, protegidos como princípios de liberdade de expressão. Da mesma forma em que as penas ou julgamentos, sejam eles populares ou legitimados, não podem de forma alguma trazer radicalismos dualistas, como se votar em um partido e não no outro já faça de você um calhorda conivente com a corrupção, ou como se a discordância com a perspectiva de uma charge, por exemplo, já te torne um simpatizante terrorista. [...] Evocamos muitas vezes a liberdade de expressão para ofender, despotencializar as pessoas e as redes, além de engendrar rancores. A liberdade de expressão é um direito lindo, que poderíamos dar mais valor, utilizando com responsabilidade e empatia. Em vez de dizer qualquer coisa de forma livre, poderíamos utilizar as diferentes formas de expressão a favor da liberdade (RABELO, 2015).

Ainda mais potente e perigoso se tornou o ato de influenciar a opinião pública com o advento das novas tecnologias, já que os instrumentos de comunicação estão ao acesso de todos, por meio da *internet*.

Daí sentiu-se necessidade de o Direito intervir e estabelecer regras e garantias, por meio da criação do “Marco Civil da *Internet*”, instituído pela lei n. 12.965 de 24 de abril de 2014. Nas palavras de Paesani (2014 apud ALVARENGA, 2016, pp.125-126):

[...] estabelece os princípios, as garantias, os direitos e os deveres dos usuários e dos provedores de internet no Brasil e determina as diretrizes da atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios em relação a matéria, ou seja, o principal objetivo da lei é a garantia judicial, segurança, independentemente de quem seja o usuário, e bem como a regulamentação desse importante mecanismo de comunicação social. A lei adota o princípio da liberdade de expressão e regulamenta

o acesso, sem com isso comprometer a liberdade de expressão de cada indivíduo, garantindo o acesso saudável a todos os usuários desta importante ferramenta, não ferindo os direitos garantidos pela Constituição Federal.

Logo, a liberdade de expressão termina quando se iniciam os direitos e garantias fundamentais do outro, principalmente quando o dano ocorre com a imagem, eis que é ampla a extensão dos danos propagados na *internet* através de uma publicação ou *post*, sendo esta vulnerável ao acesso de milhares de pessoas e por tempo indeterminado.

A repercussão pública diante de fatos polêmicos sob influência da mídia da internet

Como os efeitos da liberdade de expressão podem atingir a opinião pública, importante entender, nas palavras da autora, o que esta significa e os seus reflexos da vida em sociedade.

Algumas das características da opinião pública são: formada por um grupo para debater um assunto de interesse coletivo; faz-se necessário ouvir a exposição do argumento do outro; não pode haver ofensas; é fundamental o processo de interação; e que se busque um consenso. Importante mencionar que não é possível haver uma opinião pública se não houver a interação e a troca de ideias com outra pessoa ou grupo, pois, neste caso, estaríamos falando apenas de opinião particular. Sua importância é ativar o debate, discutir o assunto, observando diferentes interesses para se chegar a um consenso, que agrada o maior número de pessoas. Este resultado permitirá mudanças de atitudes, regras, normas, etc., para se atingir uma melhoria ou uma vontade de uma população (TEIXEIRA, 2013, p. 3-4).

Deste modo, pode-se considerar a opinião pública como variadas formas de expressão de grupos ou comunidades sobre um determinado assunto público, construídas através de circunstâncias e acontecimentos.

O perigo está no uso dos meios de comunicação a influenciar estes grupos de pessoas, já que a mídia possui um grande espaço na vida cotidiana das pessoas, por vezes agindo de forma tendenciosa, defendendo e anunciando informações que vão de acordo com seus próprios interesses.

Opinião pública não é a soma das opiniões do público em geral, muito menos a confluência das mesmas. Não se elabora, no plano coletivo, um consenso, não se forma uma única opinião. O que temos são vários públicos, que dispõem de opiniões e até mesmo informações diferenciadas para o mesmo fato. Estes públicos diversos não chegam

em um acordo. O que acontece é que estes tentam disseminar suas opiniões por meio da mídia. É certo que nem todos os grupos ou públicos possuem a mesma visibilidade midiática, mas são aqueles que conseguem tornar pública uma determinada opinião que saem ganhando. (OLICSHEVIS, 2006, p.94-95).

Com o passar dos anos não só os canais jornalísticos se tornaram influenciadores da opinião pública, como também a *internet*. A partir da década de 90, cresceu o acesso massivo às informações do mundo todo em tempo real.

A tecnologia favoreceu a opinião pública no sentido de dar voz e importância a cada opinião emitida por qualquer indivíduo. Permitiu o engajamento cívico, dando o direito de todas as pessoas participarem do debate, independentemente de onde estejam ou do grupo de interesse em que atuem. As redes sociais trouxeram uma grande bem, que é a possibilidade de mobilização em torno do objetivo de demandar medidas sobre determinado assunto (TEIXEIRA, 2013, p.9).

Logo, a liberdade de expressão, seja no âmbito profissional, seja no campo amador (doméstico) sofre limitações por parte da Lei Maior, do Marco Civil da *Internet*. Quando submetido ao sistema da Responsabilidade Civil, contudo, a marca deixada naquele atingido pela informação ofensiva, que a princípio é livre, vai ter vida longa ou não, dependendo do público que a presenciou e o impacto que tal fato causou aos variados grupos receptores, conforme a moral vigente naquela sociedade.

A aplicação da responsabilidade civil como freio da liberdade de expressão

A liberdade de expressão é assegurada, mas o autor será responsabilizado pelos excessos sentidos pelo lesado em sua honra, imagem, vida privada, nascendo para este a faculdade de recorrer ao Poder Judiciário para obter a reparação por tal dano.

Isto acontece quando os que propagam opinião abusam do seu direito com o uso inadequado do livre arbítrio e ferem a moral do próximo, fazendo mau uso da expressão de pensamentos, uma ferramenta de interação social tão importante no cotidiano.

Farias, Rosenvald e Braga Netto (apud DA SILVA; PINTO, 2014, p. 738) ensinam que, no campo das opiniões, se faz indispensável a prática do dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade. O primeiro refere-se à atenção com as consequências que advirão do que vai ser publicado. O segundo diz respeito à necessária relação que deve existir entre o que foi divulgado e o dever de informar. E por fim, o dever de veracidade tem relação com a obrigação de não se falsear a publicação, nem fazer conjecturas negativas.

Quando o manifesto não observar estes três deveres básicos, possivelmente haverá causação de danos, eis que a falta de cuidados com a imagem e os demais direitos da personalidade do alvo configura abusos ou excessos na livre manifestação.

O Código Civil, nos artigos 187 e 927, previu que a prática de atos fora dos limites da lei - atos ilícitos – tomados por negligência, imprudência, imperícia ou até mesmo com intenção de produzir danos, faz nascer o dever de indenizar. A função do exercício deste direito de ser indenizado não se resume apenas na compensação onerosa em favor do ofendido, mas também como exemplo para que outros se inibam de praticar ofensas semelhantes.

Conforme afirma Alvarenga; Simionatto e Versiani (2016, p.129), “[...] o ato ilícito é resultado do modo de agir de forma comissiva ou omissiva, que, de um modo ou de outro, infringe uma obrigação, causando danos a outrem.”

O mesmo autor assegura que para o ato ser considerado ilícito é indispensável identificar os elementos *dispostos* no artigo 186 do Código Civil, são eles: conduta, dano e nexos de causalidade.

Complementando estes requisitos para a ocorrência do dever de indenizar, Maria Elena Diniz (2008, pp.607-611) explica:

São elementos indispensáveis: a) Fato lesivo voluntário, ou imputável, causado pelo agente por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) Ocorrência de um dano, para que haja pagamento da indenização pleiteada, além da prova da culpa ou do dolo do agente, é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundado não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica; c) Nexos de Causalidade entre o dano e comportamento do agente: responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta ilícita do agente.

Como não há norma proibindo a manifestação de opinião, tão somente, “avisos subliminares” de responsabilidade caso propague-se dano à outrem, ou seja, o ato ilícito somente existirá se acontecer o evento dano. Nem sempre é fácil interpretar se o receptor da mensagem sofre tal dano, quanto mais se a vítima for prestador de serviço público, sujeito a aprovação ou não, se seus atos, pela sociedade.

No mesmo sentido, extrai-se de julgado do Tribunal de Justiça catarinense:

[...] Veja-se que o objetivo precípua do jornalista réu é criticar a atuação do autor diante do cargo público que exerce, frente ao vultoso salário recebido através dos cofres públicos. Em que pese o tom agressivo e a linguagem irônica adotados pela matéria, não se observa o intuito de

denegrir a imagem da demandante ou de proferir alegações inverídicas, mas sim de informar a população acerca da atuação do autor, enquanto Procurador Legislativo, criticando sua atuação naquela repartição. [...] **“A crítica, quando não desborda para o insulto, para enxovalhação, quando não procura incutir fato falso ou criminoso, nada tem de ilegal, sendo perfeitamente legítima no âmbito do direito de opinião ou da livre manifestação, revelando-se ainda mais autorizada no contexto das questões políticas e naquelas de interesse da coletividade ou de determinado segmento”** (SANTA CATARINA, 2017, grifo nosso).

Acompanhando o mesmo entendimento, a doutrina explica:

Sem dúvida, a imagem da pessoa é uma das principais projeções de nossa personalidade e atributo fundamental dos direitos ditos personalíssimos. O uso indevido da imagem traz, de fato, situações de prejuízo e constrangimento. No entanto, **em cada situação é preciso avaliar se, de fato, há abuso na divulgação da imagem. Nem sempre a simples divulgação de uma imagem é indevida, doutra forma seria inviável noticiário televisivo, jornalístico ou similar. Nem sempre, no entanto, a proteção objetiva a imagem da pessoa e direitos da personalidade correlatos implicarão dever de indenizar.** (VENOSA, 2013, pp.186-188, grifo nosso).

Logo, considerando que o agente público não sofre dano moral pela simples crítica ao serviço que desempenha, ter-se-ia então um ato lícito – exercício regular de um direito de livremente se expressar – não gerador de dano.

Contudo, o próprio sistema da Responsabilidade Civil apresenta um obstáculo neste caminho, caso esteja presente o excesso no exercício da livre manifestação, previsto no art. 187 do Código Civil, a saber: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Ou seja, ainda que o ato pareça legítimo e de direito do agente, este não pode praticá-lo com excesso, de forma abusiva, tornando-se a ação ilícita.

Procedimentos Metodológicos

O método de pesquisa nesse trabalho se divide em dois grupos: o de abordagem e o do procedimento.

Quanto ao método de abordagem, empregou-se o indutivo, pois na presente pesquisa visa-se considerar um número suficiente de casos, e concluir-se uma verdade geral.

Como método de procedimento foi empregado à pesquisa bibliográfica e de estudo de caso. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, permitindo ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto.

Assim, utilizou-se a pesquisa bibliográfica por meio de consulta a livros, periódicos, sites oficiais e artigos científicos, que garantem sustentação aos fundamentos teóricos, e recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema proposto.

A pesquisa de campo se concentrou no tipo documental, mediante análise de sentença condenatória proferida em processo de indenização por danos morais, movido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes, em face da apresentadora Mônica Iozzi, autos n. 2016.01.1.0621080 com trâmite na Comarca de Brasília/DF, em que se examinava o ato danoso sofrido pelo primeiro, praticado pela segunda, cujo julgamento precedente gerou polêmica acerca do que se entende por legal e moral, liberdade de expressão e abuso de direito.

A abordagem utilizada nesse trabalho foi a qualitativa, enquanto se procurou analisar por meio das circunstâncias idealizadas, sobre a discussão e a análise do direito à liberdade de expressão exercida nas redes sociais, limitada pela configuração do abuso de direito na manifestação do pensamento, diante de fatos polêmicos.

Apresentando o caso “Moniza Iozzi X ministro Gilmar Mendes”

Esta pesquisa é fomentada por conhecimentos e teorias advindas da bibliografia correlata ao tema, bem como da análise de um julgado específico, proferido em processo judicial indenizatório movido pelo Ministro Gilmar Mendes contra a jornalista e artista Mônica Iozzi, autos n. 2016.01.1.0621080 Comarca de Brasília, 4ª Vara Cível.

O caso sob estudo, referido como “Monica Iozzi versus Ministro Gilmar Ferreira Mendes” se iniciou a partir da concessão, pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, de um *Habeas Corpus* à Roger Abdelmassih, ex-médico, especialista em fertilidade e inseminação artificial, extremamente conhecido e respeitado. Ocorre que em meados de 2008, surgiram denúncias de estupro e atentado violento ao pudor contra o médico, que teve sua prisão decretada em 17 de agosto de 2009 e condenado recentemente a 278 anos de reclusão. Logo após sua prisão, durante o processo, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, presidente do Supremo Tribunal Federal, na oportunidade, decidiu dar o direito ao médico de responder em liberdade e concedeu-lhe *Habeas Corpus*.

Revoltada e insatisfeita com tal decisão, Monica Iozzi decidiu expor sua insatisfação em um *post* publicado em sua rede social Instagram, publicando uma foto do Ministro com a seguinte expressão em forma de tarja “CÚMPLICE?”, referindo-se ao crime de violência sexual que o médico havia, em tese, praticado. Ainda, sob a referida imagem, usou a seguinte legenda “Se um ministro do Supremo Tribunal Federal faz isso...Nem sei o que esperar”.

Gilmar Mendes, insatisfeito com a repercussão do *post* da apresentadora, que obteve milhares “curtidas” e centenas de comentários, alegando a ofensa a sua honra e imagem diante de meio social, decidiu ingressar com uma ação indenizatória por danos morais advindo de Calúnia e Difamação, no valor de R\$ 100.000,00(cem mil reais) em desfavor da apresentadora, ação que obteve o número 2016.01.1.0621080, protocolada na Quarta Vara Cível de Brasília.

Durante o desfecho processual, o Ministro propôs alguns acordos com a artista, para que apagasse o *post* e publicasse um novo de retratação, se desculpando pela atitude, que tivesse a mesma visibilidade do *post* danoso, e a doação de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais)em cestas básicas para entidades carentes, propostas não aceitas, apostando na inoccorrência de ato ilícito ou mesmo na ausência de dano moral, pois acreditava não ter agido errado, e também creditava no seu direito de cidadã em criticar e questionar um serviço público, desempenhado com a decisão do Ministro.

O desfecho se deu em 21 de setembro de 2016,quando o Juiz Giordano Resende Costa, condenou a apresentadora a pagar ao autor a importância de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), fundamentando o fato de que Monica Iozzi, apresentadora, pessoa pública e formadora de opinião, teria abusado de seu direito de liberdade de expressão.

Para o juiz do caso, Monica “abusa do seu direito de liberdade de expressão”, por imputar ao ministro a cumplicidade do crime de estupro, “tornando questionável o seu caráter e imparcialidade na condição de julgador.”

E continua: “isto porque a requerida é uma pessoa pública, que trabalha com comunicação, mídias e programas de auditório, reconhecidos por alcançarem altos índices de audiência. O que a requerida pensa e fala é repercutido em alta escala”, entendeu o juiz.

“O fato de a requerida não ter sido a 'criadora' da imagem publicada e, apenas, uma das várias pessoas que a reproduziram não é suficiente para afastar a caracterização da conduta ilícita”, continua o magistrado.

Diante do caso, passa-se à análise do direito.

Análise, Discussão e Resultados

Este tema gravita sobre uma linha tênue entre o que é moral e o que é direito. No campo do direito, observando a sentença sob exame, percebe-se que o conceito da liberdade de expressão foi observado juntamente com o instituto do abuso de direito e o direito de personalidade. No caso, o dano à imagem e à honra do ministro se enquadrou no momento em que a apresentadora representou sua imagem com a expressão “cúmplice?”

Há de ser observado também o posicionamento do juiz na ação de indenização, que acabou dando maior relevo ao abuso de direito por haver sido praticado por pessoa pública, pois justificou sua decisão na sentença proferida declarando que a jornalista danificou a moral de Mendes, "sua liberdade de expressão deve ser usada de forma consciente e responsável" e que a apresentadora é pessoa pública, formadora de opinião, conhecida nacionalmente por sempre estar manifestando ideia sobre diversos casos polêmicos, envolvendo política, direito das mulheres, justiça social.

Frisou que o comentário de Iozzi prejudicou Medes por sugerir "cumplicidade ao crime de estupro, tornando questionável o seu caráter e imparcialidade na condição de julgador, fato suficiente para atingir a sua honra e imagem."

Pelo fato da requerida ser pessoa pública nota-se que o conceito de “abuso de direito” foi visto por uma nova perspectiva, Já que a apresentadora trabalha com comunicação, mídias e programas de auditório, reconhecidos por alcançarem altos índices de audiência. O que a requerida pensa e fala é repercutida em alta escala.

Após as análises aferidas durante a pesquisa, considera-se que o magistrado de primeiro grau respeitou as normas aplicadas a Constituição Federal e o Código Civil, através da sentença prolatada, onde no processo constou comprovado o abuso de direito à liberdade de expressão, com configuração do excesso no momento que a manifestação em rede social induz o leitor a pensar ser o Ministro do Supremo Tribunal Federal “CÚMPLICE?” do crime pelo qual ele concedeu, em favor do réu, um *Habeas Corpus*.

Conforme se verificou na parte teórica desta pesquisa, todos têm o direito de exercer sua liberdade de expressão e expressar sua opinião, desde que não ultrapassem os limites da lei, eis que tal limite encontra-se, no caso analisado, no preço a pagar pelas consequências do ato até então lícito, qual seja, a livre manifestação. Entretanto, quando o exercício do direito extrapola os seus fins sociais, atingindo direito

fundamental do outro, por exemplo, a garantia de dignidade por meio da proteção à imagem, o abuso de direito fica configurado. No caso em tela, houve uma desatenção pela artista sobre o resultado da publicação, eis que seu *post* foi além de manifestar sua indignação com o tratamento ao réu, dado pelo Ministro do STF, que, por meio de *Habeas Corpus*, concedeu vantagem processual ao autor do crime de estupro praticado em larga escala, visto pela sociedade, principalmente feminista, como algo inescrupuloso, desmerecedor de qualquer benefício legal. O manifesto apresentado pelo *post* “CÚMPLICE?” sobre a foto do Ministro induz as pessoas a julgarem a pessoa do magistrado da pior forma possível, e as críticas vêm desapegadas de qualquer conhecimento técnico a respeito da motivação jurídica que permitiu a concessão do benefício legal, promovendo uma distorção na concepção do que é legalidade e o que é moralidade.

Ademais, projetar sobre o julgador a condição de cúmplice de um crime, por ele haver analisado e atuado no julgamento, é além de atingir a índole pessoal da autoridade, também deturpar a imagem do próprio Poder Judiciário, uma vez que a Justiça se faz com a adequação dos fatos às normas, princípios e costumes de uma sociedade, e infelizmente, nem sempre a moral caminha ao lado dessas fontes do direito.

A sociedade brasileira tem expressado muitos manifestos de descontentamento com as diversas áreas estruturais do Estado, seja com a política, com a Administração Pública, ou mesmo com a Justiça, instalando-se entre os cidadãos o “discurso de ódio” que se baseia em radicalismo e intolerância como forma de mudança e solução para os problemas sociais.

Se Monica Iozzi houvesse apenas criticado a concessão do *Habeas Corpus*, concedido pelo Ministro, estaria utilizando sua liberdade de expressão de forma lícita. Todos têm direito de reclamar pela (má) prestação dos serviços públicos, contudo, sem atingir vilmente a pessoa do magistrado, assim como tantos outros se manifestam, diariamente, expressando seu desacordo com as tantas decisões ou medidas públicas em que a sociedade se vê submetida. E é neste ponto que se observa a ocorrência do abuso de direito, tornando ilícito o ato até então legal, na forma prevista no art. 187 do Código Civil.

Na análise da sentença condenatória, o julgador preocupou-se em reforçar, dentre os requisitos legais para a configuração do dever de indenizar (ação culposa - intenção de lesar, ou agir com negligência, imprudência e imperícia; dano - neste caso

moral; e nexos causal entre esses dois pontos) o aspecto de a agente ser pessoa pública, formadora de opinião, enquanto artista carismática, atriz popular e jornalista.

Neste viés, impôs à agente o dever de cuidado particular em suas ações, considerando sua condição e o poder de persuasão em suas manifestações. Ou seja, no julgado, a culpa pelo conseqüente dano moral ficou forte na ação negligente e imprudente da artista, a qual, escorada no direito subjetivo de livre manifestação do pensamento, entendeu por dizer o que bem quisesse, sem preocupar-se com o dever de cautela por conta da extensão e credibilidade que sua mensagem propaga, principalmente pelo canal ilimitado da *internet*, além de se tratar, aquele a quem se atacou com o *post*, de pessoa pública a quem a sociedade necessita crer e confiar para a propagação da Justiça.

Ademais, o conteúdo da manifestação vem despido de qualquer técnica jurídica que pudesse dar o completo entendimento ao leitor sobre a (i)legalidade da decisão que concedeu o *Habeas Corpus*, ou seja, prendeu-se apenas ao aspecto moral, apoiando o sentimento popular para a imposição de implacável punição à conduta tão reprovável do réu, e qualquer decisão judicial que flexibilize a reprimenda, seria considerada tão vil e repugnante quanto o próprio crime em julgamento. Sabe-se que nem sempre é assim a prática da Justiça, que precisa primar pelos princípios de direitos fundamentais de qualquer cidadão, mesmo do mais abjeto sob julgamento, sob pena de a Justiça pender ao “discurso do ódio”, à imparcialidade, ao ranço vingativo daqueles atingidos pelo ato criminoso.

Além do que, a imposição de referida tarja, atribuindo à alguém a prática de ato criminoso não verdadeiro, além de denegrir a imagem, configura crime de calúnia.

É aí que está o deboche, o excesso no exercício da liberdade de expressão, declarar publicamente que alguém é cúmplice de um crime tão bárbaro, sabendo que não o praticou, tão somente como forma de demonstrar sua indignação, é abuso do poder de opinião, principalmente quando divulgado publicamente, de forma a permitir influência das demais pessoas.

E o fato de Mônica ser uma pessoa pública, com muitos seguidores e empatia esbanjada pelas redes sociais e televisivas, ampliou a extensão do dano moral causado, já que sua credibilidade e comunicabilidade induzem outras pessoas a pensar da mesma forma.

Mesmo diante do peso da opinião pública sobre o sentido afeto à liberdade concedida no *Habeas Corpus* a alguém de tão vil comportamento social, tem-se

tecnicamente, como resposta ao questionamento do presente artigo, que a apresentadora Monica Iozzi abusou do seu direito de liberdade de expressão no momento em que ela acrescenta em seu *post*, na rede social, a expressão “CÚMPLICE?”, induzindo o leitor a acreditar que o Ministro facilitou, colaborou ou favoreceu para que o crime continuasse acontecendo.

Por outro lado, que imagem pública é esta que se tenta proteger, atualmente desgastada com tantas polêmicas que envolvem suas decisões? Um Ministro da mais alta corte do país não deveria estar acostumado a ter que lidar com duras críticas, até porque frequentemente tem se manifestado de forma polêmica diante da opinião pública? Abandonando a técnica jurídica, será que a concessão de *Habeas Corpus* ao médico, a pessoa inescrupulosa e nociva aos cidadãos, representa nobre e respeitável trabalho de julgador que tem por função zelar pela justiça e o bem comum da sociedade?

Apesar de a apresentadora ter extrapolado e abusado do seu direito de liberdade de expressão sob a ótica do direito, é admissível que haja revolta moral de mulheres que se sintam atingidas com a decisão do Ministro, de favorecer o acusado com o *Habeas Corpus*, mesmo acusado de atos tão vergonhosos, repugnantes e praticados em larga escala, rendendo-lhe muitos anos de reclusão.

Considerações Finais

De acordo com a Constituição Federal, é garantido a todo cidadão brasileiro o direito à livre manifestação de pensamento, opinião, informação, criação, expressão desde que seja utilizada com responsabilidade e que não abuse desse direito e atinja o direito de outrem.

Assim contribui a afirmação de Pedro Lenza (2015, p.1169): [...] a liberdade de expressão não é absoluta, encontrando restrições “voltadas ao combate do preconceito e da intolerância contra minorias estigmatizadas.”

Ao longo da pesquisa científica, por diversos momentos, observou-se que quando se toca no assunto da liberdade de expressão e os seus limites surgem àquela velha frase clichê “meu direito termina onde começa o do outro”. Na teoria é fácil, logo vem em mente os direitos de personalidade, que abrange a honra, a dignidade, a moral, ou seja a integridade física e psicológica dos indivíduos, mas na prática, a delimitação dessa invasão de direitos, por muitas vezes, acaba sendo imperceptível.

Este estudo serviu para aclarar o entendimento sobre direito e moral, entre direito à livre expressão e abuso de direito, entre a opinião expressada publicamente por uma

pessoa comum e um formador de opinião, pois como no caso mencionado, Monica Iozzi possui credibilidade e influência em um grupo gigantesco de seguidores, e que por esse motivo acaba influenciando a massa.

E é neste contexto de descobertas que se pode aferir a resposta para que moveu a realização deste estudo científico com o seguinte questionamento: De fato, houve abuso de direito no exercício da liberdade de expressão, hábil a provocar dano moral à imagem do Ministro Gilmar Mendes, com a manifestação de Monica Iozzi contra a concessão de *Habeas Corpus* para Roger Abdelmassih?

Conclui-se que a apresentadora Monica Iozzi abusou do seu direito de liberdade de expressão no momento em que ela acrescenta em seu *post* na rede social a palavra “cúmplice”, que dá o sentido que o ministro facilitou, colaborou ou favoreceu para que o crime continuasse acontecendo, e também imputou ao ministro do STF ser cúmplice na prática de crime de violência sexual, pois não se limitou a criticar uma decisão proferida pelo ministro, mas fez questão de atribuir à sua imagem uma conduta extremamente desabonadora e desonrosa. A partir do momento em que a requerida imputa a um jurista reconhecido, ministro da Suprema Corte, cumplicidade a práticas criminosas, esta, evidentemente, abusa do seu direito de liberdade de expressão, pois ofende a honradez e a imagem do requerente perante o meio social.

Diante disso, há elementos suficientes para reconhecer que a requerida extrapolou os limites de seu direito de expressão, pois não se limitou a expor o seu ponto de vista a respeito de uma decisão proferida pelo requerente, mas lhe imputou cumplicidade ao crime de estupro, tornando questionável o seu caráter e imparcialidade na condição de julgador, fato suficiente para atingir a sua honra e imagem. Mas por outra perspectiva é totalmente entendível e aceitável a revolta da apresentadora, como também de várias mulheres, que também não aceitaram que posteriormente, a um crime bárbaro, a forma que foi procedido esse tipo de decisão.

Logo, o objetivo desta pesquisa foi atingido, ainda que não se tenha esgotado todas as discussões sobre o tema, mas certamente esta pequena “amostra” servirá para incutir nos leitores novos questionamentos acerca da liberdade de expressão e os danos que podem desencadear a partir de seu exercício público, nas redes sociais. A partir dos resultados obtidos, apontam-se as limitações da pesquisa e a possibilidade para estudos futuros.

Referências

ALVARENGA, Antonia Valtéria Melo; SIMIONATTO, Aurivam Marcos; VERSIANI, Tátilla Gomes. **Justiça e cidadania na américa latina**: debates no século XXI. 1. ed. Capivari de Baixo: FUCAP, 2016. 285 p.

AMATO, Alessandra. **Os limites da liberdade de expressão**. Florianópolis/SC, jul. 2017. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3855-os-limites-da-liberdade-de-expressao>>. Acesso em: 12 out. 0017.

ARAÚJO, Jorge Alberto. **Blogar anonimamente? Ainda não precisamos disso**. Disponível em: <<http://jribeirofilho.blogspot.com.br/2009/09/liberdade-de-expressao-e-o-anonimato.html>>. Acesso em: 04 out. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil, Brasília, 2046 artigos, 10 jan. 2002.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Presidência da República Casa Civil, Brasília, 3 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 4ª vara cível de Brasília, processo n.: 2016.01.1.062108-0, magistrado Giordano Resende Costa. **Assunto: direito de imagem**. Requerente Gilmar Ferreira Mendes e requerida: Monica Iozzi de Castro. Data da sentença 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20160110621080>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

BUCCI, Eugenio. Liberdade de expressão x discurso do ódio: quem manda nas bocas? **Folha de São Paulo**. 30 jun. 2017. Disponível em: <<http://temas.folha.uol.com.br/liberdade-de-opiniao-x-discurso-de-odio/o-que-e-o-que-e/personalidades-discutem-o-que-e-liberdade-de-opiniao-e-discurso-de-odio.shtml>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

CABRAL, Danilo Cezar. **Retrato falado**: Roger Abdelmassih, o médico estuproador. 23 fev. 2016. Disponível em: <<https://mundoestranho.abril.com.br/cotidiano/retrato-falado-roger-abdelmassih-o-medico-estuproador/>>. Acesso em: 12 out. 0017.

DA SILVA, Elizângela Isidoro; PINTO, Renan Emanuel Alves. **A responsabilidade civil pelo abuso do direito à liberdade de expressão em conflito com os direitos da personalidade**: uma análise do caso das biografias não autorizadas. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (graduanda em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte/Rio Grande do Norte. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Código anotado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1397 p.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Revista Seqüência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. v. III, responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 382p.

GLOBO. **Monica Iozzi fala, pela primeira vez, sobre o processo do ministro Gilmar Mendes**. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/6003937/>>. Acesso em: 12 out. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Coimbra: Armênio, 1999. 427p.

LELLIS, Lélío Maximino et al. **Manual de liberdade religiosa**. 1. ed. Engenheiro Coelho: Ideal Editora, 2013. 322p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional: esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1560 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo, Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1470p.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Abuso de direito. **Rev. Dom Total**, Belo Horizonte/MG, 02 dez. 2009. Disponível em: <<http://domtotal.com/colunas/detalhes.php?artId=1086>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

O GLOBO. **Monica Iozzi terá que indenizar Gilmar Mendes em R\$ 30 mil**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/monica-iozzi-tera-que-indenizar-gilmar-mendes-em-30-mil-20220766#ixzz4vaHobh1C>>. Acesso em: 12 out. 2017.

OLICSHEVIS, Giovana. Mídia e opinião pública. **Revista Vernáculo**, Paraná, n. 17 e 18, p. 91-99, jan. 2006.

RABELO, Claudio. Qual é o limite da liberdade de expressão? **Diário de Santa Maria on-line**. Santa Maria. 16 de jan. de 2015. Disponível em: <<http://diariodesantamaria.clicrbs.com.br/rs/cultura-e-lazer/noticia/2015/01/qual-e-o-limite-da-liberdade-de-expressao-4682433.html>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

RIBEIRO, Paulo Silvino. O que é moral? **Brasil Escola**. Disponível em: <<http://brasilecola.uol.com.br/sociologia/o-que-moral.htm>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

SANTA CATARINA. Tribunal De Justiça. **Consulta processual**. Comarcas. Autos n. 0302036-72.2016.8.24.0054. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1I0050S000000&processo.foro=54&uuidCaptcha=sajcaptcha_181e6e5156dd40cbad9f58cb980dba47&gateway=true>. Acesso em: 07 nov. 2017.

TEIXEIRA, Patrícia Brito. **Caiu na rede. E agora: gestão e gerenciamentos de crises nas redes sociais**. São Paulo: Évora, 2013. 168 p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 644p.

Capítulo 8

A RELATIVIZAÇÃO DO PODER FAMILIAR COMO EFETIVAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, NO ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL

**Andréia Hoffmann Zavarize
Márcia Zomer Rossi Mattei
Regiane Viana da Silva**

Resumo: O presente artigo trata da relativização do Poder Familiar e a intervenção do Poder Judiciário na vida privada das famílias, com a aplicação da Medida Protetiva de Acolhimento Institucional, para a efetivação do Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. O artigo objetiva demonstrar, através da análise de doutrinas, legislação civil e entrevista com profissionais da área, os prós e contras desta Medida Protetiva, no atendimento dos menores em situação de risco familiar. Ao final foi possível concluir-se que as consequências da medida de acolhimento institucional, são mais benéficas que maléficas, se observados o quanto mal maior é evitado com o afastamento de situações de risco vivenciadas por crianças e adolescentes, a quem, o

maior prejuízo com o acolhimento está no desmantelamento do sentimento de pertencimento à uma família, enquanto não receberem visitas dos familiares, além da dor da saudade.

Palavras-chave: Criança e Adolescente. Poder de Família. Melhor Interesse. Acolhimento Institucional.

THE RELATIVIZATION OF THE FAMILY POWER AS AN EFFECT FOR THE BEST INTEREST OF THE CHILD AND THE TEENAGER, IN INSTITUTIONAL SHELTER

The current article concerns the relativization of the Family Power and the Judiciary's intervention in private life, with an application of the Protective Measure of Institutional Shelter, towards the effectiveness of the principle of the best interest of the child and the teenager. The article aims to evidence, by the analysis of doctrines, civil law and interviews with professionals from the area, the pros and cons of this Protective Measure in the care of minors at family risk situation. At the end, it was possible to conclude that the consequences of the Measure of Institutional Shelter are more beneficial than maleficial, if taken into count how much harm is avoid by eliminating risk situations lived by children and teenagers, to whom, the greatest loss with the shelter is the feeling of belonging to a family ruined, while they don't receive family visits, besides the homesickness pain.

Keywords: Child and teenager. Family Power. Best Interest. Institutional Shelter.

Introdução

O tema que envolve o presente estudo atinge o âmago familiar quando este se apresentar como “terreno perigoso” àqueles incapazes de se defender ou de entender o contexto maléfico à sua dignidade e à segurança dos componentes mais frágeis a conviver dentre este núcleo de pessoas: as crianças e os adolescentes.

Num primeiro momento, se leva a pensar que o melhor lugar a ofertar amor e proteção que uma criança ou adolescente pode ter ou querer é a família, no aconchego do lar, com a mãe e com o pai que lhe deram a vida, quem o recebeu desde o seu primeiro momento de vida. Infelizmente, nem sempre é esta a situação que se perpetua, os genitores provocam direta ou indiretamente, proposital ou acidentalmente, lesões físicas e psicológicas àquele ser em desenvolvimento, seja por questões financeiras, amorosas, de dependência toxicológica ou desleixo com as providências e preocupações que a criação de uma criança ou de um adolescente exigem.

E quando estas situações complexas, que põem em risco a dignidade, saúde, segurança e bem estar geral do menor, são conhecidas pelo Estado, este tem o dever legal de agir, a fim de cessar o perigo, podendo flexibilizar o Poder Familiar dos genitores sobre os filhos, de modo a agir ampla e livremente em favor destes, ainda que para tal seja indispensável retirá-los do convívio direto com este pai e mãe, como forma de proteção.

É indispensável fazer o estudo dos princípios norteadores da proteção da criança e do adolescente, pois busca-se, através dos princípios, embasamento para que se possam definir mecanismos de proteção aos menores que se encontram em risco.

A fim de atender ao que estabelece o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, o Poder Judiciário adota medidas com relação aos pais ou responsáveis, quando estes negligenciam os cuidados inerentes a sua prole, podendo ser aplicado a estes a suspensão ou destituição do poder familiar, com o posterior acolhimento institucional, de forma provisória e excepcional.

Não há dúvidas, quanto aos benefícios criados pelos laços familiares, bem como a importância da convivência dos pais e filhos num lar onde haja afeto, porém quando esses laços são rompidos, e os pais deixam os filhos em situação de risco, faz-se necessário relativizar o poder familiar em decorrência da vulnerabilidade dos menores em face dos genitores, efetivando assim o melhor interesse da criança e do adolescente.

Como mola propulsora da pesquisa formulou-se a seguinte questão: Quais as consequências da intervenção pelo Poder Judiciário no Poder Familiar, com a medida de acolhimento institucional, frente às situações de risco vivenciadas por crianças e adolescentes? Para se alcançar tal resposta, definiu-se como objetivo geral descobrir os prós e contras da medida de acolhimento institucional, no atendimento dos menores em situação de risco familiar. E específicos: analisar a lei e a teoria do direito protetivo inerente às crianças e adolescentes em busca das vantagens advindas com a intervenção do Poder Judiciário; explorar as medidas protetivas impostas pelo Poder Judiciário, observando os possíveis prejuízos dessas providências; conferir no campo prático os benefícios e malefícios do afastamento do núcleo familiar.

Justifica-se a formulação do presente estudo por se tratar de tema popular, que envolve todos os núcleos familiares em que convivam filhos menores, servindo a pesquisa como instrumento para orientar e advertir sobre a medida de proteção mais severa que pode existir na relação pais e filhos: a perda da qualidade jurídica de pai e mãe sobre a própria prole a quem se deu a vida.

Os Princípios Norteadores da Proteção da Criança e do Adolescente

É grande a importância dos princípios na vida jurídica, tanto os de ordem geral quanto os específicos. Os primeiros informam e dão consistência à árvore jurídica com um todo, enquanto os específicos dizem a respeito de determinado ramo. (NADER, 2016, p. 93).

No campo protetivo dos menores de idade, alguns princípios específicos estão insculpidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069/90, indispensáveis à abordagem do tema a ser pesquisado.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana traz consigo o anseio de consideração por parte das demais pessoas, uma vez que a dignidade nada mais é do que a consciência do próprio valor. É o princípio reconhecedor do ser humano, pois zela por sua dignidade.

É um dos fundamentos da República Federativa do Brasil expressamente previstos na CF/88, art. 1º, III, e significa, conforme (SARLET, 2011, p. 73):

Qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O ECA apresenta em seu artigo 15 a previsão legal deste princípio:

A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.

Definindo as diretrizes para a proteção ao respeito e à dignidade da criança e do adolescente, o mesmo Estatuto estabelece seus artigos 17, 18 e 18-A:

Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente,

abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.

Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Art. 18-A. A criança e o adolescente têm o direito de ser educados e cuidados sem o uso de castigo físico ou de tratamento cruel ou degradante, como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto, pelos pais, pelos integrantes da família ampliada, pelos responsáveis, pelos agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou por qualquer pessoa encarregada de cuidar deles, tratá-los, educá-los ou protegê-los.

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se:

I - castigo físico: ação de natureza disciplinar ou punitiva aplicada com o uso da força física sobre a criança ou o adolescente que resulte em:

- a) sofrimento físico;
- b) lesão;

II - tratamento cruel ou degradante: conduta ou forma cruel de tratamento em relação à criança ou ao adolescente que:

- a) humilhe; ou
- b) ameace gravemente; ou
- c) ridicularize.

A criança e o adolescente possuem uma fragilidade singular, cabe não somente os pais, mas também a sociedade e ao poder público zelar por sua dignidade, devem ser respeitados em seus direitos como uma forma de preservar a valorização do ser humano.

Princípio da Prioridade Absoluta

Princípio estabelecido pelo Art. 227 da Lei Maior, assim como no art. 4º e no art. 100, parágrafo único, II, da Lei n. 8069/90, cuida para que a frente dos adultos, as crianças e adolescentes tenham preferência, eles precisam ser tratados em primeiro lugar em todos os aspectos.

A Lei n. 13.257/16 que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância (até os 6 anos completos), ao tratar da prioridade absoluta, impôs ao Estado o dever de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para esta idade, que atendam as suas especialidades, visando garantir seu desenvolvimento integral.

A prioridade tem um objetivo bem claro: realizar a proteção integral, assegurando primazia que facilitará a concretização dos direitos fundamentais enumerados no art. 227, caput, da Constituição Federal e renumerados no caput do artigo 4 do ECA. (MACIEL, 2016).

Ressalta ainda o doutrinador que se leva em conta a condição de pessoa em desenvolvimento, pois a criança e o adolescente possuem uma fragilidade peculiar por estarem em formação, correndo mais risco que um adulto, por exemplo.

Para que esses direitos sejam garantidos, é muito importante que a família, a sociedade e o poder público, estejam engajados conjuntamente, para que em qualquer situação ou problema que envolva crianças ou adolescentes, busque-se a alternativa mais adequada a satisfazer seus direitos, para que seus interesses estejam sempre em primeiro lugar.

Cabe ao Poder Público buscar programas que satisfaçam essas prioridades, não só para garantir seus direitos fundamentais, mas também garantir que de fato essas políticas sejam conhecidas e cumpridas por toda a sociedade.

Princípio da Convivência Familiar e Comunitária

O afeto da família é sem dúvidas a mola propulsora do bem estar da criança ou adolescente, pois é na família que descobrimos valores, sentimentos, onde aprendemos que devemos cuidar uns dos outros.

A convivência familiar é, sem dúvida, um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção. (MACIEL, 2016).

Além da Constituição Federal em seu artigo 227, o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente preceitua:

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

Em outras palavras, conviver em família e na comunidade é sinônimo de segurança e estabilidade para o desenvolvimento de um ser em formação.

A Família é o lugar normal e natural de se efetuar a educação, de se aprender o uso adequado da liberdade, e onde há iniciação gradativa no mundo do trabalho. É onde o ser humano em desenvolvimento se sente protegido e de onde ele é lançado para a sociedade e para o universo. (CURY, 2012, p. 110).

É importante que a criança e o adolescente convivam em família, seja ela natural ou substituta, pois é no seio da família que se constroem os valores, que desenvolvemos nossa personalidade.

Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente e os Parceiros na efetivação deste princípio

Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação de lei, deslinde de conflitos, ou mesmo pela elaboração de futuras regras. (MACIEL, 2016).

Também é o princípio norteador desta pesquisa, enquanto que a convivência direta com pai e mãe se imagine o melhor para a prole, e em casos específicos se perceba o contrário.

O princípio do melhor interesse encontra-se no artigo 100, parágrafo único, IV, do ECA, bem com está inserido no artigo 3.1, da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, Decreto nº 99.710/90, o qual prevê:

Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.

O princípio do interesse superior da criança é, pois o norte que orienta todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e da juventude. Materializá-lo é dever de todos. (MACIEL, 2016)

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente visa a demonstrar que o menor deixa de ser considerado objeto e passa a ser considerado sujeito de direito, nessa situação é merecedor de tutela com absoluta prioridade, jamais sendo tratado com inferioridade perante a família. (GAMA, 2008)

Pois muitas vezes percebe-se que, naturalmente, uma criança de pouca idade, sem muito entendimento do que realmente lhe pareça bom ou ruim, ou mesmo o ideal para o seu desenvolvimento sadio, pode não perceber que a família não lhe favoreça em sua dignidade, segundo o modo de viver, de (des)educar, de trata-la físico e psicologicamente. Isso porque, as vezes esta criança não conheça outra forma de vida se não àquela ofertada até então pelos pais, ainda que viva em situação de risco social,

não perceba o perigo, mesmo assim, deseje a presença dos genitores, como suprimento de seu interesse.

A verdade é que os filhos, enquanto menores, são facilmente influenciáveis, o que exige uma postura pelo menos aparentemente, digna e honrada dos pais, pois o lar é uma escola onde se formam e amoldam os caracteres e a personalidade dos filhos. (RIZZARDO, 2009, p. 627).

Existe na sociedade, elevado número de crianças e adolescentes trabalhando, sofrendo abusos sexuais, familiares que na presença dos menores fazem uso de drogas e álcool, e, conseqüentemente, a violência está presente, passam fome por não receber os devidos cuidados pelos pais e/ou responsáveis.

Os estudos históricos e sociológicos sobre infância e adolescência têm produzido uma análise crítica dos avanços jurídicos na área da proteção e dos direitos da criança, sem deixar de problematizar o tipo de representação social que vai sendo construída sobre a criança e o adolescente no contexto das práticas sociais. (SOUZA, 2010, p.93)

Por isso o Estado precisa estar pronto para intervir nas relações familiares fragilizadas por todos os riscos sociais, e o faz através de políticas públicas voltadas para este seguimento da sociedade, em parcerias com governos nos três níveis federados e com a sociedade civil organizada.

Cabe a Secretaria de Assistência Social de cada município mapear as famílias em situação de risco, buscando assim ofertar a todo o núcleo familiar a possibilidade de uma vida mais digna.

A Assistência Social oferta serviços para fortalecer as famílias e desenvolver sua autonomia, apoiando-as para que superem eventuais dificuldades e acessem os direitos sociais, evitando o rompimento de laços. Também apoia o fortalecimento da comunidade, incentiva sua mobilização e ainda oferta benefícios e abrigos, garantindo a sobrevivência em momentos críticos. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2017).

Além disso, trabalha em parceria com outras políticas públicas e encaminha os cidadãos a outros órgãos quando as situações enfrentadas não podem ser resolvidas somente pela assistência social, como nos casos que envolvem desemprego, violência, doenças, acesso à educação, saneamento básico, moradia, entre outros. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2017).

De acordo com o Ministério do Desenvolvimento Social, o CRAS e o CREAS desenvolvem programas voltados ao atendimento de todo o núcleo familiar, ofertando serviços especializados inclusive. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2017).

O Centro de Referência de Assistência Social – CRAS, oferta serviço de Proteção e Atendimento Integral à Família (Paif) e o Serviço de Convivência e Fortalecimento de Vínculos (SCFV), atendendo famílias e indivíduos em situação grave de desproteção, pessoas com deficiência, idosos, crianças retiradas do trabalho infantil, pessoas inseridas no Cadastro Único, beneficiários do Programa Bolsa Família e do Benefício de Prestação Continuada (BPC), entre outros. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2017).

O Centro de Referência Especializado de Assistência Social – CREAS, obrigatoriamente deve ofertar o serviço de proteção e atendimento especializado a famílias e indivíduos em situação de risco pessoal e social, com violação de direitos, como: violência física, psicológica e negligência; violência sexual; afastamento do convívio familiar devido à aplicação de medida de proteção; situação de rua; abandono; trabalho infantil; discriminação por orientação sexual e/ou raça/etnia, entre outras situações. (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL, 2017).

O artigo 136 do ECA, define as atribuições do Conselho Tutelar, o qual deve atender não só às crianças e adolescentes, como também atender e aconselhar pais ou responsáveis.

O Conselho deve ser acionado sempre que se perceba abuso ou situações de risco contra a criança ou o adolescente, como por exemplo, em casos de violência física, abandono de incapazes, trabalho infantil, exploração sexual entre outros, cabendo a este órgão municipal aplicar medidas que zelem pela proteção dos direitos da criança e do adolescente.

É indispensável que todos os atores da área infantojuvenil tenham claro para si que o destinatário final de sua atuação é a criança e o adolescente. Para eles é que se tem que trabalhar. É o direito deles que goza a proteção constitucional em primazia ainda que colidente com o direito para própria família. (MACIEL, 2016, p. 73).

Do mesmo modo, o Ministério Público tem legitimidade para adotar as medidas legais em razão da conduta do adolescente, sempre que, em razão do seu comportamento, estiver em situação de risco ou vulnerabilidade, isso significa que, quando a família, o Estado ou a sociedade ameaçam ou lesionam direito de criança ou

de adolescente, deve o Promotor de Justiça da área da Infância e Juventude intervir, fazendo cessar a ameaça ou lesão.

O Acolhimento Institucional como Medida Protetiva à Criança e ao Adolescente

Medidas de proteção podem ser definidas como providências que visam salvaguardar qualquer criança e adolescente cujos direitos tenham sido violados ou estejam ameaçados de violação.

Previstas no Livro II, Título II do ECA, nos artigos 98 à 102, as medidas de proteção são aplicáveis nos casos em que os direitos desses menores forem ameaçados ou efetivamente violados em decorrência de uma ação ou omissão por parte dos pais ou responsáveis, da sociedade, do Estado e inclusive de sua própria conduta.

São, portanto, instrumentos colocados à disposição dos agentes responsáveis pela proteção da criança e do adolescente, em especial, dos conselheiros tutelares e da autoridade judiciária a fim de garantir, no caso concreto, afetividade dos direitos da população infantojuvenil. (MACIEL, 2016, p. 723),

O artigo 101 do ECA preceitua que verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, várias medidas de proteção, dentre elas, a acolhimento institucional.

Tal providência tem merecido grande atenção por parte daqueles que se propõe ao estudo da matéria, tendo em conta que, uma vez aplicada, ensejará a retirada da criança ou adolescente do ambiente familiar ou da comunidade em que está inserido, provocando, na maioria das vezes, ingerência no poder familiar ou nas atribuições do tutor ou guardião.

O modelo de família tem se alterado continuamente com o tempo e atualmente se admite a Multiparentalidade, a criança ou adolescente por meio de procedimento judicial, poderá ter em seu registro de nascimento, dois pais e uma mãe ou duas mães e um pai..., decorre da filiação socioafetiva, ou seja, pai ou mãe é quem cria, levando em consideração a afetividade e não o fator biológico.

Nas palavras de Nelson Sussumu Shikicima:

(...) a multiparentalidade é um avanço do Direito de Família, tendo em vista que efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana de todas

as pessoas envolvidas, demonstrando que a afetividade é a principal razão do desenvolvimento psicológico, físico e emocional. (2014, p.73).

O Artigo Socioafetividade e multiparentalidade acolhidas pelo STF de Ricardo Calderón, tem como base o recente julgado do Supremo Tribunal Federal, tese de repercussão geral 622, e traz um trecho do voto do Min. Relator Luiz Fux, ao julgar o RE 898060/SC:

"Da mesma forma, nos tempos atuais, descabe pretender decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente é o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos. (...) Por isso, é de rigor o reconhecimento da dupla parentalidade". (Min. Relator Luiz Fux, RE 898060/SC, p. 17-19).

A multiparentalidade serve também como um instrumento de redução do risco social aos menores, eis que mais "pais e mães" estariam obrigados à garantir-lhes o bem estar previsto no ECA e na CF, dando mais chances para o não acolhimento.

O acolhimento institucional é medida provisória e excepcional, que pode ser observada no §1º do art. 101 do ECA:

O acolhimento institucional e o acolhimento familiar são medidas provisórias e excepcionais, utilizáveis como forma de transição para reintegração familiar ou, não sendo esta possível, para colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

Deste artigo extrai-se o Princípio da Excepcionalidade que para (MACIEL, 2016) deve ser compreendido dentro da ótica segundo o qual somente após o esgotamento de todos os recursos de manutenção na família de origem, será possível o acolhimento da criança ou adolescente.

No mesmo sentido o princípio da Provisoriedade ou Brevidade, estabelecido no o § 2º do art. 19 do ECA, preceitua que a permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito) meses, salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária.

São estes dois princípios os condutores de todo o processo rumo ao restabelecimento da ordem natural, que é o crescimento da criança e do adolescente no seio de uma família, sendo certo que o acolhimento institucional é medida que somente tem função quando propaga a proteção e defesa do direito à convivência familiar e comunitária.

Quando esgotadas as oportunidades de favorecer a família em relação à proteção de suas crianças e adolescentes, a lei autoriza seu afastamento do ambiente familiar, considerando critérios estabelecidos pelo ECA quando regula o acolhimento institucional como uma medida provisória e excepcional, utilizada como forma de transição para reintegração familiar.

Medidas Protetivas pertinentes aos pais, responsáveis ou outras pessoas encarregadas do cuidado de crianças ou adolescentes.

Os pais (naturais ou adotivos) ou responsáveis (tutor ou guardião) tem o dever de orientar, educar, amparar, apoiar e corrigir os filhos, tutelado ou pupilos. (NUCCI, 2015).

Muitas das situações de risco, as quais estão expostas a criança e o adolescente provém dos pais ou responsáveis, uma vez que negligenciam os cuidados inerentes a eles.

O artigo 129 do ECA, elenca várias situações em que haverá medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis, dentre elas a de suspensão ou destituição do pátrio poder familiar.

É esta a mais drástica de todas, que interessa especialmente à este estudo. E tal pode ser iniciada com a ação do Conselho Tutelar, pois sempre que se deparar com situações de risco em que as medidas anteriores não reverteram o perigo em que se encontra o menor, representará ao Ministério Público, para que este possa avaliar a necessidade de ajuizamento das ações.

A violência contra a criança e o adolescente, pode ser física quando existir emprego de força para disciplinar, sexuais tais como o incesto e a exploração sexual, psicológicas quando há o abandono emocional ou ainda advindas pela negligência: falta de cuidados com saúde, alimentação e educação da criança e do adolescente ou até mesmo pais com dependência química.

Causas de Suspensão e Extinção do Poder Familiar

O poder familiar é tido como um conjunto de direitos e deveres dos pais em relação aos filhos menores de dezoito anos de idade. Tem por objetivo maior a proteção daqueles que ainda não se encontram em condições de sozinhos, superarem os obstáculos naturais que o mundo lhes apresenta.

“Conceituado como sendo o poder exercido pelos pais em relação aos filhos, dentro da ideia de família democrática, do regime de colaboração familiar e de relações baseadas, sobretudo, no afeto”. (Tartuce, 2015, p.445).

Maria Helena Diniz destaca que "o poder familiar decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal, e é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. As obrigações que dele fluem são personalíssimas".

O exercício do poder familiar está tratado no artigo 1.634 do Código Civil de 2002, trazendo as atribuições deste exercício que compete aos pais, verdadeiros deveres legais, dentre eles o dever de dirigir e dar educação aos filhos, exercer a guarda, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir-lhes obediência e os serviços próprios de sua idade e condição.

No mesmo sentido, o ECA em seu artigo 22, vem apenas confirmar o disposto, quando afirma que aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

E, como forma de resguardar o cumprimento destes direitos básicos, o art. 24 do mesmo Estatuto prevê que a decretação da suspensão ou perda do Poder Familiar dar-se-á nos casos previstos na legislação civil – Código Civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o referido artigo 22.

A extinção do poder familiar dá-se por fatos naturais, de pleno direito ou por decisão judicial, conforme dispõe o artigo 1.635 do Código Civil:

- I - pela morte dos pais ou do filho;
- II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;
- III - pela maioridade;
- IV - pela adoção;
- V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. (grifado)**

A suspensão é temporária, perdura somente até quando se mostre necessária. Cessada a causa que a motivou, volta à mãe, ou o pai, temporariamente impedido, a exercer o poder familiar, pois a sua modificação ou suspensão deixa intacto o direito como tal, excluindo apenas o exercício.

Sobre as causas de perda do poder familiar, consagra o Código Civil, em seu art. 1.638, que:

- Art. 1638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai, ou a mãe que:
- I – castigar imoderadamente o filho;
 - II – deixar o filho em abandono;
 - ~~III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;~~

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

Esta perda é permanente, mas não definitiva, pois os pais podem, através de procedimento judicial, recuperá-la, desde que provem que a causa que ensejou a perda não exista mais.

É por consequência de tais ações praticadas pelos genitores que a flexibilização do Poder Familiar se faz necessária, a fim de afastar a prole indefesa do perigo, que muitas vezes reside na mesma casa.

Procedimentos Metodológicos

Os procedimentos metodológicos que foram adotados para a condução da presente pesquisa se classificaram em pesquisa qualitativa, exploratória e bibliográfica.

Foi adotada a pesquisa qualitativa, pois permite um melhor enfrentamento do objeto em análise, tendo em vista que essa pesquisa “considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números.” (KAUARK, 2010).

A pesquisa exploratória “visa a proporcionar maior proximidade com o problema, objetivando torná-lo explícito ou definir hipóteses. Procura aprimorar ideias ou descobrir intuições. Possui um planejamento flexível, envolvendo, em geral, levantamento bibliográfico, entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema, pesquisado e análise de exemplos similares. Assume, geralmente, as formas de pesquisas bibliográficas e estudos de caso. Indicada para fases de revisão da literatura, formulação de problemas, levantamento de hipóteses, identificação e operacionalização das variáveis”. (GIL, 1996).

Ainda foi explorada a pesquisa bibliográfica, para fazer análise dos entendimentos doutrinários, artigos de periódicos e, atualmente, de informações disponibilizadas na internet. A principal vantagem é possibilitar ao investigador a cobertura de uma gama de acontecimentos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente. (GIL, 1996).

Por fim, também foi realizada pesquisa de campo, com a aplicação da técnica do tipo entrevista, realizada com profissionais do Consórcio Intermunicipal de Abrigo para Criança e Adolescente - CIACA em Braço do Norte/SC a fim de analisar, na prática, as consequências da relativização do Poder Familiar no melhor interesse dos menores acolhidos.

5. RESULTADO E DISCUSSÕES

Antes de adentrar na pesquisa de campo propriamente dita, importante aclarar a identidade e importância de mais um parceiro no processo de flexibilização do Poder Familiar, em defesa da dignidade da criança e do adolescente, vejamos:

Breve histórico do Consórcio Intermunicipal de Abrigo para Criança e Adolescente – CIACA

A Casa da Criança e do Adolescente foi fundada em 17 de dezembro de 2004, nasceu da necessidade de atender, crianças e adolescentes que se encontram em situação de vulnerabilidade social. Desde sua fundação, tem abraçado a missão de minimizar o alto índice de crianças e adolescentes que vivem em situação de risco, acolhendo-as, obedecendo às diretrizes de proteção, excepcionalidade, provisoriedade e transitoriedade.

É uma entidade jurídica de direito público, assistencial e sem fins lucrativos, mantida pelo Consórcio Intermunicipal de Abrigo para Criança e Adolescente – CIACA, composto pelos municípios de Braço do Norte, Orleans, Rio Fortuna, Santa Rosa de Lima, São Ludgero, Grão Pará, São Martinho e Armazém.

A Casa da Criança e do Adolescente é o espaço no qual os acolhidos retomam relações no processo educativo, novas formas e regras de convivência social, novos hábitos de higiene, saúde, alimentação e também são encaminhadas para o mercado de trabalho.

A atuação consiste em proporcionar um Lar para as crianças e adolescentes, embora provisório, com características de proteção e moradia, visando à garantia de direitos familiares e comunitários, para seu desenvolvimento integral, sempre dando prioridade ao fortalecimento de vínculos com a família natural, extensa e a família substituta.

Busca-se atuar em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA e também com a Lei 12.010/2009 que dispõe sobre as novas regras de adoção: *“Toda a criança ou adolescente tem direito a ser criada e educada no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária...”* (ECA, 2012, art. 19, pg. 12). Tem o compromisso de reintegração familiar, seja no retorno para a família natural ou extensa, para que a medida de colocação em família substituta torne-se, de fato, excepcional.

O trabalho com as famílias é de primordial importância para a reintegração do menor acolhido. A realização de visitas domiciliares tem como objetivo conhecer o contexto social, sua história de vida e fazer o prognóstico acerca do caso. É realizada a inclusão também da família em programas socioassistenciais da rede de proteção dos municípios de origem da criança/adolescente.

Entrevista realizada com profissionais do CIACA: Assistente Social e Psicóloga.

Questões:

1. Quais as situações de risco mais ocorrentes que justificam o acolhimento institucional?

R: Mais recorrentes no Ciaca são as negligências, tais como: abandono afetivo, falta de cuidados com saúde, alimentação, educação da criança e do adolescente, pais com dependência química. Entre outras situações como violência física, violência sexual e psicológica.

2. Em média quanto tempo as criança ficam acolhidas?

R: A média vivenciada no Ciaca é de um ano de permanência, que para as nossas crianças e adolescentes é entendido como sendo um período curto, visto a média nacional ser maior e o período máximo previsto pelo ECA ser de dois anos.

3. Quais os prejuízos/benefícios vivenciados/verificados desencadeados pela demora no desfecho de ações de destituição/suspensão do poder familiar.

R: Observa-se com relação aos benefícios que as crianças e os adolescentes aprendem o que seria um ambiente saudável, vivenciam um outro modelo familiar, em que há respeito, regras, obrigações inerentes a sua idade, inclusive ajudam a arrumar suas roupas, organizar brinquedos, lavam louças, tarefas que fariam em casa normalmente, ou seja, as negligências cessam.

Mas o maior prejuízo da permanência sem dúvidas é a questão afetiva, pois a criança e o adolescente não tem o fortalecimento do vínculo familiar, o afeto dos pais, o carinho. Na visão da Psicóloga, a cada ano que a criança ou adolescente permanece acolhida, há 3 meses de atraso com relação ao desenvolvimento psicológico, psicomotor e afetivo.

Não há o apego saudável, nem o fortalecimento do vínculo familiar, que é de grande importância para o desenvolvimento de qualquer criança ou adolescente, pois

no acolhimento não há um figura definida, uma referência concreta para a criança, pois há várias crianças para serem cuidadas.

Segundo a Assistente Social, é muito importante que no período de permanência da criança ou adolescente em acolhimento, a família receba acompanhamento e seja incluída em programas de assistência social, para que, ocorrendo à reintegração da prole, a família esteja preparada para recebê-la e não acabe incorrendo nas mesmas negligências, e por fim, a criança ou adolescente volte para o acolhimento.

Em relação à rede de atendimento das Secretarias de Assistência Social, elas precisam trabalhar de forma conjunta, acompanhado as famílias mesmo depois de reintegrada a criança ou adolescente.

Ressalta ainda que é muito importante que o juiz acompanhe os casos dos acolhidos com muito apreço, pois entende que se as medidas anteriores não foram suficientes para manter os laços familiares, cabe a ele encontrar a medida mais favorável para que se possa relativizar o poder familiar, sendo este para o melhor interesse para criança e o adolescente.

4. As crianças e adolescentes querem ou não voltar para casa?

R: As crianças e adolescentes sempre perguntam dos pais e querem voltar para casa, e nestes momentos evidenciamos realmente, que cada criança ou adolescente precisa da figura dos pais, para sentir-se parte do mundo, para ter um porto seguro. Quando ocorrem esses questionamentos, conversamos com a criança ou adolescente e explicamos que estão acolhidos provisoriamente, para que os pais possam se reestruturar.

5. Que tipos de serviços/providências são ofertados pelo CIACA?

R: Uma vez acolhida, a criança ou adolescente recebe atendimento psicológico, pedagógico, social e outros encaminhamentos que se fizerem necessários como jurídico, farmacêutico, médico/hospitalar, fisioterápico, odontológico, fonoaudiólogo, e outras especialidades. A proposta fundamental deste acolhimento é fazê-lo o mais parecido possível como um lar, paralelamente, junto à convivência com a comunidade.

Análise dos Resultados

O entendimento mais comum que se tem de uma família é que esta, quando florida de filhos, se torne lar, berço de amor, atenção e proteção. E que nada seria mais

completo, seguro e querido que conviver com as pessoas que geraram a prole, ao menos aos olhos de uma criança, inocente e ignorante do mal que, por vezes, pode lhe cercar, dentro da própria casa.

Infelizmente, esta é a realidade de muitas famílias, as quais contaminadas pelo descaso, pelo desleixo nas questões mais básicas como alimentação e asseio, pela violência, pelo uso de drogas e álcool, pelo mal que toma conta dos adultos e que respinga nos mais indefesos, como citado pela doutrina e confirmado na entrevista.

E nestas horas, quando a permanência da prole incapaz de se autodefender, se torna deveras prejudicial para aquele ser em formação, é que o Estado precisa agir, adentrando no sagrado direito privado familiar e rompendo o poder que submete os filhos às crueldades dos genitores e mesmo da vida.

Logo, o Acolhimento Institucional, até então visto pela sociedade como um mal desnecessário, devida sua radicalidade em afastar os filhos dos braços da mãe e do pai, apresenta inúmeras vantagens aos abrigados, como se colhe da doutrina e das entrevistadas.

No CIACA, as crianças e os adolescentes aprendem o que seria um ambiente saudável, vivenciam outro modelo familiar, o da coletividade, o da colaboração, onde há respeito, regras, obrigações inerentes a sua idade, inclusive ajudam a arrumar suas roupas, organizar brinquedos, lavam louças, tarefas que fariam em casa normalmente, ou seja, as negligências educacionais cessam.

São favorecidas com rotinas como horários para refeições, períodos de estudos, de descanso, de tarefas, de recreação, dando-lhes maior segurança no amadurecimento de seu comportamento social.

São oferecidos lhes atendimento psicológico, pedagógico, social e outros encaminhamentos externos às dependências do Centro, que se fizerem necessários como educacional, jurídico, farmacêutico, médico/hospitalar, fisioterápico, odontológico, fonoaudiólogo, e outras especialidades. Segundo as entrevistadas, proposta fundamental deste acolhimento é fazê-lo o mais parecido possível como um lar, paralelamente, junto à convivência com a comunidade, cumprindo então com o direito previsto no artigo 19 do ECA (Princípio da Convivência Familiar e Comunitária).

Mas o maior prejuízo do acolhimento é, sem dúvidas, a questão afetiva, pois a criança não tem o fortalecimento do vínculo familiar, o afeto dos pais, o carinho. É preocupante a leitura apresentada pela Psicóloga, de que a cada ano que a criança permanece acolhido, há 3 meses de atraso com relação ao desenvolvimento

psicológico, psicomotor e afetivo. Isto porque lhes falta o apego saudável, o fortalecimento do vínculo familiar, que é de grande importância para o desenvolvimento de qualquer criança ou adolescente, já que no acolhimento não há uma figura definida, uma referência concreta para a criança, pois o atendimento permanentemente é coletivo.

Mesmo assim, ainda que o afastamento forçado dos pais, aos olhos dos filhos, lhes seja sofrido e renda questionamento do porque acontece essa ruptura, a conduta dos profissionais do CIACA é explicamos à criança e ao adolescente que sua permanência naquele local é provisória, para que os pais possam se reestruturar para recebê-los melhor de volta, ou seja, eles tem condições de perceber o mal que lhes cercava e que a volta, ainda que por vezes demorada, é necessária, de forma que lhes permita sentir-se parte do mundo, num porto seguro, dando-lhes esperança de que logo a vida voltará ao normal.

E ainda que a criança não perceba ou o adolescente questione, a medida de acolhimento só vem a proteger, como um mal necessário, enquanto garantidor do princípio do melhor interesse, previsto no artigo 100, parágrafo único, IV, do ECA.

Constatou-se por meio da entrevista o quão é importante que a família, pós acolhimento da prole, receba acompanhamento e seja inclusa em programas de assistência social, dentre outras medidas protetivas pertinentes aos pais, responsáveis ou outras pessoas encarregadas do cuidado de crianças ou adolescentes, conforme prevê o artigo 129 do ECA, para que, ocorrendo a reintegração dos filhos, esteja preparada para recebê-los e não acabe incorrendo nas mesmas negligências, sofrendo nova suspensão ou perda do poder familiar.

Este acompanhamento pelo Estado deve ser preventivo ao Acolhimento Institucional, cujos serviços precisam atuar em rede, por ações das Secretarias de Assistência Social, CREAS, CRAS, Conselho Tutelar, Ministério Público e Poder Judiciário, acompanhado as famílias mesmo depois de reintegrada a criança ou adolescente e não caia em recidiva. Na opinião das entrevistadas, é muito importante que o juiz acompanhe os casos dos acolhidos com muito apreço, pois se as medidas preventivas de acompanhamento, de orientação, e encaminhamentos médico, alimentar e pró-trabalho não foram suficientes para manter os laços familiares, cabe ao Magistrado decidir sobre a medida protetiva, dentre as previstas no artigo 98 a 102 do ECA, a mais favorável para salvaguardar o melhor interesse para criança e do adolescente.

Ademais, por meio da entrevista, verificou-se que a permanência dos menores sob acolhimento se mostra breve, em média um ano, o que também favorece para que as eventuais desvantagens tomem proporções ainda maiores.

Logo, foi possível aferir resposta ao questionamento principal deste estudo, no sentido de serem, as consequências da medida de acolhimento institucional, mais benéficas que maléficas, se observados de frente às situações de risco vivenciadas por crianças e adolescentes, a quem, o maior prejuízo com o acolhimento está no desmantelamento do sentimento de pertencimento à uma família, enquanto não receberem visitas dos familiares, além da dor da saudade.

Considerações Finais

Situação de Risco é a palavra motivadora para a tomada de medidas protetivas previstas no artigo 98 a 102 do ECA, pelo Poder Judiciário. Contudo, dentre todas as elencadas, a mais drástica está no Acolhimento Institucional mais conhecido como acolhimento, como destino provisório de crianças e adolescentes que tiveram o poder dos genitores suspenso ou destituído, enquanto vivenciavam situações perigosas à sua dignidade, segurança, desenvolvimento e até à própria vida.

Nesta pesquisa foi possível esclarecer que a atuação do Poder Judiciário bem como de seus parceiros na luta de defesa de crianças e adolescentes, por parecer maléfica e autoritária enquanto interfere na condução dos hábitos e rotinas familiares, é um mal necessário, pois salva seres humanos em formação que podem não entender a gravidade da situação em que vivem, por vezes desconhecerem outro modelo ou opções de convivência.

E tal ingerência ocorre no direito privado pelo Poder Judiciário e demais atores desta difícil tarefa, objetivando garantir a aplicação dos princípios do melhor interesse, da dignidade e da proteção integral destas pessoas em processo de formação.

Assim, por tratar-se a Suspensão, Destituição do Poder Familiar e Acolhimento de temas bastante amplos, sugere-se novas investigações a respeito, como por exemplo, o tempo de permanência no Acolhimento quando não há reintegração familiar, o papel da família extensa frente o Acolhimento, o momento de encaminhamento para a adoção, etc., já que a todos interessa o resultado do serviço público prestado em prol da sociedade.

Referências

BRASIL. **Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____, **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____, **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

BARBOSA, Cecília Pinheiro. **Dignidade da pessoa humana no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente.** Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12452 > Acesso em: 12 out. 2017.

BELO, Luciana. **A excepcionalidade e provisoriedade do acolhimento institucional nas medidas de proteção à criança.** Disponível em: < <https://lucianaderbe.jusbrasil.com.br/artigos/213902440/a-excepcionalidade-e-provisoriedade-do-acolhimento-institucional-nas-medidas-de-protecao-a-crianca> > acesso em: 12 nov. 2017.

CALDERÓN, Ricardo. **Socioafetividade e multiparentalidade acolhidas pelo STF.** Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI246906,81042-Socioafetividade+e+multiparentalidade+acolhidas+pelo+STF> > Acesso em: 03 jan. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUIZES. CNJ serviço: entenda o que é suspensão, extinção e perda do poder familiar. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80757-cnj-servico-entenda-o-que-e-suspensao-extincao-e-perda-do-poder-familiar> >. Acesso em: 12 nov. 2017.

CURY, MUNIR. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado.** 12ª ed. atual. São Paulo. Malheiros. 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 22ª ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva. 2007. v.5.

FRIGATO, Elisa. Poder Familiar - Conceito, característica, conteúdo, causas de extinção e suspensão - Disponível em
<<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6447/Poder-Familiar-Conceito-caracteristica-conteudo-causas-de-extincao-e-suspensao>> **Acessado em 07/11/2017.**

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso.** 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008, p. 80

GIL, Antônio C. **Métodos e técnicos de pesquisa social.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GONÇALVES, Camila de Jesus Mello, Breves Considerações Sobre O Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Do Adolescente. Disponível em:
http://www.editoramagister.com/doutrina_23385195_BREVES_CONSIDERACOES SOBRE_O_PRINCIPIO_DO_MELHOR_INTERESSE_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE.aspx> Acesso em: 12 nov. 2017.

KAUARK, Fabiana. **Metodologia da pesquisa: guia prático**/Fabiana Kauark Fernanda Castro Manhães e Carlos Henrique Medeiros.-Itabuna: Via Litterarum, 2010.

MACIEL, Kátia Regina Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos.** 9. ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2016.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL. Centro de Referência de Assistência Social – Cras. Disponível em: <
<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/cras> >. Acesso em: 12 nov. 2017.

_____. **Centro de Referência Especializado de Assistência Social - Creas. Disponível em: <**
<http://mds.gov.br/assuntos/assistencia-social/unidades-de-atendimento/creas> >. Acesso em: 12 nov. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. A lei garante o direito à convivência familiar e comunitária. Disponível em: <<http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das->

[criancas/convivencia-familiar-e-comunitaria/a-lei-garante-o-direito-a-convivencia-familiar-e-comunitaria](#)>. Acesso em: 12 nov. 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 10ª ed. rev. atual. Ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2016. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Comentado**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

OLIVEIRA, Sílvio Luiz de. **Metodologia científica aplicada ao direito**. São Paulo: PioneiraThomson Learning. 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 7ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro. Forense. 2009.

RODRIGUES, Lincoln Almeida. Dignidade da Pessoa Humana: do conceito a sua elevação ao status de princípio constitucional. Disponível em:

<https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7021>. Acesso em: 12 out.

2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SHIKICIMA, Nelson Sussumu. **Sucessão dos ascendentes na multiparentalidade - Uma lacuna a ser preenchida**. Revista ESA. Formatos Familiares Contemporâneos. Inverno Ano V, nº 18, 2014.

SOUZA, G. de. (Org.). **Educar na Infância: perspectivas histórico-sociais**. São Paulo: Contexto, 2010.

SUZIGAN, Thábata Fernanda. **Filiação socioafetiva e a multiparentalidade**. Disponível em: < <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9204/Filiacao-socioafetiva-e-a-multiparentalidade>> Acesso em: 12 nov. 2017.

TAMASSIA, Maria Júlia Pimentel. **O Poder Familiar Na Legislação Brasileira**. Disponível em: < http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2014/07/poder_familiar.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método. 2015. v.5

ULIANA, Maria Laura. **Princípios orientadores dos direitos da criança e do adolescente**. Disponível em: <<https://mlu25.jusbrasil.com.br/artigos/450052432/eca-principios-orientadores-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente>> Acesso em: 12 nov. 2017.

ZAINAGHI, Maria Cristina. **Medidas Preventivas e Punitivas do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8201-8200-1-PB.htm>>. Acesso em: 03 jan. 2018.

Capítulo 9

A APLICAÇÃO DE CLÁUSULA PENAL EM PACTO ANTENUPCIAL

Luiz Paulo Laureano
Márcia Zomer Rossi Mattei
Vilmar Vandresen

Resumo: este estudo trata da eventual possibilidade de estipulação de cláusula penal em pacto antenupcial. O objetivo da pesquisa está em conferir, por meio dos estudiosos no tema, como o direito brasileiro tem disciplinado a aplicabilidade de cláusula penal em pacto antenupcial, vez que este instrumento vinculado ao casamento, historicamente, tem servido apenas para comportar ajustes patrimoniais. Para tanto, utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica em busca de referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações concretas sobre o problema. Resultou clara divisão doutrinária a respeito da aplicação deste instituto, bastante tímida em acolher o uso de cláusula penal no Pacto, tendo em vista entenderem que documento se limita a receber estipulações patrimoniais para regular o Regime de Bens escolhido, e quando a doutrina se manifesta favorável à elasticidade desta possibilidade, adverte sempre o necessário respeito às normas cogentes e às garantias fundamentais, sob pena de nulidade da cláusula penal convencionada.

Palavras-chave: Pacto Antenupcial, Cláusula Penal, Relações Conjugais, Responsabilidade Civil.

THE CRIMINAL CLAUSE APPLICATION ON PRE-MARRIAGE PACT

Abstract: this study deals with the possible possibility of stipulation of penal clause in prenuptial agreement. The objective of the research is to confer, through scholars on the

theme, how Brazilian law has disciplined the applicability of a prenuptial agreement in the prenuptial pact, since this marriage-related instrument has historically served only to bring about equity adjustments. In order to do so, we used as a method the bibliographic search in search of theoretical references published with the objective of collecting concrete information about the problem. There was a clear doctrinal division regarding the application of this institute, which was quite timid in accepting the use of a criminal clause in the Covenant, in order to understand that document is limited to receiving patrimonial stipulations to regulate the Regime of Assets chosen, and when the doctrine appears favorable to the elasticity of this possibility, always warns the necessary respect to the cogent norms and fundamental guarantees, under penalty of nullity of the agreed criminal clause.

Keywords: pre-marriage pact, criminal clause, marriage relationship, civil responsibility.

Introdução

O presente estudo traz como tema “A aplicação de cláusula penal em pacto antenupcial”. Porém, antes de chegar à conclusão pelo cabimento ou não da reprimenda no acordo pré-conjugal, é necessário indicar a natureza jurídica de cada um dos institutos jurídicos. Primeiro serão exploradas as peculiaridades da cláusula penal e depois do pacto antenupcial. Antes de abordar o conceito de cláusula penal, precisa-se situá-la dentro da estrutura do negócio jurídico. Geralmente, os elementos do negócio jurídico são classificados em três categorias: 1) elementos gerais (comum a todos os negócios); 2) elementos categoriais (próprios de cada tipo de negócio); 3) elementos particulares (aqueles que existem em um negócio determinado sem serem comuns a todos os negócios ou a certos tipos de negócio). Este trabalho se delimitará apenas sobre os elementos particulares do negócio jurídico que têm característica essencial o fato destes serem voluntários. Tal característica se reflete no grande número de cláusulas ou estipulações acessórias que variam intensamente. Sobre as cláusulas acessórias, há que diferenciá-las entre típicas e não típicas. São típicas as que são disciplinadas na lei ou no trato jurídico cotidiano (essas últimas são classificadas como socialmente típicas e as primeiras, como juridicamente típicas). Entre as cláusulas acessórias típicas, tem-se: a condição, termo, arras, e a própria cláusula penal; esta última que será o foco deste estudo.

Essa introdução é necessária apenas para recordar que a cláusula penal, bem como as demais estipulações calcadas dentro do âmbito dos elementos acidentais do negócio jurídico, somente é inserida no negócio porque é fruto da vontade das partes que as inseriu.

Há de se investigar, então, como o Direito tem recebido esta convenção, quais seriam as causas e penalidades admitidas e se há limites para as imposições a serem escritas no pacto?

Como norte a seguir, tem-se por objetivo geral conferir como o direito brasileiro, por meio dos estudiosos no tema, tem disciplinado a aplicabilidade de cláusula penal em pacto antenupcial, vez que este instrumento vinculado ao casamento, historicamente, tem servido apenas para comportar ajustes patrimoniais.

Como objetivos específicos sentiu-se a necessidade de encontrar assento do tema junto a teoria das obrigações e da Responsabilidade Civil; confrontar o regramento genérico civilista com o regramento especial do Direito de Família, conferindo a viabilidade legal para a imposição da cláusula penal; confirmar com a doutrina e jurisprudência a eventual aplicação do instituto indicado como tema.

Justifica-se o estudo deste tema pela necessidade de o casal de viver em ambiente seguro, onde estejam claros os direitos e deveres de cada um e que a conduta destes não traga perigo à dignidade e desenvolvimento da prole.

O Pacto Antenupcial é de suma importância para o estabelecimento do equilíbrio da relação matrimonial, sendo que a família é a base de toda e qualquer sociedade, e tal instrumento jurídico pode servir para o bem viver do casal, interessando então a todos que optarem pela vida a dois.

Conceito e Origem da Cláusula Penal no Direito Civil Brasileiro

O Código Civil (Lei Nº 10.406/2002) não define um conceito para a cláusula penal, cabendo à doutrina esta tarefa.

Também referida como “pena convencional” na redação do artigo 416 do Código Civil, significa a imposição de punição, em dinheiro ou outra obrigação, para aquele que descumprir com as obrigações principais combinadas entre os agentes, ou seja, é uma obrigação acessória, que tem por finalidade, inibir a quebra das regras mútuas previamente estipuladas.

França (1988, p.7) formula o seguinte conceito:

“A cláusula penal é um pacto acessório ao contrato ou a outro ato jurídico, efetuado na mesma declaração ou declaração à parte, por meio do qual se estipula uma pena, em dinheiro ou outra utilidade, a ser cumprida pelo devedor ou por terceiro, cuja finalidade

precípua é garantir, alternativa ou cumulativamente, conforme o caso, em benefício do credor ou de outrem, o fiel cumprimento da obrigação principal, bem assim, ordinariamente, constituir-se na pré-avaliação das perdas e danos e em punição do devedor inadimplente”.

A cláusula penal tem sua origem na *stipulatio poenae* romana que por sua vez passou por acentuadas mudanças até chegar ao atual formato. Tinha como objetivo garantir a execução da obrigação principal e atribuir o dever de reparação ao devedor, caso não cumprido o acertado, sem atribuição do ônus da prova ao credor.

Objetivos da Cláusula Penal e Aplicação nos Contratos

O objetivo da cláusula penal é assegurar que, ao menos, parte dos prejuízos sejam recompostos caso uma das partes não cumpra o contrato. Nesse caso, a multa é estabelecida pelo Código Civil, determinando no artigo 409 que tal imposição pode se referir à inexecução completa da obrigação, de alguma cláusula especial ou à mora.

De acordo com o artigo 412 do mesmo Código, o valor da multa imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, o que marca a sua acessoriedade.

Há dois tipos de cláusula penal: a compensatória, que gera multa por descumprimento total ou parcial das obrigações previstas em leis ou contratos, e outra, na hipótese de mora (atraso).

No Direito Civil, a cláusula é elaborada com base em um valor previamente estipulado pelas próprias partes contratantes a título de indenização para o caso de descumprimento culposo da obrigação.

Normalmente, este instituto é largamente usado no campo dos Contratos, com previsão expressa no capítulo pertinente junto ao Código Civil, ou seja, no campo das relações contratuais em nada é estranho se utilizar deste instrumento. O que se argumenta é se em sede de Direito Familiar também seria válido o emprego desta ferramenta e em quais situações seria admitida, considerando a natureza contratual que também marca o instituto do casamento e da União Estável.

Responsabilidade Civil e a Incidência da Cláusula Penal

A responsabilidade civil parte da regra de que todo aquele que violar um dever jurídico através de um ato lícito (art. 188, inciso II do Código Civil) ou ilícito (art. 186 c/c 927), resultando em dano, tem a obrigação de repará-lo, pois todos têm um dever

jurídico originário: o de não causar danos a outrem; e ao violar este, passa a ter um dever jurídico sucessivo, o de reparar o dano que foi causado.

Pois bem, importa estabelecer um elo entre o dever de indenizar o dano causado e a cláusula penal, previamente colocada no arranjo contratual entre as partes, de forma que haja comunicabilidade entre estes dois institutos jurídicos, já que para se exigir esta última, o Direito Contratual não exige a ocorrência de dano, como se pode conferir do caput do artigo 416 do Código Civil.

Ou seja, para ser exigida a cláusula penal nos negócios jurídicos, basta haver o descumprimento de alguma das obrigações principais, ainda que tal descumprimento não traga prejuízo algum, cumprindo simplesmente com sua função punitiva.

Mas, da interpretação da parte final do parágrafo único do artigo 416 do Código Civil é possível se conferir uma roupagem diferente à cláusula penal, no sentido de elastecer sua função punitiva para a compensatória, diante de evidente prejuízo causado pelo agressor da norma contratual:

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. **Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.** (grifado)

Observa-se da redação que, se no acordo houver menção expressa de que a cláusula penal não esgota a possibilidade de se reclamar por perdas e danos contra o ofensor, tal pena convencional passa a ser parte da indenização a que teria direito a vítima, diante do prejuízo que suportar com o descumprimento da obrigação principal.

Logo, a cláusula penal assume caráter compensatório e integra o sistema da Responsabilidade Civil, fazendo parte da quantia a ser indenizada ao que suporta o dano causado pelo outro.

Entretanto, há posicionamentos doutrinários de que as partes estariam limitadas à quantia indicada na cláusula penal, como a única ser reclamada no campo de Responsabilidade Civil.

É o que diz o seguinte entendimento:

“O credor, nessas relações contratuais, em caso de inadimplemento absoluto pode ajuizar uma ação de resolução contratual cumulada com pedido de recebimento da cláusula penal compensatória. **Dessa forma, denota-se que a cláusula penal compensatória é substitutiva, porque ao invés das perdas e danos, pede-se ao juiz que execute a cláusula penal**

compensatória. Ela substitui a obrigação principal, pois o credor receberá a multa prevista na cláusula penal compensatória (art. 410 do CC). Quando duas pessoas se obrigam por um contrato e nele inserem uma cláusula penal compensatória, elas estão se negando a discutir perdas e danos. Nesse contrato, se houver inadimplemento absoluto, por mais que as perdas e danos sejam enormes, o devedor só estará obrigado a pagar ao credor o valor prefixado na cláusula penal compensatória. Se houve o acerto de uma cláusula penal, as partes estão proibidas de discutir perdas e danos”. (CARVALHO, [200-?]) (grifado)

De toda forma, complementar ou substitutiva das perdas e danos, dá-se à cláusula penal uma espécie de natureza indenizatória, já que fará parte da compensação dos danos suportados pelo ofendido, integrando então o sistema da Responsabilidade Civil.

Responsabilidade Civil nas Relações Familiares

Segundo o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.511 diz: “*o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges*”. Atribui-se direitos e deveres iguais para ambos os cônjuges e a infringência de qualquer desses incide diretamente nas normas estabelecidas pelo instituto da Responsabilidade Civil.

O artigo 1.566 prevê: “*São deveres dos cônjuges: I- Fidelidade recíproca; II- Vida em comum; no domicílio conjugal; III- Mútua assistência; IV- Sustento, guarda e educação dos filhos; V- Respeito e consideração mútuos*”.

Qualquer desacordo com essas normas motiva o interessado à separação por ser impossível a convivência sob o mesmo teto e requerer também danos morais.

O inciso I trata da infidelidade, o adultério, que na esfera penal não mais se caracteriza como crime, afinal foi revogado pela lei 11.106/05, porém, é indubitável o efeito em matéria civil. Considera-se infidelidade o interesse de satisfazer os desejos sexuais com um terceiro fora do casamento.

O inciso II trata da vida comum no domicílio conjugal, que se dá pela necessidade do casal ter um domicílio onde os mesmos possam ficar e viver juntos, e essa convivência ensejaria também o dever de satisfazer reciprocamente as necessidades carnis. O abandono de lar injustificado e a recusa da conjunção carnal são omissões do dever de coabitação, contudo, ninguém pode ser obrigado a manter relações sexuais sob pena de violar o direito à liberdade individual. Portanto, a sanção

pela violação do dever de manter relações somente ensejará na separação e na prestação de alimentos, mas não resultará em danos de ordem moral. No entanto, “[...] o abandono do lar faz cessar a obrigação de alimentos por parte do outro, pois, quando o cônjuge abandona o lar se presume que este desconstituiu o caráter familiar”. (DANTAS, 2014)

A mútua assistência é a união material e espiritual. O casamento não deve se consubstanciar apenas no quesito material, a afeição é importante para a construção de um lar com paz e harmonia. A teoria da afetividade é decisiva na assistência recíproca, pois se presume que na ausência de afeto, tudo entre o casal é motivo de discórdia. Já o sustento, a guarda e educação dos filhos é outro dever a ser cumprido pelos cônjuges. O Estatuto da Criança e do Adolescente impõe aos pais o dever de sustento, guarda e educação da prole; a omissão poderá acarretar responsabilidades no âmbito civil e penal, podendo se caracterizar crime de abandono material e intelectual (art. 244 e 246 CP), e a prestar alimentos.

No inciso V do referente artigo se discorre sobre o respeito e considerações recíprocas nas relações conjugais. Engloba vários aspectos: a honra, o respeito, a integridade física e psíquica, a liberdade, ou quaisquer violações dos direitos da personalidade. Diante da isonomia dos direitos e deveres nas relações conjugais é vedado o poder de imposição ou de chefia, tal comportamento pode acarretar no descumprimento do dever de respeitar o outro se tornando um fator que contribui para as dificuldades das relações conjugais, podendo tornar a vida em casal perigosa. A transgressão pode gerar o dever de indenizar o cônjuge que sofreu o dano.

Ressalta-se que a simples violação dos deveres supramencionados não é suficiente para pleitear indenização por danos morais; para que se caracterize a responsabilidade civil é preciso que haja requisitos próprios do instituto, que são: dano, conduta ilícita e nexa causal (art.186 c/c 927 do Código Civil).

Neste sentido:

O código civil de 2002 trouxe elencados no artigo 1566 os direitos e deveres dos cônjuges, o descumprimento de qualquer desses deveres acarreta o encargo de indenizar, se afluindo aí a fonte geradora da responsabilidade civil. A reparação civil se consubstancia no ato de reparação de dano visando a reconstituição do equilíbrio moral ou patrimonial pelo autor do ilícito, incidindo diretamente no seu próprio patrimônio. **O instituto da responsabilidade civil se adentra no direito de família justamente para impedir a impunidade dos atos ilícitos no tocante às relações de família da sociedade moderna. A reparação tem como escopo a compensação pecuniária, pois não se fala em reparação, tendo em vista a natureza do dano que**

integra os direitos da personalidade e não seu patrimônio, sendo que tais valores, considerando o seu campo de ofensa inerente à honra subjetiva e também objetiva do indivíduo, serve apenas como paliativo para a dor e o sofrimento causado pelo autor do dano ao cônjuge. Surge aí o atrativo para adentrar plenamente no tema que discorre sobre instituto de responsabilidade civil no âmbito do direito de família, envolvendo, preferencialmente, as relações dos cônjuges a partir da intenção de constituir família até a sua dissolução ensejando direitos e deveres para ambos. (grifado) (DANTAS, 2014)

Mais especificamente sobre a ocorrência de dano moral nas relações familiares, explica:

Hoje em dia, é reconhecida uma espécie peculiar de dano moral, chamado dano moral afetivo. Dano moral lato sensu é aquele dano que incide sobre o ânimo psíquico, moral e intelectual de uma pessoa. Ocorre por meio de uma ofensa à honra, à intimidade etc. Dano moral afetivo seria uma espécie de dano moral que incide sobre relações afetivas reguladas pelas leis do direito de família, como o casamento, a união estável e a filiação, dentre outros.(...) No casamento, uma ofensa à moral de um cônjuge pode causar uma reparação civil. Em relação aos deveres do matrimônio, o Tribunal de Justiça de Goiás já decidiu que "o que se busca com a indenização dos danos morais não é apenas a valoração, em moeda, da angústia ou da dor sentida pelo cônjuge traído" (apelação cível 133775-5/188). Em uma relação de filiação, como se sente o filho que é abandonado pelo pai? O STJ já disse que o abandono parental pode ser indenizado com base no dano moral (REsp 1159242/SP, rel. ministra Nancy Andrighi). Como se pode ver, o Poder Judiciário, escutando os anseios da sociedade, vem evoluindo sua interpretação sobre a existência de conexão entre o direito da responsabilidade civil e o direito de família. Não que a lei se omita. A legislação sobre responsabilidade civil existe. O caso é que ela também se aplica a fenômenos sociais danosos decorrentes da afetividade familiar. (...) O fato é que o Poder Judiciário vem dando uma interpretação extensiva à responsabilidade civil, fazendo-a chegar até às íntimas relações familiares, ou seja, está se aproximando da moralidade, sua verdadeira fonte. (...) (RIZZARDO FILHO, 2013)

Ainda, Cardin defende a incidência da Responsabilidade Civil nas relações afetivas, como instrumento para fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano, além de ter caráter pedagógico, próprio do instituto jurídico:

A constitucionalização do direito de família valorizou o vínculo de afetividade e solidariedade entre os familiares, podendo estes exigirem responsabilidade por danos morais por atos cometidos em detrimento dos outros. Saliente-se: a lesão produzida por um membro familiar a outro é gravame maior do que o provocado por um terceiro, ante a situação privilegiada que aquele desfruta em relação a este, o que justifica a responsabilidade civil. Em sendo negada a reparação causada

por um familiar ao outro, estimular-se-ia a sua reiteração, que, certamente, aceleraria o processo de desintegração familiar. Assim, o dano causado no seio familiar funciona para fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano, além de ter caráter pedagógico. A indenização não elimina sequelas, mas por meio dela os danos podem ser minorados por tratamentos psicológicos e por uma vida melhor. A responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser analisada de forma casuística, com provas irrefutáveis para que não ocorra a sua banalização, uma vez que ocorrem conflitos passageiros, como a raiva, a mágoa, a vingança, a inveja, etc. ([CARDIN](#), 2012)

Entendendo por certa limitação para o uso da Responsabilidade Civil nas relações familiares, Dias defende:

Impositivo é distinguir a natureza do dano. Quando decorre da prática de ato ilícito, sempre gera obrigação indenizatória. Já a anulação do casamento, por erro essencial ou infração dos deveres do casamento, mesmo que torne insuportável a vida em comum e leve à dissolução do vínculo conjugal, nem por isso autoriza qualquer reparação. Porém, os danos decorrentes de agressões e injúria, por exemplo, são indenizáveis, quer tenham sido causados ao cônjuge, quer a qualquer pessoa. Comprovada a prática dolosa ou culposa de ato ilícito (CC 297), o infrator está sujeito a indenizar não só os danos físicos, mas também os psíquicos e morais. (DIAS, 2010, p. 117-118)

É preciso se analisar cada caso concreto com cautela. O ônus da prova tanto do dano sofrido quanto da culpa inserida no ato danoso incumbe ao cônjuge inocente, o que por vezes dificulta a aplicação do direito.

As consequências da quebra dos deveres legais impostos aos contraentes do Casamento e da União Estável

A legislação mudou muito com relação ao divórcio, principalmente com a emenda 66/2010, que possibilita a dissolução do casamento independente de motivação ou demonstração de culpa. Desta forma, restaria a necessidade de analisar a culpa tão somente para fins de aplicação da Responsabilidade Civil para a indenização por dano moral e material decorrente do ato violento, sofrimento, constrangimento ou humilhação sofrida pelo cônjuge lesado.

Diversos deveres são impostos pela lei àqueles que optam por viver a dois, a fim de equilibrar direitos e deveres entre ambos na relação conjugal. Tais deveres são reavivados entre ambos quando decidem e declaram a vontade de formar uma família, deixando o plano legal hipotético para um real negócio jurídico- afetivo familiar. E o desrespeito a tais deveres agora assumidos mutuamente, além de motivarem o

desfazimento do negócio jurídico que os unia, pode desencadear danos de toda a ordem, desde que se apure a culpa por tais prejuízos, dentre dos requisitos regulados pela Responsabilidade Civil.

Conforme o entendimento abaixo:

Quando se fala em família, logo vem em mente o sinônimo de afeto, amor, zelo e preocupação. Há muitos casos e jurisprudências no tocante ao abandono afetivo filial, mas porque não mencionar também o abandono afetivo do marido para com a esposa na relação conjugal? Ou até mesmo o contrário, já que a família evoluiu, a mulher conquistou seu espaço e direitos deixando de ser exclusivamente vítima. Não se pode culpar exclusivamente o traidor, pois numa relação afetiva nem o próprio sujeito às vezes consegue identificar a causa do seu mau comportamento. Óbvio que quando a culpa surge de forma elucidativa, assim como o dever de indenizar nas agressões físicas não se justificam independentemente do comportamento do agredido. Não há dever, como dito acima, no desamor, no fim de uma relação, pois muitas vezes as mágoas, decepções e frustrações não podem ser imputadas com o dever indenizatório, pois decorrem da relação do casal em sua forma mais intrínseca. O cônjuge que se sentir prejudicado e humilhado no caminhar da relação pode se valer da tutela jurisdicional com a finalidade de que o estado consiga restabelecer a dignidade da pessoa humana, transgredida no direito em questão, por meio de suas decisões coercitivas de indenizações pecuniárias. O magistrado mensura o dano sofrido pela vítima e a prática não satisfatória do afeto àqueles que nos cercam no seio familiar e aí diz se o caso é ou não passível de compensação. (DANTAS, 2014)

De tal modo, o mesmo vale para a união estável, já que os deveres elencados tanto no art. 1.724 (para a união estável) quanto no art. 1566 (para o casamento) do Código Civil são praticamente os mesmos. Também há que se observar que os impedimentos para a união de pessoas são os mesmos para ambos os institutos, conforme o art. 1521.

Sobretudo, o Supremo Tribunal Federal ao julgar os Recursos Especiais n.646.721 e n.878.694, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 1.790 CC e proclamou a seguinte tese (repercussão geral): “No sistema constitucional vigente é inconstitucional a diferenciação de regime sucessório entre cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil”. Assim, não restando diferenças consideráveis entre os dois modelos de união.

Assim, tais deveres estabelecidos pela lei, na eventualidade de serem descumpridos, podem desencadear a separação do casal, quando a afetividade é atingida com o comportamento desregrado de um ou ambos. Na mesma esteira, caso este comportamento gere danos materiais ou morais ao ofendido, tem-se admitido a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, com caráter compensatório.

Em geral, vê-se que a doutrina tem considerando que o dano moral deve ser indenizado na constância do casamento e da união estável nos seguintes casos: crimes de homicídio; contra a honra; lesões corporais; contaminação pelo vírus da AIDS; falta do dever de assistência material; lesão deformante; adultérios; maus tratos; transmissão de doenças venéreas; sevícias, difamação e injúria, entre outras ações.

Diniz (2005, p. 177-178) traz outras situações aptas a ensejar danos aos cônjuges ou companheiros na dissolução da sociedade ou vínculo conjugal.

Eis alguns dos exemplos mencionados pela referida doutrinadora: dissabor por impotência *coeundi*; sadismo erótico, prática sexual anormal ou vexatória; recusa infundada ao débito conjugal; revelação de fatos ou segredos pessoais; exposição do cônjuge a companhias degradantes; não cumprimento dos deveres conjugais lesivo ao direito da personalidade do cônjuge, causando-lhe humilhação ou lesão na sua saúde física e mental; privação de convivência com os filhos, etc.

Diante destas possíveis causas de constrangimento e dano moral, os nubentes são motivados a, como forma de precaução, dispor sobre tais condutas e suas punições, no campo da Responsabilidade Civil, através de imposição de cláusula penal no pacto antenupcial, quando a união for selada pelo casamento.

A Cláusula Penal no Pacto Antenupcial como Instrumento para a aplicação da Responsabilidade Civil no Casamento

O regime de casamento mais comum no Brasil, atualmente, é o da comunhão parcial de bens, eleito como o “regime legal” entre os cônjuges, eis que exerce efeitos automaticamente com o casamento, caso os nubentes não se manifestem pela escolha de outro regime.

E para que haja tal escolha, é preciso que este seja previsto em um acordo prévio entre os futuros cônjuges.

O pacto antenupcial é esse documento, utilizado para estipular questões patrimoniais referentes ao casamento. É nele que o casal define o regime de bens que

melhor se ajusta às suas necessidades: comunhão universal, separação de bens ou participação final nos aquestos, como se pode conferir do artigo 1.640 do Código Civil.

Também é um instrumento eficiente para evitar discussões no futuro e também serve para estabelecer as repercussões desejadas para as questões que envolvam herança; servindo também para esclarecer os direitos e os deveres sobre a administração do patrimônio adquirido.

Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 29) catalogou como “aceites os seguintes dados para a avaliação do dano moral”: o grau de culpa e a intensidade do dolo (grau de culpa); a situação econômica do ofensor; a natureza a gravidade e a repercussão da ofensa (a amplitude do dano); as condições pessoais da vítima (posição social, política, econômica); a intensidade do seu sofrimento.

Quanto a possível “precificação” do dano moral antes mesmo dele acontecer, eis que aos contraentes é livre estipularem obrigações contratuais, desde que não abusivas ou que desrespeitem norma de ordem pública, podendo futuramente ser rediscutido o valor previamente indicado pelas partes, por novo ajuste consensual ou por sentença judicial, considerando as circunstâncias em que o fato lesivo ocorra.

Logo as circunstâncias consideradas largamente como elementos objetivos e subjetivos de concreção, pela doutrina e jurisprudência são: a) a gravidade do fato em si e suas consequências para a vítima (dimensão do dano); b) a intensidade do dolo ou o grau de culpa do agente (culpabilidade do agente); c) a eventual participação culposa do ofendido (culpa concorrente da vítima); d) a condição econômica do ofensor; e) as condições pessoais da vítima (posição política, social e econômica).

No conceito de Lira, “o Pacto Antenupcial é um “contrato” (ou “negócio jurídico”) através do qual os então noivos, antes do matrimônio, dispõem livremente sobre o regime de bens que será adotado no casamento”. (LIRA, 2015)

Tal instrumento está regulado pelos arts. 1653 a 1657 do Código Civil Brasileiro e é obrigatório sempre que os nubentes optem por um regime de bens diverso do “regime legal” (comunhão parcial de bens).

É um negócio jurídico bilateral com nítido caráter negocial, onde prevalece a autonomia privada dos nubentes, devendo o estado intervir o mínimo possível em sua celebração, impondo apenas alguns limites legais, como nas situações em que o casamento deve adotar o regime obrigatório da separação de bens (art. 1.641 do CC).

Nele, portanto, os noivos podem dispor livremente sobre o regime de bens que será adotado. Mas questiona-se o limite quanto aos tipos de matérias que poderiam

ser convencionadas, no interesse das partes, desde que não afrontem dispositivo de lei e garantias fundamentais.

Comungando desta opinião:

“As cláusulas que versam sobre direito patrimonial e circulação de riquezas são as mais comuns, porém quaisquer relações do casal podem ser objeto do pacto antenupcial, desde que não afrontem dispositivo de lei e garantias fundamentais. (...) Como exemplo: nulas são as cláusulas que retirem o poder familiar da mãe ou pai, que altere a ordem de vocação hereditária, que proíba o divórcio, que afete a dignidade de um dos nubentes, que dispense o direito a alimentos e mútua assistência, etc. Tais cláusulas serão nulas, porém o Pacto continuará sendo válido em relação às demais cláusulas. No pacto antenupcial, pode conter cláusulas que disciplinem doações entre os cônjuges ou deles para terceiros (filhos), compra e venda, cessão de direitos, permuta, etc. (...) É possível inclusive que um terceiro faça parte da celebração do pacto antenupcial, como quando esse terceiro for um doador em favor do casal”. (LIRA, 2015)

No entendimento de Gonçalves (2015, p. 629), “as estipulações permitidas (no pacto antenupcial) são as de caráter econômico, uma vez que os direitos conjugais, paternos e maternos, são normatizados, não se deixando a sua estruturação e disciplina à mercê da vontade dos cônjuges”.

Já, ensina Venosa (2015, p. 363) que os cônjuges não são obrigados a elaborar escritura antenupcial. “No entanto... têm ampla oportunidade de fazê-lo, adotando os demais regimes de bens descritos pelo legislador ou combinando-os entre si. Os únicos obstáculos serão as normas de ordem pública”.

Mas que obstáculos seriam esses, identificados como normas de ordem pública?

Regra de ordem pública é a norma inafastável pela vontade das partes, a fim de se garantir o mínimo de segurança jurídica quanto à cultura e o interesse social.

Um bom entendimento sobre norma de ordem pública foi traduzido por TARANTA (2008), no sentido de que:

(...) as normas de ordem pública, tanto no direito interno como no direito internacional, constituem os princípios indispensáveis para organização da vida social, conforme os preceitos do direito, consubstanciando um conjunto de regras e princípios, que tendem a garantir a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade.

As regras de ordem pública existem no Direito Público, bem como no Direito Privado, e no âmbito do Direito de Família, como exemplos, os impedimentos no casamento e as regras de incapacidade. Também a convenção no Pacto que elimina a

necessidade da outorga uxória para alienação de bens imóveis por parte do marido, por exemplo, é nula independente do regime de bens, porque tal imposição legal se eleva na necessária tutela ao patrimônio da família e, virtualmente, da prole.

Ainda, será considerada a ineficácia da previsão no Pacto, se a convenção antenupcial preconizar o regime da comunhão universal de bens ou da comunhão parcial de bens, quando deveria forçosamente efetuar-se pelo regime de separação de bens (ex: art. 226 do C.C.).

Ou seja, a liberdade de ajuste dos direitos e deveres entre os pactuantes é limitada, pois conforme dispõe o art. 257 do Código Civil, será considerada não escrita a convenção ou cláusula que prejudique os direitos conjugais, ou paternos, ou que contrarie disposição absoluta e cogente da lei.

Logo, há posicionamentos favoráveis ao elastecimento de assuntos a serem tratados no pacto, outros não, ao defenderem que a finalidade do pacto é exclusivamente regular o regime patrimonial dos cônjuges.

Adotando uma postura mais liberal, Maria Berenice Dias (2010, p. 228) defende a idéia de que as estipulações a constarem no pacto podem transcender a natureza patrimonial, vejamos:

“Nada impede que os noivos disciplinem também questões não patrimoniais. Se a lei impõe deveres e assegura direitos ao par, não há qualquer impedimento a que estipulem encargos outros, inclusive sobre questões domésticas”.

Entendendo ser possível, inclusive, a utilização da cláusula penal indenizatória nos Pactos, continua a ensinar a autora:

“Gera controvérsia a possibilidade de ser pactuada indenização para ser paga por um dos cônjuges ao outro por ocasião do fim do casamento, seja em razão da vontade de ambos ou de culpa de um deles. Também se tem notícia do estabelecimento, ao menos em contrato de união estável, de indenizações progressivas pelo tempo de duração do vínculo.

Indo além da visão legalista que apenas poderia questões sobre regime de bens, a par de uma interpretação fundada na autonomia privada, entende-se que poderia:

(...) desde que respeitados os direitos e garantias fundamentais, assim como a autonomia privada. Com efeito, o Estado não deve intervir nas relações familiares, salvo na tutela de direitos e garantias fundamentais. Contudo, nem todos pensam desta maneira, à exemplo da doutrinadora Maria Helena Diniz, para quem o pacto antenupcial apenas deverá se servir a questões patrimoniais. (FIGUEIREDO, 2015)

Sendo possível estabelecer cláusula que estipule indenização a ser paga por um dos cônjuges ao outro no caso de dissolução do matrimônio, pois:

(...) Esse tipo de cláusula é muito comum entre artistas de Hollywood e vem ganhando força no Brasil. É uma espécie de compensação para aquele cônjuge que abandonou um emprego ou uma oportunidade para acompanhar o plano de vida de seu marido/esposa. Vale lembrar que é possível, inclusive, indenizações progressivas pelo tempo de duração do vínculo. (LIRA, 2015)

Porém, Flávio Tartuce é omissivo no que se refere à questão citando apenas outros que se posicionam em sentido contrário:

A primeira questão que surge a respeito do pacto antenupcial refere-se ao seu conceito e natureza jurídica. Para Paulo Luiz Netto Lôbo: “O pacto antenupcial é o negócio jurídico bilateral de direito de família mediante o qual os nubentes têm autonomia para estruturarem, antes do casamento, o regime de bens distinto da comunhão parcial”. Segundo Débora Gozzo, trata-se de um negócio jurídico de Direito de Família, com claros interesses patrimoniais e precisas limitações constantes na legislação. (...) Justamente diante desse **interesse patrimonial** é que se pode afirmar que o pacto antenupcial tem natureza contratual. (grifado) (TARTUCE et al., 2015 *apud* LÔBO et al., 2003).

Da mesma forma, Rolf Madaleno é sucinto em relação a ampliação de matérias a serem tratadas no pacto, transparecendo mais conservador neste momento:

No pacto antenupcial o Direito de Família permite exercer livremente a autonomia da vontade, podendo os nubentes contratar acerca do **regime (de bens)** que melhor entendam deva dispor sobre as **relações patrimoniais** de seu casamento. (grifado) (MADALENO, 2008, p. 528)

E no mesmo conservadorismo se encontra Arnaldo Rizzardo, limitando o pacto a tratar de questões patrimoniais a cerca dos Regimes de Bens, vejamos:

Dois os conteúdos que terão os pactos antenupciais: o regime de bens, quando diverso do de comunhão parcial, o qual dispensa adoção por pacto; e as estipulações especiais, não incluídas no regime eleito, ou mesmo a combinação dos outros regimes. Os nubentes estabelecem algumas cláusulas especiais no tocante aos bens. (RIZZARDO, 2009, p. 641)

Ou seja, fica evidente que a doutrina se mostra tímida em acolher o uso de cláusula penal em pacto antenupcial, tendo em vista entenderem que o pacto se limita a receber estipulações patrimoniais a regular o Regime de Bens escolhido, e quando se manifesta favorável à elasticidade dos fins para o documento, resguarda sempre o respeito às normas cogentes e às garantias fundamentais.

Procedimentos Metodológicos

Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permita ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto.

Assim, aprofundou-se a pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos concretos sobre o problema proposto.

Os instrumentos de pesquisa, por sua vez, podem ser definidos como os meios pelos quais se alcançam os objetivos almejados com a pesquisa, sendo que a escolha dos instrumentos depende das finalidades pretendidas.

Assim, os dados da pesquisa foram coletados também por meio de pesquisa bibliográfica, em que se utilizou como fontes os livros, periódicos, sites e artigos científicos, que garantem sustentação aos fundamentos teóricos apresentados.

A abordagem utilizada nesse trabalho foi a qualitativa, enquanto se procurou analisar, por meio das opiniões racionalizadas por estudiosos do direito, a utilização ou não de um instrumento jurídico como regulador das relações jurídico-afetivas humanas.

Resultados e Discussão

A cláusula penal, que tem sua origem no direito romano, está inserida nos elementos particulares do negócio jurídico – especificamente dentro das cláusulas acessórias típicas – tendo seu conceito definido pela doutrina. Em geral é definida como um pacto acessório ao contrato ou ato jurídico por meio do qual se estipula uma pena a ser cumprida por aquele que não cumpre com a obrigação principal. Sendo que no âmbito da responsabilidade civil, todo aquele que por meio de ato lícito ou ilícito violar um dever jurídico causando dano a outrem, tem o dever de indenizar. O atual Código Civil estabelece no artigo 1.566 os deveres dos cônjuges, sendo que a infringência de qualquer desses incide diretamente nas normas estabelecidas pelo instituto da Responsabilidade Civil. Entre os vários deveres elencados pelo referido artigo encontram-se o de fidelidade recíproca e o de respeito e consideração mútuos. Qualquer desacordo com o estipulado, o interessado pode requerer a separação e também danos morais.

Já o pacto antenupcial é o instrumento pelo qual os nubentes estipulam as linhas gerais que guiarão sua relação matrimonial. É nele também que convencionam o regime

de bens que vigorará na mesma. Tudo isso em conformidade com as normas legais vigentes. Assim, tais deveres, se forem descumpridos, podem desencadear a separação do casal, quando a afetividade é atingida. Caso este comportamento gere danos materiais ou morais ao ofendido, tem-se admitido a aplicação da responsabilidade civil nas relações familiares, com caráter compensatório.

Ora, ainda que o assunto esbarre no significado do princípio da autonomia da vida privada, ou seja, cada indivíduo é livre para fazer o que bem entender, a tomada de decisão exige consciência das consequências de cada escolha, pois não se vive sozinho no mundo, e todos os atos de um refletem de alguma forma no ambiente do outro. Principalmente quando a escolha em agir significa quebrar uma regra de convivência, um dever legalmente instituído e posteriormente avalizado pelos envolvidos, como são os deveres do casamento.

Considerando que o sistema da Responsabilidade Civil existe justamente para compensar aqueles que se prejudicam com a quebra das regras de convivência, por outros, não haveria que se negar sua aplicação na seara familiar, principalmente no campo da moral, eis que o afeto, os sentimentos, o aspecto psicológico são a base que mais liga pessoas, e que mais sofre dano, por atos de infidelidade, de abandono, de desrespeito ao companheiro.

Logo, porque não se poderia estabelecer entre as partes ajuste prévio para a imposição de ressarcimento por dano afetivo ou mesmo material, causado pelo outro, através de Escritura Pública, como é o caso da Cláusula Penal em Pacto Antenupcial?

Se o direito-dever de indenizar está garantido no artigo 186 c/c 927 do Código Civil, porque tal direito-dever não poderia ser pré-ajustado entre as partes, quanto a situações e valores?

Contentar-se com as breves explicações de que a lei indica por função ao Pacto abarcar estipulações sobre o Regime de Bens, tão somente, provoca ainda mais questionamento, do porque não permitiria ajuste de vontade em outros assuntos, desde que seu conteúdo não atinja norma de ordem pública, claro.

Mas o dever-poder de compensar o outro por danos provocados com a quebra de direitos e deveres estabelecidos pela própria lei, nem de longe ferem tais normas cogentes...

Então, qual seria o empecilho para se impedir tais estipulações compensatórias no Pacto Antenupcial? Se o empecilho para tal pairasse sobre a gênese da Cláusula Penal, ou seja, sua legitimidade e exigibilidade mesmo sem a ocorrência de dano, como

prevê o caput do art. 416 do Código Civil, ainda assim tem-se a salvaguarda da parte final do artigo, que confere ao mesmo natureza indenizatória, vinculada ao sistema da Responsabilidade Civil, a qual, necessariamente, impõe ao lesado a apresentação do dano sofrido.

Logo, haveria caminho jurídico permitindo a aplicação da Cláusula Penal para a quebra de deveres estipulados por escrito público nas relações de família. E tal documento é facilmente visível no Pacto Antenupcial.

Diante da míngua de opiniões mais apuradas sobre o assunto, esta pesquisa pode constatar que entre doutrinadores e especialistas da área civil há nítida divisão de entendimento a respeito sobre a aplicabilidade da cláusula penal em pacto antenupcial, dado que uns entendem ser possível a estipulação se esta reforçar a exigência do que já prescreve a lei sobre os deveres conjugais; e outros que entendem impossível estipulações além da ordem econômica na escolha do regime de bens escolhido pelo futuro casal. Portanto, chega-se a conclusão que há um vácuo não preenchido pelo ordenamento legal e pela jurisprudência; esta última que apesar de normalmente entender que cabe indenização após o não cumprimento dos deveres conjugais (em especial os de fidelidade e respeito mútuos), nada se posiciona a respeito do cabimento de indenização prevista em pacto antes do casamento.

Ou seja, fica evidente que a doutrina se mostra tímida em acolher o uso de cláusula penal em pacto antenupcial, tendo em vista entenderem que o pacto se limita a receber estipulações patrimoniais a regular o Regime de Bens escolhido, e quando se manifesta favorável à elasticidade dos fins para o documento, resguarda sempre o respeito às normas cogentes e às garantias fundamentais, sob pena de nulidade da cláusula penal convencionada.

Considerações Finais

Esta pesquisa teve como foco investigar e descobrir sobre a possibilidade de estipular, consensualmente, cláusula penal indenizatória no pacto antenupcial, segundo os limites da lei, baseando-se na quebra dos deveres do casamento previstos no Código Civil para ambos os cônjuges. Tal estudo contribuiu para o maior esclarecimento do tema e para tirar dúvidas com relação ao mesmo. Conforme demonstram os resultados, a doutrina se mostra tímida em afirmar a possibilidade de prever cláusula prévia que obrigue à indenização em caso de dano na relação afetiva conjugal, sempre alertando

sobre o devido respeito à não agressão de regras de ordem pública ou às garantias fundamentais.

A partir do resultado obtido, pôde-se constatar a limitação devido à ambiguidade do meio jurídico com relação ao tema apresentado e a clara divisão de entendimentos a respeito do problema estudado.

Entretanto, a falta de certeza sobre a possibilidade jurídica deste instrumento não impede que o cônjuge lesado com o comportamento lesivo do outro, ingresse judicialmente, não para executar a obrigação previamente convencionada (á mingua desta), mas para fazer reconhecer por meio de provas do fato, o impacto moral suportado, eis que este direito encontra-se genericamente previsto e protegido com o sistema da Responsabilidade Civil. Evidente que, se houvesse validade na imposição de cláusula penal compensatória, ao menos a quantia a ser indenizada já estaria fixada por convenção entre as partes, bem como o dano já estaria previamente configurado, restando então ao lesado, tão somente fazer a prova do fato lesivo. Aí estaria explícita a vantagem quanto a validade de se estipular cláusula compensatória, previamente, no pacto antenupcial, além de também servir como uma espécie de “freio” aos comportamento desregrado de ambos, pois já sabido de antemão o custo financeiro de tal comportamento indesejado.

Talvez, futuramente, com a incidência de casos envolvidos nessa temática, poderá se observar maiores análises a respeito da questão aqui mencionada, inclusive com a pesquisa de campo focada em julgados judiciais que envolvam esta problemática, como sugestão de novas pesquisas, a fim de se estabelecer maior segurança jurídica aos interessados em adotar esta medida contratual, bem como alargar sua aplicabilidade nas relações conjugais.

Referências

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o código penal brasileiro. Presidência da república, casa civil, subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm Acesso em: 15.10.2017

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil brasileiro. Presidência da república, casa civil, subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em: 15.10.2017

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o código de processo civil brasileiro. Presidência da república, casa civil, subchefia para assuntos jurídicos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em: 15.10.2017

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano moral no direito de família.** Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/dano-moral-no-direito-de-familia/9087>. Acesso em 8.11.2017.

CARVALHO, Victor Nunes. Publicação de artigos científicos. **Do inadimplemento das obrigações**, nov. 2017. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/8821-8820-1-PB.htm>>. Acesso em: 8.11.2017

DANTAS, Sarah Rosemary da Silva: **Responsabilidade civil no direito de família: Reparação civil nas relações conjugais**, set. 2014. Disponível em: <<https://uvaroxa.jusbrasil.com.br/artigos/159444626/responsabilidade-civil-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 8.11.2017

DIAS, Maria Berenice: **Manual de Direito das Famílias** – volume 1, 2010, 7ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, página 228-229.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: responsabilidade civil.** vol. 7. 19. ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 177-178.

ESCOLA LIVRE DE DIREITO. **Há direito de indenização por dano moral em relações familiares?** Disponível em: <<http://www.escolalivrededireito.com.br/ha-direito-de-indenizacao-por-dano-moral-em-relacoes-familiares/>>. Acesso em: 9.11.2017

FRANÇA, Rubens. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal.** São Paulo: Saraiva, 1988, p. 7.

FIGUEIREDO, Roberto. **Os limites do pacto conteúdo do pacto antenupcial e o novo CPC.** Disponível em <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/os-limites-do-conteudo-do-pacto-antenupcial-e-o-novo-cpc/15635>. Acesso em 10.11.2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto: **Direito civil esquematizado.** vol. 3 / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. 2. Ed. São Paulo. Saraiva, 2015, página 629.

LEITE, Gisele. **Cresce a importância do pacto antenupcial na união estável.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2002-ago-17/importancia-pacto-antenupcial-uniao-estavel>. Acesso em 9.11.2017.

LIRA, Danilo Parente. **Sobre o Pacto Antenupcial.** [S.l.: s.n.5], 2015. Disponível em: <<https://daniloparentelira.jusbrasil.com.br/artigos/185093706/sobre-o-pacto-antenupcial>>. Acesso em: 2.11.2017

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 528.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29.

RIZZARDO, Arnaldo. _____ 2009, p. 641.

RIZZARDO FILHO, Arnaldo. **O dano moral nas relações afetivas.** Disponível em <http://www.rizzardoadvogados.com.br/artigos/o-dano-moral-nas-relacoes-afetivas.html>. Acesso em 8.11.2017.

TARANTA, Ângela. **Conceito de ordem pública bons costumes e seus reflexos nos contratos.** Disponível em https://www.verbojuridico.net/doutrina/civil/civil_ordempublicabonscostumes.pdf Acesso em 7.11.2017.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil** – direito de família. 10 ed. v. 5, São Paulo: Método, 2015, p. 155.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil** – direito de família. 15 ed. v. 6, São Paulo: Atlas, 2015, p. 363.

Capítulo 10

JUSTIÇA COMUM X JUSTIÇA DESPORTIVA (STJD): À QUEM COMPETE PROCESSAR E JULGAR AS AÇÕES DE NATUREZA DESPORTIVA DO FUTEBOL? UM ESTUDO DE CASO ENVOLVENDO O CLUBE DE REGATAS DO FLAMENGO X SPORT CLUB RECIFE SOBRE O CAMPEONATO DE 87

**Mariane Borba Dela Justina
Ramirez Zomer
Fabrício Trevisol Bordignon
Marcelo Zuppo**

Resumo: Com a crescente exposição midiática das ações desportivas que são processadas tanto na justiça desportiva quanto na justiça comum, surgem dúvidas da competência de ambas sobre o assunto. O objetivo deste trabalho é reconhecer a competência para processar e julgar as ações de natureza desportiva por meio de análises das legislações existentes sobre a matéria e estudos de caso. Com análise das leis referente ao tema do artigo, conclui-se a competência é tanto da justiça desportiva quanto da justiça comum, sendo esta última recorrida após o exaurimento dos requisitos exigidos, no entanto a lei não se adequa ao caso real. A metodologia proposta neste estudo é predominantemente bibliográfica de cunho qualitativo com estudo de caso.

Palavras-chave: Justiça Comum. Justiça Desportiva. Competência. Ações Desportivas.

COMMON JUSTICE X SPORTS JUSTICE (STJD): TO WHOM YOU COMPETE TO PROCESS AND JUDGE ACTIONS OF THE SPORTS NATURE

Abstract: With the increasing media exposure of sports actions that are processed both in the sports court and in the common justice, doubts arise of the competence of both on the subject. The objective of this work is to recognize the competence to process and judge actions of a sporting nature, through analyzes of existing legislation on the subject and case studies. The analysis of laws relating to the subject matter of the article concludes that competence is the same of both sports justice and common justice, the latter being resorted after the requirements are met, however, the law is not appropriate to the real case. The methodology proposed in the study is predominantly qualitative bibliographical with a case study.

Keywords: Common Justice. Sports Justice. Competence. Sports Actions.

Introdução

O Brasil é conhecido popularmente como o país do futebol devido a sua tradição no esporte, sendo o maior vencedor da Copa do Mundo e, também, pelo fato de que, além de ser um esporte simples de praticar, proporciona que resultados imprevisíveis ocorram. Em decorrência disso, o Brasil possui além de uma legião de torcedores apaixonados, centenas de clubes profissionais de futebol e outros milhares de jogadores, que participam de diversos campeonatos.

Os Campeonatos de futebol no Brasil são regulamentados pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF) em âmbito nacional e pela Federação Internacional de Futebol (FIFA), entidade máxima em âmbito internacional. Em âmbito nacional, os Clubes participam do Campeonato Brasileiro, que é dividido em quatro séries denominadas como série A, B, C e D, em que participam atualmente 128 clubes, que disputam além de títulos, acessos e descensos. Participam de outras competições também como a Copa do Brasil e os Campeonatos Estaduais e Regionais.

Já em âmbito internacional, os clubes brasileiros têm a possibilidade de participar da Copa Libertadores da América e Copa Sul-Americana, organizadas pela Confederação Sul-Americana de Futebol (CONMEBOL) e do Mundial de Clubes, competição de futebol organizada pela FIFA, se preencherem os requisitos exigidos por cada uma dessas competições.

Esses campeonatos são regidos por um conjunto de regras que vão deliberar o andamento das partidas e da competição. São através delas que serão definidos os comportamentos permitidos em campo e as punições a serem aplicadas em caso de infringência das regras, a fim de obter-se uma padronização dos jogos da forma mais justa possível.

No entanto, as regras do futebol, muitas vezes, não são claras, tomando-se decisões de caráter subjetivo e de interpretação. Com isso, ao longo desses campeonatos, vão surgindo dúvidas quanto à interpretação de regulamento e aplicações de penalidades a jogadores, dirigentes e clubes, que sentem seu direito lesionado e recorrem às demandas de natureza desportivas.

Com a crescente exploração da mídia em relação às demandas de natureza desportivas, é possível afirmar, pelo menos aparentemente, que existem diversas ações tramitando tanto na justiça desportiva quanto na justiça comum, mas que existem dúvidas quanto à competência para o processo e julgamento dessas ações.

Essas dúvidas surgem em decorrência de que apesar de haver essa brecha para os clubes ingressarem na Justiça Comum, a FIFA pune aqueles que recorrerem a ela. Toda essa insegurança jurídica gera, então, um caos jurídico-desportivo, pois um clube, ao entrar no STJD e não obter a sentença desejada, acaba ingressando com ações na justiça comum na tentativa de modificar as decisões da esfera desportiva, antes mesmo até de se esgotar todos os meios, acumulando-se decisões ignoradas e/ou não respeitadas.

Com isso a pergunta pertinente a este trabalho é “A quem compete julgar e processar as ações de natureza desportiva”, cuja relevância se dá por envolver um dos esportes mais populares no Brasil e envolver as Justiças Comum e Desportiva, responsáveis por lidar com direitos e deveres dos cidadãos.

O objetivo geral deste artigo é reconhecer a competência para processar e julgar as ações de natureza desportiva. Para concretizá-lo, os objetivos específicos são: analisar a legislação existente referente à competência processual; verificar as disposições normativas relativas à atuação da justiça desportiva em seu respectivo campo de incidência e estudar precedente do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Neste trabalho fez-se uma análise a Constituição Federal e seus principais artigos que regem sobre os desportos no geral, compreendendo, também, a competência das Justiças Comum e Desportiva, em que foi feito um estudo das principais legislações referentes as mesmas, verificando funções e competências dentre outras informações importantes ao escrito. Um estudo de caso, compreendendo a decisão do Recurso Ordinário de nº 881.864, envolvendo o Clube de Regatas do Flamengo e o Sport Club Recife sobre o campeonato brasileiro de 1987, foi feito a fim de agregar conhecimento ao artigo e proporcionar um melhor entendimento sobre o exposto.

A Justificativa deste trabalho se dá pela exploração da mídia nas ações desportivas, que geram dúvidas sobre a competência de quem deve julgar essas ações, haja vista que a Constituição Federal e o órgão máximo do futebol, a FIFA, possuem normas contrárias, sendo que esta última proíbe severamente o ingresso ao Poder Judiciário inclusive com punições. Além do mais, o tema engloba tanto a justiça comum quanto à justiça desportiva, ambas responsáveis por garantirem com que os direitos sejam respeitados e os deveres cumpridos.

Procedimentos Metodológicos

A presente pesquisa utilizou como base metodológica uma ação que vai sendo construída, investigada e interpretada e, com isso, o próprio processo vai sendo modificado. Desta forma, a construção ocorre mediante à produção de informações e, para tanto, necessita de categorias teóricas que sejam processuais e dinâmicas. (PINTO,2004).

Para reafirmar com base científica a pesquisa qualitativa, utilizamos método de levantamento bibliográfico com base em revistas, livros, testes e outros documentos.

Segundo Gil (2008), a pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos.

Ainda utilizamos estudo de caso, que para André (2005), refere-se à ideia de que o estudo ilumina a compreensão do leitor sobre o fenômeno estudado, podendo revelar a descoberta de novos significados.

A Constituição Federal e a delimitação do poder judiciário

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis (MORAES, 2005), sendo que o esporte está incluso como um direito social por meio do lazer, conforme previsto no artigo 6º do Vigente Texto Constitucional que diz:

São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o **lazer**, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (*grifo nosso*)(BRASIL, 1988, s.p.).

Ainda, segundo Moraes(2005)a concretização da igualdade social é um dos principais objetivos pertinentes aos direitos sociais. Ademais, se faz importante salientar o verdadeiro sentido da palavra lazer no texto constitucional, conforme explanou “BULOS (2005),o direito ao lazer não se refere ou confunde com o direito ao descanso ou ao repouso, uma vez que, diferentemente dos últimos, este não está relacionado nem envolve a recuperação de forças exauridas no labor diário”.

O exercício do direito ao lazer, dentre outros benefícios, proporciona ao ser humano o desenvolvimento do ser social, pois lhe permite participar das atividades do meio em que vive, tendo acesso a entretenimento, cultura e descanso (BEZERRA, 2016).

A Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 217 dispõe sobre os desportos, onde está incluindo o futebol. Essa constitucionalização dos desportos vem mostrar o quanto ele se faz presente no dia a dia dos brasileiros e o quanto é importante promovê-lo com segurança, paz e organização.

O conteúdo abordado pela chamada Lei Maior se baseia tanto no meio social quanto ao meio cultural.

Seguindo esse raciocínio, Heiler (1968 *apud* Melo Filho, 1995, p.36) leciona que:

Os textos constitucionais têm certamente conteúdos típicos, mas não existem princípios teóricos que determinem o que se deve reservar a lei constitucional. Sobre o que há de regular o texto constitucional decidem - como em regra geral o que deve ficar reservado à lei – a tradição, a conveniência política, a situação de poder e a consciência jurídica.

Ressalta-se, ainda, que apesar de ser apenas um artigo destinado inteiramente ao desporto, o legislador quis dar ênfase ao mesmo ao colocá-lo em uma seção do livro constitucional, destinada única e exclusivamente a ele.

A Seção III erige o *subsistema constitucional do desporto* através de normas constitucionais que buscam a integração social do homem. A palavra de ordem é educar pelo esporte. Busca-se, assim, a expansão da personalidade humana, fomentando a política de saúde, o bem-estar e o lazer (BULOS, 2012, p.1474).

O artigo 217 da Constituição Federal prescreve que:

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não formais, como direito de cada um, observados:

I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento;

II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento;

III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não profissional;

IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional.

§ 1º O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.

§ 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

§ 3º O poder público incentivará o lazer, como forma de promoção social (BRASIL, 1988, s.p.).

Em seu *caput*, o artigo 217 da CF confere aos desportos tanto um direito dos cidadãos, quanto um dever do Estado em fomentar sua prática. O inciso I do artigo 217 delibera acerca da autonomia das entidades desportivas, onde afirma que essa autonomia está relacionada quanto a sua organização e funcionamento.

Nesse sentido, Cretella (1988, p.4481) destaca que:

Há, no setor desportivo, entidades dirigentes e associações desportivas, estas sob vigilância daquelas, gozando ambas, porém de autonomia, no que se refere à organização e ao funcionamento, atividades que se encontram disciplinadas nos Estatutos de cada agremiação, clube ou associação. Fomenta, então, o Estado, de um lado, ao máximo, às práticas desportivas, mas de outro lado observa a autonomia das entidades dirigentes e associações.

Essa autonomia também é defendida pela Lei 9.615/98 que instituiu as normas gerais sobre desporto em seu artigo 2º, inciso II:

Art. 2º O desporto, como direito individual, tem como base os princípios:
II – da **autonomia**, definido pela faculdade e liberdade de pessoas físicas e jurídicas organizarem-se para a prática desportiva; (grifo nosso) (BRASIL, 1998, s.p.).

É muito importante que essa autonomia dada aos desportos não seja confundida com sua independência nem com inexistência de normas.

Autonomia não quer dizer anárquica inexistência de normas, nem significa independência e insubordinação às normas gerais fixadas na legislação desportiva e indispensáveis àquele mínimo de coerência reclamado pelo próprio sistema desportivo nacional, sob pena de trazer nefastas consequências para o desporto brasileiro (MELO FILHO, 1995, p. 48).

Em relação à instituição e organização se faz dependente do Ministério da Educação e Cultura.

Nesse sentido, Álvaro Melo Filho (1995, p.47) exemplifica o sentido de autonomia ao dizer que:

[...] esta autonomia de criar um direito próprio ou de dar leis está atrelada, sem subordinação ao ordenamento jurídico estatal que não pode, por exemplo, determinar que o “penalty” do futebol seja cobrado com a mão ou a cesta do basquete convertida com o pé.

Essa limitação da autonomia vem para regular os desportos e fazer com que decisões particulares das modalidades desportivas, como as regras de jogo, sejam elaboradas por quem tenha ciência da essência esportiva, garantindo assim a coerência

e preservação dos interesses desportivos. “Sem limites ou parâmetros legais, esta autonomia tanto pode afetar os interesses desportivos nacionais, como embaraçar a aplicação das normas desportivas internacionais”.(MELO FILHO, 1995,p.66)

Ademais, o objetivo do legislador ao pontuar a autonomia na Carta Magna foi também criar um escape para não ter que legislar sobre os detalhes dos desportos na mesma, pois são normas que estão sujeitas a alterações a todo tempo, em virtude de se modificarem conforme eventualidades vão acontecendo.

A Carta Magna ainda versa sobre a possibilidade de ajuizamento de ações desportivas no âmbito da justiça comum, a qual não veda, mas impõe restrições, com o pressuposto processual do esgotamento de todas as instâncias desportivas para recorrer ao judiciário. (art.217 CF §1). Seguindo essa linha, José Junior Cretella (1993, p.4482) afirma que:

Durante as competições desportivas surgem, inúmeras vezes, problemas disciplinares, que afetam os praticantes e os respectivos clubes”. Nesses casos, havendo *lesão* ou *ameaça a direito*, a apreciação do fato e do respectivo direito que o regula somente serão levados à apreciação do Poder Judiciário depois de esgotada a instância desportiva.

Assim como no setor do funcionalismo público existe escalonamento completo, degrau a degrau, até a mais alta autoridade, nessa via, assim também, no setor desportivo existem, há muitos anos, as *instâncias da justiça desportiva*, que deverão ser acionadas, tempestivamente, degrau a degrau, pelo interessado. Somente depois do *exaurimento de todos os recursos*, é que o interessado, ameaçado ou ferido em seu direito, poderá solicitar a intervenção do Poder Judiciário para a apreciação da ilegalidade ou do abuso de poder.

É nesse parágrafo que encontra-se a previsão legal da justiça desportiva, a qual trataremos com mais amplitude mais adiante.

Ainda, a Constituição delimita o prazo de 60 dias para que a Justiça Desportiva profira sua decisão final, após o ingresso da ação. (Art.217 CF §2). Seu objetivo foi tornar o procedimento mais rápido, evitando com que se tornasse mais um meio lento de resolução de conflitos. Com isso, esgotado o prazo sem a justiça desportiva ter dado sua decisão, caberia ação ao Poder Judiciário.

Nesse contexto, Alexandre de Moraes(2005, p. 2117) explica que:

Assim, o poder disciplinar da Justiça Desportiva tem seu exercício limitado à prática dos desportos e às relações dela decorrentes, não afastando do Poder Judiciário. Porém, desde que satisfeito o prazo constitucional, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Por isso, é importante que os clubes verifiquem os pressupostos elencados nos parágrafos 1º e 2º, pois caso desrespeitem as condições elencadas, poderão receber punições pela infringência.

A justiça comum (estadual ou federal)

Para entender melhor a competência da justiça comum nas lides desportivas vamos estudar brevemente a função do Poder Judiciário. Ele é um importante gestor da Justiça e fundamental defensor da Constituição. Autônomo e independente, é um órgão imparcial na preservação a ordem, de forma a adequara lei do ordenamento jurídico nas situações de fato. Além disso, o judiciário detém funções de natureza administrativa e legislativa. O STF, órgão máximo do judiciário, em seu site oficial, aborda o Poder Judiciário como sendo,

[...] regulado pela Constituição Federal nos seus artigos 92 a 126. Ele é constituído de diversos órgãos, com o Supremo Tribunal Federal (STF) no topo. O STF tem como função principal zelar pelo cumprimento da Constituição. Abaixo dele está o Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável por fazer uma interpretação uniforme da legislação federal (*SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, s.d,s.p.*)

O Judiciário brasileiro possui órgãos que funcionam em âmbito federal e estadual, compreendendo também o Distrito Federal. É em âmbito federal que temos a Justiça Federal (comum), ou, simplesmente, justiça comum.

No âmbito dos desportos, além do artigo 217 que versa sobre o assunto, a Constituição estabelece em seu artigo 24, inciso IX a competência da União, Estados e Distrito Federal de legislar na área desportiva, como se observa a seguir:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
IX - educação, cultura, ensino, **desporto**, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015) (grifo nosso) (*BRASIL, 1988,s.p.*).

No entanto essa competência tem uma ordem das entidades político-administrativas a qual tem que ser respeitada, onde Estados e Distrito Federal só atuarão quando a União deixar brechas na lei. Observa-se no texto legal que os municípios não foram citados no artigo, entretanto, o artigo 30 inciso II vem suprimir essa falta, ao afirmar que compete aos Municípios complementar a legislação federal e a estadual no que couber.

~~Impõe-se registrar que, em se tratando de legislação concorrente, a competência básica é da União, que prevalecerá sobre a dos~~

Estados e Distrito Federal. Vale dizer, a competência dos estados e do Distrito Federal é supletiva, pois, havendo o vazio deixado pela lei federal, poderão eles dispor sobre matéria desportiva (MELO FILHO, 1995, p.39).

Essa legislação concorrente tem previsão legal na Constituição federal no parágrafo 1º do artigo 24, citado anteriormente. Tanto esse artigo quanto o 217 do mesmo livro devem ser harmônicos, haja vista que não se anulam nem se sobressaem. Essa competência que detém a União é referente às normas gerais, não se aplicando as diretrizes e bases que regulam os desportos.

A competência que é dada aos juízes federais para processar e julgar as ações encontra-se elencadas no artigo 109 da Carta Magna que prevê:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
I - as causas em que a **União**, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (grifo nosso)
II - as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (BRASIL, 1988, s.p.)

O inciso IX do artigo 24 da Constituição federal afirma que a União tem competência legislativa concorrente nas causas relacionadas ao desporto, e o artigo 109 da Lei Maior delega essa competência aos juízes federais.

Em relação a Justiça Comum Estadual, o STF em seu site oficial descreve a mesma com competência para:

Processar e julgar **qualquer causa que não esteja sujeita à competência de outro órgão jurisdicional** (Justiça Federal comum, do Trabalho, Eleitoral e Militar), o que representa o maior volume de litígios no Brasil. Sua regulamentação está expressa nos artigos 125 a 126 da Constituição. (grifo nosso) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, s.d.)

Ainda, segundo o autor *in verbis*, a composição da Justiça Estadual é a seguinte: A Justiça Estadual (comum) é composta pelos juízes de Direito (que atuam na primeira instância) e pelos chamados desembargadores, que atuam nos tribunais de Justiça (segunda instância), além dos juizados especiais cíveis e criminais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, s.d.)

O Conselho Nacional de Justiça, que em seu site se define como “uma instituição pública que visa aperfeiçoar o trabalho do sistema judiciário brasileiro, principalmente no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual”, explana as competências da Justiça Estadual como sendo:

A **Justiça Estadual**, integrante da Justiça comum (junto com a Justiça Federal), é responsável por julgar matérias que não sejam da competência dos demais segmentos do Judiciário – Federal, do Trabalho, Eleitoral e Militar. Ou seja, sua competência é residual (grifo nosso)(*CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, s.d.*).

Verificando a esfera administrativa, o CNJ afirma que:

Do ponto de vista administrativo, a Justiça Estadual é estruturada em duas instâncias ou graus de jurisdição: integram o primeiro grau os juizes de Direito, as varas, os fóruns, o Júri (encarregado de julgar crimes dolosos contra a vida), os juzados especiais cíveis e criminais e suas turmas recursais.(*CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, s.d.*)

Sendo assim, caso o cidadão tenha ação tramitando na justiça estadual e não concorde com a decisão proferida pelo juiz de 1º grau, cabe aos tribunais de justiça, instância de segundo grau, julgar os recursos.

A Justiça Desportiva

A Justiça Desportiva apesar de ser chamada de Justiça, não pertence ao Poder Judiciário, sendo configurada como “um meio alternativo para resolução de conflitos” (SCHMITT, 2005, p.1), um pressuposto a ser esgotado ao contrário da mediação por exemplo, onde seu ingresso é opcional.

Apesar da referência doutrinária, por vezes mencionar que a Justiça Desportiva constituiria uma *instância administrativa*, é certo que o faz exclusivamente paradiferenciá-la da instância jurisdicional. Em verdade, a justiça desportiva exerce sua atividade em âmbito estritamente privado, sem qualquer influência de Direito Administrativo.(*SCHMITT,2005, p. 1-2*)

Dispõe de legislação e disciplina própria, sendo por isso considerada um órgão autônomo com competência para processar e julgar questões disciplinares esportivas e competições do ramo. O artigo 52 da lei 9615/98 popularmente conhecida como Lei Pelé diz:

Art. 52. Os órgãos integrantes da Justiça Desportiva são autônomos e independentes das entidades de administração do desporto de cada sistema, compondo-se do Superior Tribunal de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades nacionais de administração do desporto; dos Tribunais de Justiça Desportiva, funcionando junto às entidades regionais da administração do desporto, e das Comissões Disciplinares, com competência para processar e julgar as questões previstas nos Códigos de Justiça Desportiva, sempre assegurados a ampla defesa e o contraditório.(*BRASIL, 1998, s.p.*)

Krieger(2002, p. 01-02*apud*Carlos Miguel Aidar, 2001)nos ensina que:

[...] O direito desportivo tem uma característica extremamente diferente do direito trabalhista, do direito penal, do direito civil, do direito comercial, do direito tributário, enfim, dos tradicionais ramos do direito, porque o esporte está atrelado aos princípios internacionais. Porém é preciso que se diga que os princípios internacionais é que regulamentam o esporte. É possível formar, por exemplo, um time de basquete feminino, um time de vôlei feminino, um time de basquete masculino ou um time de futebol e jogar uma partida com qualquer outro grupo de pessoas de outra nacionalidade, de outra etnia, enfim, do outro extremo do mundo porque a regra é a mesma, a regra desportiva é igual, porque existem confederações internacionais que regulamentam a prática desportiva.

É no artigo 217 da Constituição da República Federativa do Brasil, §1º, que encontra-se a previsão legal da justiça desportiva (BULOS, 2012).

É nesse momento, portanto, que se torna clara a existência de uma Justiça destinada ao desporto, comprovada justamente pelo fato de que, mesmo os tribunais desportivos não fazendo parte do sistema judiciário estatal, a sua competência está garantida na Constituição Federal(WAMBIER, s.p.).

Reforçando a constitucionalidade da Justiça Desportiva e a importância de seguir os pressupostos exigidos, o Tribunal de Justiça de São Paulo, neste sentido, decidiu a respeito:

Ementa: Competência. Futebol. Questão relativa a participação em campeonato. Necessidade do esgotamento da instância desportiva. Art. 217, §1º, da Constituição da República. Incompetência da Justiça Comum. Carência de ação. Recurso Provido.” (TJSP, AC 212895-2/Franca, rel. Des. GILDO DOS SANTOS, 11ª Câmara Civil, decisão: 18-11-1993, JTJ/SP-LEX-150,p.21).

Das infrações desportivas que podem vir a ser fruto de ações judiciais, existem dois tipos, conformeKrieger(2004, p.80) em um comentário ao Código Brasileiro de Justiça Desportiva menciona:

surgem duas espécies de infrações: às **das regras do jogo**, que são as violações às regras e normas específicas de cada modalidade, emanadas das entidades internacionais e nacionais, que impedem o desenvolvimento do desporto formal durante a partida, como por exemplo, praticar ato desleal ou hostil, e às **normas desportivas em geral** (ou transgressão à conduta desportiva), que são as demais violações, por ação e omissão, à disciplina e a organização do desporto, como por exemplo, incluir na equipe, atleta em situação irregular para participar de partida. (grifo nosso)

Como já visto anteriormente no presente artigo, o artigo 217 §§ 1º e 2º do Texto Constitucional delineiam a competência da Justiça Desportiva restringindo as infrações as concernentes às disciplinas e também às competições desportivas.

Contudo, em outra perspectiva, e em uma análise interna, os órgãos da Justiça Desportiva são competentes para processar e julgar as controvérsias relativas à disciplina e às competições esportivas praticadas exclusivamente por pessoas físicas ou jurídicas filiadas ou vinculadas, de qualquer forma, ao sistema desportivo ao qual funcionem (BOGDAN, 2009, p.45).

A Justiça Desportiva assim como a Justiça Comum, reconhece aos Estados e Municípios poderes para organizarem e instituírem seus sistemas próprios reconhecidos por lei:

A Lei nº 9.615/98 reconhece a existência de sistemas desportivos nos âmbitos nacional, estadual e municipal. Neste sentido, instituiu o Sistema Nacional do Desporto e conferiu aos Estados, Distrito Federal e Municípios a possibilidade de organizarem e instituírem seus próprios sistemas (art. 4º, IV) (BOGDAN, 2009, p.45).

O pioneiro neste sentido foi o Estado de Santa Catarina e seu Código de Justiça Desportiva do Estado de Santa Catarina vigora desde 1º/01/05.

A criação de codificações próprias é, em muitas vezes, uma necessidade, dada às peculiaridades de cada competição. Neste contexto, o Estado de Santa Catarina é um dos pioneiros em instituir um Tribunal de Justiça Desportiva 43 estadual, ou seja, público, responsável, juntamente com suas Comissões Disciplinares e o Conselho de Julgamento, por processar e julgar as infrações disciplinares ocorridas em competições promovidas pelo Governo do Estado, utilizando, para isto, um código próprio, o CJDSC (BOGDAN, 2009, p. 42-43).

A Justiça Desportiva é organizada hierarquicamente e legalmente para seu funcionamento, com códigos e regimentos próprios além de amparo constitucional.

Competência Processual

O Conceito de Processo pode ser muito amplo, no entanto, trazemos um que foi dado por Lídia Salomão:

Processo é instrumento usado para tornar efetivo um direito material (de conteúdo efetivo). O direito material gera direitos e obrigações, mas não se efetiva sozinho por isso há uma relação de instrumentalidade (complementaridade) entre o direito processual e o direito material (SALOMÃO, s.d, s.p.).

Todavia, processo e procedimento não se confundem, pois apesar de interligados, possuem significados diferentes. Procedimento relaciona-se mais com o andamento do processo em si, o caminho que ele irá percorrer em uma ação judicial.

Procedimento vem do latim *procedere* que significa ir por diante, andar a frente, prosseguir. De sua origem visualiza-se seu significado, o modo de agir processual, a sucessão ordenada de atos à disposição para que se consubstancie a tutela jurídica. Procedimento configura-se na exteriorização e materialização do processo, podendo assumir diversos modos de ser (AVILA, 2013, s.p.).

Os artigos 1 a 12 do Código de Processo Civil de 2015 tratam sobre as normas gerais no Procedimento Comum. O Procedimento Comum é composto por 4 fases: Fase Postulatória, Fase Saneatória, Fase Instrutória e Fase Decisória. Já segundo o Senado Federal em seu site oficial, as fases do processo penal compreendem o inquérito policial, o indiciamento do autor e a denúncia, a pronúncia e se o juiz entender que há indícios suficientes de que o acusado tenha cometido o crime, envia o processo ao tribunal do júri para que haja o julgamento.

Tanto o processo civil quanto o penal têm características idênticas: a) caráter substitutivo da jurisdição, isto é, o juiz substitui as partes na aplicação do direito; b) presença necessária de pedido do autor e sua eventual defesa por parte do réu; c) o direito de ação é dado a todo aquele que possa ter tido seu interesse atingido; d) o réu pode não só se defender diretamente, mas também arguir exceções (defesa contra o processo), como coisa julgada e litispendência; e) a sentença é o ato final do processo e se compõe necessariamente de relatório, fundamentação e dispositivo etc. (MOREIRA, 2005, s.p.).

Os processos civis e penais possuem muitas semelhanças, sendo que alguns detalhes os diferem. No processo desportivo não é muito diferente, uma vez que segue um rito, uma ordem, possui prerrogativas semelhantes e possui particularidades que o esporte exige.

Análise do processo desportivo

O processo desportivo observará os procedimentos sumário ou especial, regendo-se ambos pelas disposições que lhes são próprias e aplicando-se lhes, obrigatoriamente, os princípios gerais de direito (art. 34 do CBJD), o procedimento sumário aplica-se aos processos disciplinares (art. 34 §1) enquanto o procedimento especial, segundo o §2 do art. 34 aplica-se a:

§ 2º O procedimento especial aplica-se: (NR).
I - ao inquérito; II - à impugnação de partida, prova ou equivalente; (NR). III - ao mandado de garantia; IV - à reabilitação; V - à dopagem, caso inexistir legislação procedimental aplicável à

modalidade; (NR). VI (Revogado pela Resolução CNE nº 29 de 2009).

VII - à suspensão, desfiliação ou desvinculação imposta pelas entidades de administração ou de prática desportiva; VIII - à revisão; IX - às medidas inominadas do art. 119; (NR). X - à transação disciplinar desportiva. (INCLUSÃO DADA PELA RESOLUÇÃO CNE Nº 29 DE 2009).

Os processos em curso perante a Justiça Desportiva não correm em segredo de justiça, salvo exceções previstas em lei (art.37 CBJD).

O processo na Justiça Desportiva, denominado obviamente pelo CBJD de processo desportivo (art. 1º), tem, conforme o previsto no seu art. 2º, 16 (dezesesseis) princípios a serem observados na sua aplicação e interpretação, sem prejuízo de outros, sendo que, além dos já constantes na Constituição e na legislação infraconstitucional, repetidos no próprio CBJD, podemos citar como inerentes, os da celeridade, economia processual, oralidade, e tipicidade desportiva.(BRASIL, 2010)

Os processos na Justiça Desportiva são instaurados a partir da análise das súmulas, sendo que caso haja alguma infração anotada, o procurador deverá tomar as medidas cabíveis.

A Justiça Desportiva é acionada com base na análise das súmulas, definidas como relatórios dos árbitros sobre o andamento do jogo ou da competição. Constatada a ocorrência de infrações disciplinares (invasão de campo, participação de atleta sem condição e jogo, jogada perigosa, agressão ao árbitro, por exemplo) ou de punições (suspensão, expulsão, por ex.), cabe ao procurador (promotor) oferecer denúncia. A partir daí, a Justiça Desportiva tem o prazo máximo de sessenta dias para proferir decisão final.(BOUDENS,2002, p.10)

Os artigos 42 e seguintes do Código Brasileiro Disciplinar do Futebol normatizam as disposições que regem o processo, desde o relatório da súmula,inquérito, prazos, provas, testemunhas,julgamento entreoutros do processo ordinário às peculiaridades dos processos especiais, que compreendem desde impugnações de partidas, litígios entre associações, associações e entidades ou entre entidades, dentre outros, que não serão analisados neste artigo, mas deixo como sugestão de leitura para melhor aprofundamento.

Inafastabilidade da Jurisdição (Princípio da Constituição)

Um dos pontos mais discutidos pelos doutrinadores na polêmica da Justiça Comum e a Justiça Desportiva, ao observar o artigo 217 da Carta Magna e os requisitos estabelecidos pelos §1 e §2, está no princípio legal disposto no artigo 5º

inciso XXXV que diz “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Por via de regra, nem as matérias de cunho esportivo devem sofrer exclusões.

É o chamado princípio do direito de ação, da inafastabilidade do controle judicial, da proteção judiciária ou ainda da ubiquidade. Destina-se a proibir que o legislador, ou quem quer que seja, imponha restrição objetiva de acesso ao Poder Judiciário. (SOUSA, s.d, s.p.)

Esse princípio, conhecido também como princípio do acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, garante o direito de ação, que é um direito do cidadão de caráter público e subjetivo. Apesar de que muitos consideram que o artigo 217 §2 fere o princípio constitucional, conforme Lima (2003, s.p.):

(...) isto não constitui violação constitucional, já que para que seja impetrado mandado de segurança, por exemplo, a Lei 1533/51 obriga a comprovação da matéria de fato tratada na exordial. Assim, não há que se falar em vedação; apenas em limitação.

Destarte, também não cabe o argumento de inconstitucionalidade, pois os dois dispositivos legais encontram-se previstos na Carta Mãe, em harmonia hierárquica.

Ao examinar o art. 5º inciso XXXV da CF, verifica-se que é explícito a possibilidade do deslocamento de competências, entre a esfera constitucional administrativa da Justiça desportiva e a esfera jurisdicional do Poder Judiciário, por se tratar de um direito fundamental do ser humano, sobre tudo, dos atletas. Mas não podendo olvidando, para que haja um deslocamento de competência é preciso que tenha presente um dos pressupostos processuais, que são: o esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva; ou a estrapolação do prazo de 60 dias, a contar da instauração do processo (LOPES, 2015, s.p.).

Sendo assim, analisando os artigos por esse prisma, ambos os artigos da Constituição Federal são constitucionais e não se anulam, apenas possuem requisitos a sua aplicação.

Superior Tribunal de Justiça Desportiva Do Futebol

O Superior Tribunal de Justiça Desportiva, mais conhecido como STJD é um órgão autônomo e independente, com natureza jurídica de ente despersonalizado, conforme se proclamou no artigo 1º do seu Regimento Interno:

Art. 1º O Superior Tribunal de Justiça Desportiva do Futebol (STJD), órgão autônomo e independente, com natureza jurídica de ente despersonalizado, com sede na cidade do Rio de Janeiro, no Estado do Rio de Janeiro, com jurisdição em todo território nacional, sendo o órgão máximo da Justiça Desportiva da República Federativa do Brasil na sua modalidade. (*SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESPORTIVA DO FUTEBOL, s.d., p.2*)

O STJD do futebol, foco do nosso artigo, como o próprio nome diz, julga apenas as ações envolvendo essa modalidade esportiva. No entanto, segundo (Agência CNJ de Notícias, 2017), cada modalidade possui seu próprio STJD, vinculado à sua entidade máxima do esporte, neste caso à Confederação Brasileira de Futebol (CBF). No Vôlei, por exemplo, é a Confederação Brasileira de Voleibol.

As questões desportivas para esgotar todas as vias da justiça desportiva vão para o STJD, quando os clubes apelam das decisões dos Tribunais de Justiça Desportiva, sendo julgado pelo Tribunal Pleno. Em primeira instância os processos são julgados pelas Comissões Disciplinares.

O STJD é composto por um Tribunal Pleno e por quantas Comissões Disciplinares se fizerem necessárias. O Tribunal Pleno é composto por nove auditores, sendo dois indicados pela Confederação Brasileira de Futebol (CBF), dois indicados pelos clubes ou entidades de prática desportiva, dois advogados indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, dois representantes dos atletas e um representante dos árbitros. Exige-se reconhecido saber jurídico desportivo e reputação ilibada. A atividade não é remunerada (*SOUSA, 2016, s.p.*).

Justiça Desportiva e Justiça Comum apesar de feitas para caminharem em harmonia, haja vista a existência do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição federal, nunca se entenderam. Isso porque a Justiça Desportiva por meio de seu regulamento, estabelece restrições com demandas de natureza desportivas na justiça comum.

De acordo com o Regimento Interno do STJD, suas sentenças são irrecuráveis e o caminho para o Poder Judiciário seria permitido somente em casos que versem sobre a legalidade referentes aos atos processuais, conforme disposto no artigo 18, parágrafo único, *in verbis*:

Parágrafo único. As decisões emanadas do órgão pleno do Superior Tribunal de Justiça Desportiva são irrecuráveis. O recurso ao Poder Judiciário não prejudicará os efeitos desportivos validamente produzidos em consequência da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça Desportiva, conforme art. 52 da Lei 9.615/1998, sendo somente admitidos recursos ao Poder Judiciário que versem sobre a legalidade dos atos processuais. (*SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DESPORTIVA DO FUTEBOL, s.d., p. 6*)

O STJD possui seu regimento interno de acordo com as normas da Federação Internacional de Associação de Futebol, conhecida mundialmente pela sigla FIFA, haja vista que essa última é a entidade máxima do futebol, que dita as regras a serem seguidas no mundo, e que pode punir quem não as cumprir. É neste momento que surge a polêmica, pois a entidade máxima do futebol vai de encontro a Constituição federal brasileira ao proibir severamente que ações desportivas sejam ingressadas na justiça comum.

A Federação Internacional de Futebol

A FIFA é a entidade internacional máxima responsável pelo futebol, por organizar e fiscalizar eventos e competições, desde a regulamentação a manutenção das regras envolvendo o esporte. A Federação Internacional de Futebol, em seu site oficial, afirma que seu conselho é composto por:

37 membros: um presidente, eleito pelo Congresso da FIFA; oito vice-presidentes e 28 outros membros eleitos pelas associações membros - cada um por um período de quatro anos. Um mínimo de um representante feminino deve ser eleito por confederação. O Presidente e os membros do Conselho podem servir para mais de três mandatos (consecutivos ou não) (*tradução nossa*)(FIFA, s.d e s.p.).

Além disso, em seu site oficial, a FIFA se intitula como:

A Federação Internacional de Associação de Futebol (FIFA) é uma associação regida pela lei suíça fundada em 1904 e com sede em Zurique. Tem 211 associações membros e seu objetivo, consagrado em seus Estatutos, é a constante melhoria do futebol(*tradução nossa*) (FIFA,s.d e s.p.).

A entidade máxima do futebol possui estatutos e regulamentos que norteiam o futebol mundial e formam como a FIFA, em seu site, define, “a constituição do órgão de governo internacional do futebol”. Através destes documentos, têm-se todas as regras determinadas a tudo que envolve competições, atletas, clubes e demais especificações fundamentais do esporte

Um ponto polêmico é que apesar de a Constituição permitir o ingresso de ações desportivas na justiça comum, a FIFA proíbe e pune severamente tal ato, inclusive possuindo sanções para quem descumprir a ordem.

DORNELES (2015) apud NUZMAN (2006) explana neste sentido que:

Mesmo que a nossa Constituição autorize e referende tal fim, o ingresso imediato da mesma, causa ao clube, uma punição que pode variar, desde a perda de pontos no Campeonato, como exclusão do mesmo ou até mesmo rebaixamento, até as mais graves, como desfiliação, proibição de participação em competições internacionais, e a exclusão da Federal Nacional do quadro de filiados da FIFA.

Essa proibição encontra-se no art. 59, parágrafo 2 de seu Estatuto, que diz “O recurso a tribunais comuns de direito é proibido, salvo especificamente nos regulamentos da FIFA. Recurso aos tribunais ordinários da lei para todos os tipos de medidas provisórias também é proibido.”(FIFA, 2016)

Ainda, a FIFA na mesma linha de raciocínio, no parágrafo 3º afirma que:

As associações devem inserir uma cláusula nos seus estatutos ou regulamentos, estipulando que é **proibido de levar as disputas** na associação ou disputas que afetam ligas, membros de ligas, clubes, membros de clubes, jogadores, funcionários e outros funcionários da associação **para tribunais comuns de direito**, a menos que os regulamentos da FIFA ou ligação disposições legais prever expressamente ou estipular o recurso a tribunais comuns de direito. Em vez de recorrer a tribunais comuns de direito, a provisão deve ser feita para a arbitragem [...] (grifo nosso)(FIFA, 2016, s.p.).

Considerando o artigo supracitado, vemos que a FIFA determina que é dever da CBF, quando se tratar de ações desportivas no Brasil, proibir o ajuizamento de recursos para a Justiça Comum aplicando sanções aos clubes que descumprirem as regras. Isso não impede que a FIFA puna também os infratores. E essa proibição encontra-se no artigo 231 do Código Brasileiro de Justiça Desportiva que diz:

Art. 231. Pleitear, antes de esgotadas todas as instâncias da Justiça Desportiva, matéria referente à disciplina e competições perante o Poder Judiciário, ou beneficiar-se de medidas obtidas pelos mesmos meios por terceiro.

PENA: exclusão do campeonato ou torneio que estiver disputando e multa de R\$ 100,00 (cem reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais). (NR) (BRASIL, 2010, p. 53).

A Corte Arbitral do Esporte é a única entidade reconhecida pela FIFA para atuar em litígios envolvendo os clubes, após esgotados os requisitos da Justiça Desportiva de cada país, conforme disposto no artigo 57 parágrafo 1º:

FIFA reconhece o Tribunal independente de Arbitragem do Esporte (CAS), com sede em Lausanne (Suíça) para resolver disputas entre FIFA, membros associações, confederações, ligas, clubes, jogadores, funcionários, intermediários e agentes de jogos licenciados(*tradução nossa*) (FIFA, 2016, s.p.).

A Lei Pelé reforça a força das normas ditadas pela FIFA quando em seu artigo 1º, §1º reconhece a prática desportiva formal como regulada por normas nacionais e **internacionais** (grifo nosso) e pelas regras de prática.

Estudo de caso

O artigo estabelece um estudo de caso do polêmico campeonato brasileiro de futebol de 1987, envolvendo o Clube de Regatas do Flamengo e o Sport Club Recife. O clube pernambucano ajuizou ação ordinária contra a Confederação Brasileira de Futebol e a União para que reconhecesse o clube como legítimo vencedor do campeonato do ano de 1987, onde obteve a procedência do pedido pela 10ª Vara Federal de Pernambuco, e o trânsito em julgado no ano de 1999.

Ocorre que em 2011, por meio de uma resolução de nº02/2011, a Confederação Brasileira de Futebol declarou a divisão do título de campeão do campeonato brasileiro de 1987 ao Clube de Regatas do Flamengo, considerando assim campeão também o clube carioca e o campeonato com dois campeões.

O Sport Club Recife evocou o inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal e os artigos 461 e 475-I do CPC pedindo que se fizesse o cumprimento de sentença.

Assim, a pretensão executória foi acolhida e em cumprimento a decisão judicial a CBF editou a resolução, nº 06/2011. Houve então a sentença de extinção de obrigação.

O Clube de Regatas interpôs apelação, alegando dentre outros motivos, afronta a autonomia das entidades desportivas e enfatizou não haver impedimento de se declarar dois campeões. No desprovimento do recurso, alegou-se por parte da entidade desportiva, desrespeito a decisão judicial alcançada pela coisa julgada e tentativa por parte da mesma de burlá-la.

Não satisfeito, o Flamengo ajuizou o Recurso Especial contra o acórdão do TRF 5ª região, discutindo os limites da coisa julgada material, evocando artigos do Código de Processo Civil, enfatizando haver ofensa ao 422 do Código Civil.

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negou provimento do recurso, por ser inadmissível a revisão de um resultado muitos anos após por meio de resolução da CBF, caracterizando um ato unilateral e declarando o Recurso Especial improvido, mantendo a decisão do tribunal de origem.

Essa decisão então foi atacada pelo Recurso Extraordinário nº 881.864, tendo como reclamante o Clube de Regatas do Flamengo, e que estudaremos a seguir.

A Decisão do Supremo Tribunal Federal

No RE 881864, o Flamengo sustentou que houve violação do artigo 217, inciso I da CF, que trata sobre a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações em relação a sua organização e funcionamento, e também que não houve ofensa ao artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição, que versa sobre o princípio de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Por fim, alegou não se afastar a viabilidade de proclamar-se mais de um campeão nacional.

Nas contrarrazões, o Sport Club Recife sustentou evidenciar a decisão do Tribunal de Justiça, e afirmou não haver afronta ao princípio da autonomia, citando ainda verbetes de Súmulas do Supremo.

Na decisão o Ministro Marco Aurélio por fim relatou:

Ocorre que o título executivo judicial implicou a proclamação do Sport Clube como campeão do torneio brasileiro de 1987. Resolução da Confederação Brasileira de Futebol não podia dispor em sentido diverso, sob pena de ganhar, nos campos administrativo, cível e desportivo, contornos de rescisória. O acórdão do Superior Tribunal de Justiça impugnado é nesse sentido (STF, RE nº 881864, 2017).

No presente caso apresentado, a lide desportiva entre os clubes arrastou-se nos tribunais por anos e exemplificou a confusão que acontece quando Justiça Desportiva e a Justiça Comum legislam sobre a mesma matéria. Várias liminares, morosidade, e um vai-e-vem de declarações de “é campeão” que acarretaram em vários outros problemas.

Inclusive, por conta dessa demora na resolução do vencedor do campeonato de 1987, outra confusão se acarretou no futebol e na justiça, envolvendo a “Taça das Bolinhas”. Segundo a Redação Placar, a Taça que na verdade se chama Troféu Copa Brasil, foi criada pela CBD (Confederação Brasileira de Desportos, atual CBF) no ano de 1975. Essa premiação visava contemplar o clube que obtivesse primeiro, três conquistas de título no Brasileirão seguidas, ou cinco alternadas. Ocorre que o Flamengo, contando com o título de 87, conquistaria a taça. No entanto, como o título é incerto na justiça, desde 2007 o São Paulo Futebol Clube entrou na briga pela taça, já que conquistou naquele ano o quinto título brasileiro. Ou seja, além de um título de campeonato brasileiro, a taça das bolinhas também fica pulando de dono a cada decisão vagarosa da justiça.

No caso estudado, após 30 anos, ainda não temos um campeão reconhecido definitivamente pela justiça comum, que em sua morosidade ainda permite recursos. Prova disso é que recentemente, o Clube de Regatas do Flamengo recorreu novamente

a justiça, contra a decisão da 1ª turma do STF, conforme explicado em reportagem pelo Jornal O Globo:

O tipo de recurso apresentado pelo Flamengo se chama "embargos de declaração" e serve para sanar pontos que ficaram poucos claros da decisão. Mas o time aproveita e pede "efeitos infringentes", ou seja, a possibilidade de mudar o teor da decisão que declarou o Sport único campeão. (SOUZA, 2017, s.p.)

Uma premiação no futebol envolve muitos pontos além de uma simples taça. Premiações em dinheiro, patrocínio, lucros com mídia, vendas entre outros fazem parte. A demora em julgar as ações como vimos acarreta numa bola de neve e o futebol não pode esperar.

Considerações Finais

Legalmente, tanto a Justiça Desportiva quanto a Justiça Comum são competentes para julgar as lides desportivas, sendo esta última acionada após o exaurimento das instâncias da Justiça Desportiva.

No entanto a lei não se adequa ao caso real. Apesar de a justiça desportiva ter prazo para evitar demora em suas decisões e evitar prejudicar campeonatos, a possibilidade de acionar a Justiça Comum torna a utilidade do requisito em vão. Prova disso é o estudo de caso que 30 anos depois ainda tramita sobre a lide de um campeonato.

Essa morosidade pode ser fruto de um despreparo da justiça comum em lidar com as ações de natureza desportiva. O excesso de ações acaba tornando o processo de análise e julgamento das lides moroso, o que não comporta no futebol, pois os julgados serão responsáveis por influir ou até mesmo definir o futuro de competições, jogadores, associações e entidades de futebol e causar prejuízos irreparáveis, o que exige uma ambientação profunda acerca de várias peculiaridades que o esporte possui...

O foco do artigo foi apontar quem era competente perante as ações desportivas, mas deixo aqui a sugestão para futuros pesquisadores pesquisar soluções para esse imbróglio jurídico. Sugiro estudos para que apontem como a Justiça Comum pode melhor se aperfeiçoar e se capacitar seus profissionais nesse ramo.

Referências

ANDRÉ, M.E.D.A. **Estudo de caso em pesquisa e avaliação educacional**. Brasília: Liber Livro Editora, 2005.

AVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Processo e Procedimento: As distinções necessárias no contexto de um Estado Democrático de Direito**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.42194&seo=1>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

BANHARA, Marcos Roberto. **A executoriedade das decisões da Justiça Desportiva no juízo cível**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28503/a-executoriedade-das-decisoes-da-justica-desportiva-no-juizo-civel>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BEZERRA, Marília Guiomar Neves Pedrosa. **A tutela do direito ao lazer nas relações de trabalho: um direito fundamental social necessário**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 11 maio 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55880&seo=1>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BOGDAN, Felipe Branco. **A JUSTIÇA DESPORTIVA E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL**. 2009. 83 p. Monografia (Direito)- Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Florianópolis, 2009. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33839-44319-1-PB.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BOUDENS, Emile. **(CPI CBF/NIKE: TEXTOS E CONTEXTO III): JUSTIÇA DESPORTIVA**. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, Brasília, p. 1-17, fev. 2002. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/200437.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 nov. 2017.

_____. Lei n.º 9615, de 24 de março de 1998. **Institui normas gerais sobre esporte e dá outras providências**. Promulgada em 24 de março de 1998. Disponível

em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm>. Acesso em: 05 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 881.864**. Clube de Regatas do Flamengo e Sport Club Recife. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, 18 de abril de 2017.

_____. Código Brasileiro de Justiça Desportiva] **Código Brasileiro de Justiça Desportiva / IBDD Instituto Brasileiro de Direito Desportivo**. — São Paulo : IOB, 2010.

_____. Ministério do Esporte. **Código Brasileiro de Justiça Desportiva. Comentários e legislação, em defesa da ética e da qualidade do esporte**. Brasília: Assessoria de Comunicação Social, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 6. ed. rev., atual. e ampl. até a Emenda Constitucional n.45/2004. -São Paulo: Saraiva, 2005

_____. **Constituição Federal anotada**. 10.ed. rev., atual. e reformada até a Emenda Constitucional n.70/2012. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, p. 4481

DORNELES, Luis Henrique Schemes. **A (Im) possibilidade de ajuizamento das ações desportivas na Justiça Comum**. Revista Jus Navegandi, [S.l.], p. 1-14, ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41677/a-im-possibilidade-de-ajuizamento-das-acoes-desportivas-na-justica-comum#_ftn114>. Acesso em: 05 nov. 2017.

FIFA, Federação Internacional de Futebol Associação. **Conselho da FIFA: Membros do Conselho da FIFA**. Disponível em: <<http://www.fifa.com/about-fifa/fifa-council/index.html>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

FIFA, Federação Internacional de Futebol Associação. **Estatutos da FIFA**. Disponível em: <<http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/the-statutes.html>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

FIFA, Federação Internacional de Futebol Associação. **FIFA STATUTES: Regulations Governing the Application of the Statutes Standing- Orders of the Congress**. Abril/2016. Disponível em:

<http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/generic/02/78/29/07/fifastatutswen_neutral.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2017.

FIFA, Federação Internacional de Futebol Associação. **Quem nós somos**. Disponível em: <<http://www.fifa.com/about-fifa/who-we-are/index.html>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

FREITAS, Wagner Constâncio Pereira de. **NOVO CPC: PROCEDIMENTO COMUM – FASE DECISÓRIA. SAIBA MAIS SOBRE O ASSUNTO.** Disponível em:

<<https://revistajur.com.br/novo-cpc-procedimento-comum-fase-decisoria-saiba-mais-sobre-o-assunto/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

FUTEBOL , Superior Tribunal de Justiça Desportiva do . **REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA DESPORTIVA DO FUTEBOL.** Disponível em: <https://cdn.cbf.com.br/content/201608/20160803152028_0.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2017.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa.4.Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Quem Somos.** Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/quem-somos-visitas-e-contatos>>. Acesso em: 30 set. 2017.

KRIEGER, Marcilio. **Alguns conceitos para o estudo do direito desportivo**

brasileiro. Revista Digital, Buenos Aires, n. 54, p. 1-2, nov. 2002. Disponível em:

<<http://www.efdeportes.com/efd54/direito.htm>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

KRIEGER, Marcilio Cesar Ramos. **Código brasileiro disciplinar do futebol: anotado e legislação complementar.** Florianópolis: Terceiro Milênio, 1996.

LIMA, Luiz César Cunha. **Comentários sobre a Justiça Desportiva e sugestão para a efetivação de sua independência e autonomia .** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VI, n. 14, ago2003. Disponível em: <[http://www.ambito-](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3992)

[juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3992](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3992)>. Acesso em 30 set 2017.

LOPES, José Felipe. **Os efeitos da intervenção da Justiça comum na matéria de competência da Justiça Desportiva do futebol no Brasil: Os problemas causados pela intervenção do Poder Judiciário na Justiça Desportiva, e uma tentativa de solução entre os órgãos, para que vivem em conformidade e harmonia em suas decisões.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6921/Os-efeitos-da-intervencao-da-Justica-comum-na-materia-de-competencia-da-Justica-Desportiva-do-futebol-no-Brasil>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

MELO FILHO, Álvaro. **O Desporto na Ordem Jurídico-Constitucional Brasileira,** São Paulo, Malheiros, 1995, p.232.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. **A unidade do processo judicial: O processo, entendido como o procedimento envolvido pelo contraditório, é uma categoria jurídica que tem várias divisões: desde os processos não-estatais até os legislativos.** DireitoNet, [S.l.], [s.p], mar. 2005. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1946/A-unidade-do-processo-judicial>>.

Acesso em: 03 nov. 2017.

NOTÍCIAS, Agência CNJ de. **CNJ Serviço: quais são as atribuições da Justiça Desportiva?** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85117-cnj-servico-o-que-faz-a-justica-desportiva>>. Acesso em: 03 nov. 2017

NOTÍCIAS, Agência CNJ de. **O que é e o que faz a Justiça Estadual?**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79204-o-que-e-e-o-que-faz-a-justica-estadual>>.

Acesso em: 30 set. 2017.

PINTO, Elizabeth Batista. **A pesquisa qualitativa em psicologia clínica.** Psicologia. USP, 2004.

PLACAR, Redação. **O que representa e quem criou a polêmica Taça das Bolinhas? Veja as especificações da taça que ficou polêmica em disputa de São Paulo e Flamengo.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/placar/o-que-representa-e-quem-criou-a-polemica-taca-das-bolinhas/#>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

SALOMÃO, Lídia. **Processo e procedimento: saiba o que cada um significa e objetiva.** Disponível em:

https://www.jurisway.org.br/cursos/curso.asp?id_curso=379&parte=2>. Acesso em: 31 out. 2017.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça Desportiva de. **Fundamento Legal.** Disponível em:

<http://www.tjd.sc.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=25&Itemid=45>. Acesso em: 04 nov. 2017.

SENADO FEDERAL. **As fases do Processo Penal.** Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/noticias/jornal/cidadania/jurados/not006.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Sistema Judiciário Brasileiro: organização e competências.** Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/2535347/sistema-judiciario-brasileiro-organizacao-e-competencias>>. Acesso em: 01 out. 2017.

SCHMITT, Paulo Marcos. **Magistrados na Justiça Desportiva**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 886, 6 dez. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7664>>. Acesso em: 29 set. 2017.

SCHMITT, Paulo Marcos. **Novo Código Brasileiro de Justiça Desportiva – Alterado pela Resolução 29 de 10/12/2009 do CNE**. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p.121-122

SOUSA, Fabricio Trindade de. **Direito em Jogo – Mudanças exigem reflexão sobre real função da Justiça Desportiva: Relevância reforça necessidade de constante aprimoramento**. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/direito-em-jogo-mudancas-exigem-reflexao-sobre-real-funcao-da-justica-desportiva-21062016>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

SOUSA, Gabriel Pinheiro. **O Princípio do Acesso à Justiça e sua relativização imposta pela obrigatoriedade do Exame Prévio na Justiça Desportiva**. Jus Brasil, [S.l.], s.p, s.d. Disponível em: <<https://gabrielgps.jusbrasil.com.br/artigos/186399624/o-principio-do-acesso-a-justica-e-sua-relativizacao-imposta-pela-obrigatoriedade-do-exame-previo-na-justica-desportiva>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

SOUZA, André de. **Flamengo recorre contra decisão do STF que declarou Sport único campeão de 1987: Defesa do clube diz que rival venceu a 'segunda divisão' do Campeonato Brasileiro**. O GLOBO, [S.l.], 19 out. 2017. Esportes, s.p. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/esportes/flamengo-recorre-contradecisao-do-stf-que-declarou-sport-unico-campeao-de-1987-21966513>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

WAMBIER, Pedro. **O direito desportivo e sua respectiva Justiça: uma breve explicação**. Disponível em:

<<https://pedrowambier.jusbrasil.com.br/artigos/113653255/o-direito-desportivo-e-sua-respectiva-justica-uma-breve-explicacao>>. Acesso em: 01 out. 2017.

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/97379/2012_lanfredi_luis_jurisdicao_desportiva.pdf?sequence=1

Capítulo 11

A RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASO DE DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

Karina Zomer Rezin
Ramirez Zomer
Márcia Zomer Rossi Mattei

Resumo: O presente trabalho de conclusão de curso faz uma análise da responsabilidade civil das pessoas que iniciam o procedimento de adoção e desistem durante o estágio de convivência. O objetivo desse estudo é verificar os pressupostos da responsabilidade civil, além de reconhecer o procedimento da adoção e identificar se o ordenamento jurídico autoriza a responsabilização civil daqueles que desistem da adoção durante o estágio de convivência. O método utilizado é estritamente bibliográfico, através da leitura de doutrinas e estudo dos ditames da Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, onde encontram-se os princípios da proteção integral, dignidade da pessoa humana e melhor interesse da criança e do adolescente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Adoção. Estágio de convivência. Desistência. Dano moral.

CIVIL LIABILITY IN CASE OF WAIVER OF WORSHIP DURING THE STAGE OF COEXISTENCE

Abstract: The present work of conclusion of course makes an analysis of the civil responsibility of the people who initiate the procedure of adoption and they give up during the stage of coexistence. The purpose of this study is to verify the assumptions of civil liability, as well as to recognize the adoption procedure and to identify whether the legal framework authorizes the civil responsibility of those who withdraw from adoption during the coexistence stage. The method used is strictly bibliographical, through the reading of doctrines and study of the dictates of the Federal Constitution and Statute of the Child and Adolescent, where are found the principles of integral protection, dignity of the human person and the best interest of the child and the adolescent.

Keywords: Civil liability. Adoption. Stage of coexistence. Abandonment. Moral damage.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso pondera acerca da possibilidade de reparar civilmente, através da indenização por danos morais, crianças e adolescentes que iniciam o procedimento de adoção por determinada família, mas acabam por serem restituídas ao abrigo ou instituição onde se encontravam, sem nenhum relevante motivo aparente.

Os casos de desistência do processo de adoção durante o estágio de convivência aumentam a cada dia, sendo que a frustração das crianças e adolescentes que passam por essa situação, continua sendo ignorada por ser possível juridicamente este ato odioso.

O que motiva este trabalho é a reflexão sobre a violência psíquica causada nos infantes que sofrem a frustração de serem devolvidos ao abrigo após criar uma expectativa de serem estabelecidos em uma nova família e verificar uma possível responsabilização civil para desencorajar os pretendentes à adoção a cometer tal ato, encarando o procedimento de adoção com maior seriedade.

A justificativa do tema é a importância de preservar os direitos das crianças e adolescentes, principalmente sua dignidade e o instituto do melhor interesse dos infantes.

Faz-se necessária a conscientização dos pretendentes à adoção para que percebam que essa modalidade de colocação em família substitutiva visa atender os interesses da criança ou adolescente, para que possam ter seu direito à convivência familiar assegurado, e não atender aos anseios dos adotantes.

Desta forma, para alcançar o objetivo deste trabalho, utiliza-se do método dedutivo a partir do resultado de pesquisas bibliográficas, dividindo-se em três capítulos: responsabilidade civil, adoção e responsabilização civil das pessoas pretendentes à adoção que devolvem a criança ou adolescente ao abrigo durante o estágio de convivência.

O primeiro capítulo conceitua a responsabilidade civil e o dano moral, percorrendo brevemente sobre a evolução do dano moral no Brasil e tratando sobre os pressupostos da responsabilidade civil nas modalidades objetiva e subjetiva, além de tratar brevemente das excludentes.

O segundo capítulo discute o conceito de adoção, além de analisar o instituto sob a perspectiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código Civil e verificar algumas alterações trazidas pela Lei Nacional da Adoção. Por fim, dedica-se a explicar os procedimentos e fases da adoção.

No último capítulo se discorrerá acerca da possibilidade de indenização por dano moral diante da desistência da adoção durante o estágio de convivência, analisando os danos sofridos pelo infante e os dispositivos legais que discutem sobre a responsabilização.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1. Conceito de Responsabilidade Civil e o Dano Moral

De acordo com Pamplona Filho e Stolze (2012, p. 90), a responsabilidade civil tem como objetivo compensar a vítima e punir o ofensor, pois a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que atuando ilicitamente, viola uma norma jurídica e dessa forma, deve se subordinar as consequências de seu ato, implicando na desmotivação da prática da conduta.

Sendo assim, responsabilidade civil é a obrigação que o ofensor possui de reparar o dano causado à vítima em consequência do ato ilícito que cometeu.

O que faz nascer a obrigação de reparar o dano é a prática de atos ilícitos, que são aqueles que contrariam as leis causando lesões ao direito subjetivo de

outrem. Sua definição encontra-se no artigo 186 do Código Civil: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Os elementos de responsabilidade civil são: conduta culposa do agente, nexo de causalidade, dano e culpa, os quais serão melhores abordados adiante, sendo que o dano é o principal elemento que configura a responsabilidade, pois, a vítima precisa ter um prejuízo para o ofensor ser civilmente responsável pelo seu ato.

Importante esclarecer que quando se fala em dano, estamos falando sobre o resultado da lesão sobre o patrimônio moral ou material.

Segundo Diniz (2003, p. 46) o dano é um dos pressupostos da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, visto que não poderá haver ação de indenização sem a existência de um prejuízo.

Quando o dano é unicamente moral, trata-se de um sofrimento que nada tem a ver com perda pecuniária, ou seja, é uma ofensa ao direito de personalidade, que fere unicamente o “espírito” da vítima, alterando negativamente seu estado anímico, podendo seus aspectos variar muito de pessoa para pessoa.

Carlos Roberto Gonçalves trás a seguinte definição de dano moral:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação. (GONCALVES, 2008, p.359).

O conceito de dano moral é indefinido, variando sob a visão de cada doutrinador, porém, apesar dessa variação, sua essência tem procedência em uma lesão que atinge o íntimo do ser humano, trazendo-lhe sofrimento, afronta, desonra, angústia, dor moral e física e, tornando difícil medir o tamanho desse prejuízo para fins de valoração pecuniária.

A doutrinadora Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.147) explica sobre a compensação do dano sofrido pela vítima:

O que antes era tido como inconcebível passou a ser aceitável, e, de aceitável, passou a evidente. Se era difícil dimensionar o dano, em questão de poucos anos tornou-se impossível ignorá-lo. Se era imoral receber alguma remuneração pela dor sofrida, não era a dor que estava sendo paga, mas sim a vítima, lesada em sua esfera extrapatrimonial, quem merecia ser (re)compensada pecuniariamente, para assim desfrutar de alegrias e outros estados de bem-estar psicofísico, contrabalançando (*rectius*, abrandando) os efeitos que o dano causara em seu espírito.

Nota-se que se tornou imprescindível o dever de reparar o dano íntimo da pessoa, tendo em vista que este trata de um direito constitucional através do princípio da dignidade da pessoa humana, com previsão no artigo 5º, V da nossa Carta Magna através da seguinte redação: “É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.”

1.2. Evolução do Dano Moral no Direito Brasileiro

Segundo Stoco (2007, p. 1679), o dano moral sofreu muita resistência até ser aceito em nosso ordenamento jurídico:

A teoria do dano moral será, talvez, a que maior resistência sofreu desde a sua concepção, que remonta à Índia lendária e a fabulosa Babilônia (Código de Manu e Hammurabi), passando pelo Direito Romano e frutificando e se desenvolvendo na França. Paulatinamente a teoria foi se desenvolvendo e sedimentando, evoluindo através de um trabalho de criação de poucos doutrinadores, com a resistência insistente de tantos outros.

Porém, como anteriormente mencionado, a Constituição Federal de 1988 aceitou a reparação do dano moral, trazendo em seu corpo expressamente a possibilidade da sua reparação através do art. 5º, incisos V e X.

Quando o texto da Constituição Federal de 1988 tornou a dignidade da pessoa humana um dos princípios fundamentais que regem a República Federativa do Brasil, o dano moral passou a ter seu espaço em nosso ordenamento jurídico, garantindo que àquele que sofresse desse dano fosse reparado civilmente.

Através do Código Civil de 2002, nos seus artigos 186 e 927, fora consagrado definitivamente a reparação civil por dano moral, em acordo com a Constituição Federal de 1988 e com os inúmeros movimentos internacionais, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que traz diversos dispositivos que observam a reparação do dano moral.

O artigo 186 do Código Civil de 2002, como já citado anteriormente, dispõe sobre o ato ilícito, afirmando que pode ser causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, basta que viole um direito ou cause dano a outrem.

Ainda, em seu artigo 927:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

A partir daí foi que a nossa legislação assimilou o princípio constitucional da reparação civil com maior ênfase.

1.3. Pressupostos Gerais da Responsabilidade Civil

Na lição de Fernando Noronha, para que surja a obrigação de indenizar são necessários os seguintes pressupostos:

1. que haja um fato (uma ação ou omissão humana, ou um fato humano, mas independente da vontade, ou ainda um fato da natureza), que seja antijurídico, isto é, que não seja permitido pelo direito, em si mesmo ou nas suas consequências;
2. que o fato possa ser imputado a alguém, seja por dever a atuação culposa da pessoa, seja por simplesmente ter acontecido no decurso de uma atividade realizada no interesse dela;
3. que tenham sido produzidos danos;
4. que tais danos possam ser juridicamente considerados como causados pelo ato ou fato praticado, embora em casos excepcionais seja suficiente que o dano constitua risco próprio da atividade do responsável, sem propriamente ter sido causado por esta (NORONHA, 2010, p. 468/469).

Existe divergência entre doutrinadores em relação aos pressupostos da responsabilidade civil. Silvio de Salvo Venosa (2003, pag. 13) enumera quatro

pressupostos para que passe a existir o dever de indenizar, afirmando que “[...] os requisitos para a configuração do dever de indenizar: ação ou omissão voluntária, relação de causalidade ou nexos causal, dano e finalmente, culpa.” Já Maria Helena Diniz (2003, pag. 32) entende que são três os pressupostos: ação ou omissão, dano e a relação de causalidade.

1.3.1. Conduta Humana

A conduta humana pode ser uma ação ou omissão, é o ato praticado que causa um dano a outrem. Importante mencionar que a conduta ativa significa que houve um ato proativo, ou seja, demanda uma conduta, um agir. Já a conduta omissiva é o “deixar de agir” voluntariamente.

Ainda, o ato ilícito tanto pode ser causado por dano, quanto por negligência, imprudência ou imperícia do agente. Esse ato gera obrigação de reparar o dano.

Sílvio Rodrigues (2002, pag. 16) em relação à conduta humana afirma que:

A responsabilidade do agente pode defluir de ato próprio, de ato de terceiro que esteja sob a responsabilidade do agente, e ainda de danos causados por coisas que estejam sob a guarda deste. A responsabilidade por ato próprio se justifica no próprio princípio informador da teoria da reparação, pois se alguém, por sua ação, infringindo dever legal ou social, prejudica terceiro, é curial que deva reparar esse prejuízo.

A ação ou omissão que gera a responsabilidade civil pode ser ilícita ou lícita e a “responsabilidade decorrente de ato ilícito baseia-se na idéia de culpa, e a responsabilidade sem culpa funda-se no risco, [...] principalmente ante a insuficiência da culpa para solucionar todos os danos” segundo afirma Maria Helena Diniz (2003, pag. 37). No mesmo contexto, a doutrinadora explica: o comportamento pode ser comissivo ou omissivo, sendo que a “comissão vem a ser a prática de um ato que não se deveria efetivar, e a omissão, a não-observância de um dever de agir ou da prática de certo ato que deveria realizar-se.”

1.3.2. Nexa de Causalidade

O nexa de causalidade, como o próprio nome diz, é a ligação entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. É preciso que o dano tenha sido ocasionado pelo ato do agente para que exista esse liame de causalidade e assim gerar o dever de indenizar.

Sílvio de Salvo Venosa (2003, pag. 39) ensina que:

O conceito de nexa causal, nexa etimológico ou relação de causalidade deriva das leis naturais. É o liame que une a conduta do agente ao dano. É por meio do exame da relação causal que concluímos quem foi o causador do dano. Trata-se de elemento indispensável. A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexa causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexa causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida.

Portanto, é preciso que haja relação entre o ato omissivo ou comissivo do agente e o dano sofrido pela vítima para que se configure a responsabilidade civil daquele.

1.3.3. Dano

Se a conduta do agente não acarretar em um dano para vítima, não surge dever de indenizar. Sem dano, não há de se falar em responsabilidade civil.

Maria Helena Diniz (2003, pag. 112) conceitua dano como a “lesão (diminuição ou destruição) que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral.”

É possível que haja dano em três diferentes espécies, que são: material, moral e estético. O dano material é aquele que fere economicamente a vítima, ou seja, causa um prejuízo ao patrimônio que pode ser facilmente quantificado. Essa espécie de dano possui duas diferentes naturezas, podendo tratar-se de danos emergentes, que constitui no que o lesado realmente perdeu; ou de lucros cessantes, que versa sobre o que o lesado deixou de ganhar em razão do ato do agressor. O dano moral, por sua vez, é de difícil valoração, pois ofende o íntimo da

vítima, lesando os direitos de personalidade, como a honra, dignidade, intimidade, imagem etc. Já o dano estético é a alteração morfológica que a vítima sofre em razão do ato ilícito, abrangendo as deformidades e marcas, ainda que mínimas.

No geral, o dano é o prejuízo resultante da lesão a um bem ou direito, motivando para o lesado o direito de ser ressarcido.

O dano também pode estar relacionado com a “perda da chance”, “expectativa de direito” de alguém, que fora frustrada devido à conduta de um terceiro.

A teoria da perda da chance é aceita no ordenamento jurídico como uma das categorias do dano, sendo as demais: danos materiais, morais e estéticos, como já abordados. Essa teoria ainda possui uma grande discussão doutrinária, pois se trata de um dano de difícil verificação.

O dano que se origina a partir de uma oportunidade perdida está lidando com uma expectativa de direito, uma situação que possivelmente aconteceria caso a conduta do agente violador não existisse.

É aí que entra em discussão a possibilidade de responsabilizar alguém que “adota provisoriamente” uma criança ou adolescente de um abrigo para ficar com ela durante o estágio de convivência³ e desiste da adoção após esse período, fazendo com que o adotando perca a chance de conhecer uma nova família que o adote e frustrando sua expectativa de direito.

A teoria da perda da chance auxilia na reparação de casos que decorrem do sentimento de frustração devido uma oportunidade perdida. Essa teoria deve ser aplicada analisando o caso concreto, buscando indenizar àqueles que realmente tinham uma expectativa real sobre um fato e foram cerceados do seu direito.

³ Estágio esse que não possui tempo máximo, podendo durar meses ou às vezes mais de um ano.

1.3.4. Culpa

A culpa não é um elemento essencial para responsabilidade civil, pois, nossa legislação já admite a existência de responsabilidade sem a presença desse instituto.

Existem dois tipos de “culpa” dentro do ordenamento jurídico. A culpa *latu sensu* que engloba tanto a culpa *strictu sensu*, que será aclarada em seguida, como o dolo, que é a intenção do indivíduo que age com má-fé.

Caracteriza-se a presença de culpa *strictu sensu* quando o agente que causou o dano fez isso sem intenção, mas o fez por imprudência, negligência, imperícia, devendo então repará-lo. A imprudência trata-se da falta de atenção no cumprimento de determinado ato, ou ainda, o ato é realizado sem os conhecimentos necessários para tanto. A imperícia ocorre quando aquele que acredita estar apto e possuir conhecimentos suficientes pratica ato para o qual não está preparado por falta de competência. A negligência se dá quando o agente não toma os devidos cuidados, não acompanha a realização do ato com a devida atenção e diligência.

2.4. Espécies da Responsabilidade Civil quanto à Culpa

No início a responsabilidade civil foi motivada pela autotutela, que se trata do desejo de vingança privada. Com o passar do tempo, essa responsabilidade evoluiu para punição pecuniária ao dano causado, o que vem sendo aplicado até os dias atuais.

A responsabilidade civil pode apresentar-se sob várias espécies, isso devido às diferentes perspectivas que servem como base de análise para o seu estudo.

Neste momento, torna-se importante conhecer duas modalidades da responsabilidade civil, quais sejam: subjetiva e objetiva.

2.4.1. Subjetiva

Difere-se da objetiva no que diz respeito à existência ou não de culpa por parte do agente que causou o dano experimentado pela vítima.

Em outros termos, nesta modalidade discute-se se o dano contra a vítima foi causado por culpa do agente, enquanto que a objetiva o fundamento é a teoria do risco, onde não existe a obrigação de provar culpa para que prevaleça o dever de indenizar.

O artigo 927 do Código Civil trás as características da responsabilidade civil subjetiva: aquele que, cometendo ato ilícito, causar dano a outrem é obrigado a repará-lo. Desse modo, o ato ilícito, o dano a outrem e a culpa, são a base da existência da responsabilidade civil subjetiva.

Sobre este instituto, Silvio Rodrigues (2002, pag. 11) disciplina que “se diz ser subjetiva a responsabilidade quando se inspira na ideia de culpa” e que de acordo com o entendimento clássico “a concepção tradicional a responsabilidade do agente causador do dano só se configura se agiu culposa ou dolosamente”.

Para os defensores da teoria da responsabilidade civil subjetiva é necessário que o ofensor tenha consciência dos seus atos, agindo com intenção de provocar o dano para caracterizar o dolo, ou ainda, aja com negligência, imprudência ou imperícia para que esteja presente a culpa.

2.4.2. Objetiva

Diferentemente da responsabilidade subjetiva, na responsabilidade objetiva o dano é gerado por uma atividade lícita, porém que acarreta um perigo a outrem, originando, assim, o dever de indenizar, simplesmente através do instituto do nexo causal. Através dessa teoria, surgiu a teoria do risco, admitindo reparar o dano sofrido, independentemente da culpa. A teoria da culpa prevalece como direito comum ou regra geral básica da responsabilidade civil; e a teoria do risco ocupa os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados (PEREIRA, 1995).

O Código Civil brasileiro de 1916 adotava somente a teoria subjetivista. O Código de 2002 ajustou-se a evolução da responsabilidade, e apesar de não ter abandonado por completo a responsabilidade subjetiva, inovou ao estabelecer a responsabilidade objetiva em seu artigo 927:

“Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Acerca do tema Rui Stoco (2011) assevera: “A necessidade de maior proteção a vítima fez nascer a culpa presumida, de sorte a inverter o ônus da prova e solucionar a grande dificuldade daquele que sofreu um dano demonstrar a culpa do responsável pela ação ou omissão.”

Para a responsabilidade objetiva, o elemento fundamental para existir o dever de indenizar é a ocorrência do FATO e não da CULPA.

2.4.3. Excludentes de Responsabilidade Civil

Existem alguns fatores previstos em lei que afastam a responsabilidade do agente, seja por excluir a ilicitude ou o nexo causal, que são as chamadas excludentes de responsabilidade civil.

As excludentes de ilicitude são: estado de necessidade, o qual ocorre quando o agente encontra-se em uma situação onde se vê obrigado a agredir um direito alheio para proteger outro de igual ou maior valor jurídico; legítima defesa, quando o agente vivencia situação injusta de agressão do seu direito ou de outrem, a qual não está obrigado a suportar; exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal, que ocorre quando o agente pratica um ato que está contido na execução adequada do direito, por exemplo, em uma atividade como o boxe, são admitidas agressões físicas a terceiros, desde que não incorram excessos.

Ainda dentro das excludentes de responsabilidade civil existem as excludentes de nexo causal, são elas: caso fortuito e força maior, que ocorrem quando os prejuízos causados a terceiros não se puderam evitar ou impedir por fatores maiores à vontade do agente; culpa exclusiva da vítima, ou seja, a atuação da vítima nesse caso é inteiramente de culpa dela, não tendo o agente responsabilidade pelos atos que foram provocados; e fato de terceiro, quando há atuação causal de terceiro, sem que se possa atribuir participação causal do autor do fato.

3 ADOÇÃO

3.1. Conceito

A adoção constitui uma das medidas legais⁴ para a colocação em lar substitutivo a uma criança ou adolescente privada de família e propicia a ela refazer os seus laços de filiação (PAIVA, 2004). Na prática ela ocorre desde o início das civilizações, pois sempre existiram mães que, por diferentes motivos e impossibilidades, abandonaram ou entregaram seus filhos. A adoção como uma possibilidade legal sempre existiu nos países em que a legislação seguiu o direito romano, no qual a linhagem e o patrimônio eram valores predominantes. Na antiguidade, o objetivo da adoção era dar continuidade à família e não de encontrar uma família para as crianças abandonadas, modelo vigente na adoção chamada moderna (YAMA, 2004).

A adoção nada mais é que um ato jurídico onde uma pessoa ou casal assume uma criança ou adolescente sem laço sanguíneo de forma permanente como seu filho. Com a formalização deste ato, o adotado perde as ligações de filiação com sua família biológica, passando a constar em seus documentos os nomes dos pais adotivos.

3.2. Fundamentos Jurídicos

3.2.1. Adoção Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente – LEI 8.069/1990

Foi com a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que ocorreram as principais mudanças no instituto da adoção. Uma das principais modificações foi a observância do melhor interesse da criança acima do interesse de suprir a família adotante.

Neste sentido:

Dessa forma, a Lei n. 8.069/1990, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral, significou uma verdadeira revolução para o direito infanto-juvenil, estabelecendo no ordenamento jurídico brasileiro uma concepção de infância atrelada à nova noção de cidadania estabelecida na Carta de 1988. Essa nova postura tem como alicerce a convicção de que criança e adolescente são merecedores de direitos próprios e especiais, que, em razão de sua condição específica e pessoas em desenvolvimento, estão a necessitar de uma proteção especializada, diferenciada e integral. (VERONESE; SILVEIRA, 2011 p. 27).

Outra relevante mudança a partir do ECA se deu em seu artigo 41, que igualou os direitos e deveres do filho adotado com o filho natural, a partir da redação: “[...] atribuir a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes naturais, salvo os impedimentos matrimoniais.”

O Estatuto também modificou a idade mínima do adotante para 21 anos, em seu artigo 42, independentemente do estado civil.⁵

Outra maneira de assegurar a proteção do adotado foi instituir o artigo 43 que determina que os motivos da adoção devem ser fundamentados e demonstrarem vantagens ao adotando.

O estágio de convivência também foi uma inovação trazida pelo Estatuto, que em seu artigo 46 dispõe: “A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.”

Para compreender melhor o conceito de estágio de convivência, verifica-se o entendimento doutrinário:

Estágio de convivência é o período no qual a criança ou adolescente é confiada aos cuidados da(s) pessoa(s) interessada(s) em sua adoção (embora, no início, a aproximação entre os mesmos possa ocorrer de forma gradativa), para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo paterno filial a partir, inclusive, da análise do relacionamento entre o adotando e os demais integrantes do núcleo familiar, com os quais este irá conviver. Por força do contido no caput do dispositivo, a realização do estágio de convivência será a regra (mesmo em relação a crianças recém-nascidas), como forma de aferir a adaptação da criança ou adolescente à família substituta e a constituição de uma relação de afinidade e afetividade entre os mesmos, que autorize o deferimento da adoção. (DIGIÁCOMO, Murilo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim, 2011, p. 73).

O ECA também determinou a obrigatoriedade de haver uma sentença judicial para fazer valer a adoção, não sendo mais permitido que se efetue apenas por escritura pública, como ocorria.

Outra inovação introduzida pelo Estatuto foi a adoção póstuma, que significa a possibilidade da adoção ser deferida ainda que o adotante faleça durante o curso do processo, desde que haja provas inequívocas de que esta era sua vontade.

Apesar de todas as modificações trazidas, visando aprimorar o instituto da adoção para que se torne ainda mais vantajosa ao adotando, a colocação da criança ou adolescente em família substituta é medida excepcional, ou seja, antes disso será avaliado se realmente não há possibilidade da criança ou adolescente retornar ao seio familiar natural:

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

Sobre o direito à convivência familiar, destaca-se:

A convivência familiar é um dos direitos assegurados constitucionalmente à criança e ao adolescente para fortalecer os vínculos de família e afetividade, essencial para o desenvolvimento da pessoa humana, físico, mental e social. É uma necessidade vital da pessoa em formação viver junto à família de origem, em ambiente de afeto e cuidados mútuos, desfrutando de uma rede afetiva onde pode crescer, brincar, ser tolerada, compreendida e amparada. (MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade, 2010, p. 75)

Ainda há a possibilidade de adoção, embora somente em casos onde realmente se esgotem todos os outros meios possíveis, que é a adoção internacional, que

permite um estrangeiro, residente fora do país, adotar uma criança ou adolescente brasileiro. Os requisitos para essa forma de adoção devem ser respeitados para que se evite qualquer prejuízo ao adotando e não corra riscos de se tratar de tráfico de menores. O adotado só poderá sair do país quando completar todo o estágio de convivência em território nacional e a sentença transitar em julgado.

O artigo 51 do ECA dispõe sobre o assunto:

Art. 51. Considera-se adoção internacional aquela na qual a pessoa ou casal postulante é residente ou domiciliado fora do Brasil, conforme previsto no Artigo 2 da Convenção de Haia, de 29 de maio de 1993, Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aprovada pelo Decreto Legislativo no 1, de 14 de janeiro de 1999, e promulgada pelo Decreto no 3.087, de 21 de junho de 1999.

§ 1º A adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil somente terá lugar quando restar comprovado:

I - que a colocação em família substituta é a solução adequada ao caso concreto;

II - que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família substituta brasileira, após consulta aos cadastros mencionados no art. 50 desta Lei;

III - que, em se tratando de adoção de adolescente, este foi consultado, por meios adequados ao seu estágio de desenvolvimento, e que se encontra preparado para a medida, mediante parecer elaborado por equipe interprofissional, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 2º Os brasileiros residentes no exterior terão preferência aos estrangeiros, nos casos de adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro.

Desta feita, verificando alguns dos aspectos que foram trazidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, é notório que o referido diploma legal buscou modificar uma antiga cultura acerca da infância e da juventude, atendendo ao melhor interesse do menor que necessita ser colocado em família substitutiva, buscando melhorar seu desenvolvimento e qualidade de vida, e não mais os interesses das famílias adotantes.

3.2.2. Adoção Segundo O Código Civil – LEI 10.406/2002

Poucas foram as modificações trazias ao instituto da adoção pela ótica do Código Civil de 2002, tendo em vista que foram mantidas as diretrizes do Estatuto da Criança e do Adolescente e os princípios estabelecidos na Constituição Federal.

Venosa considerou da seguinte forma:

O que temos atualmente é uma harmonização entre o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que ambos tratam do mesmo assunto e por muitas vezes repete a mesma ideia básica do Estatuto, e em outras o completa, não existindo incompatibilidade entre ambas as normas. (VENOSA, Sílvio de Sálvio, 2003, p.349.)

A principal modificação trazida foi a redução da maioridade civil para 18 anos, que consequentemente oportunizou que os interessados em adotar também possam ter essa idade.

Anteriormente à vigência da Lei 12.010/2009, o artigo 1618 do Código Civil assim preceituava:

Art. 1618. Só a pessoa maior de dezoito anos pode adotar.
Parágrafo único. A adoção por ambos os cônjuges ou companheiros poderá ser formalizada, desde que um deles tenha completado 18 (dezoito) anos de idade, comprovada a estabilidade da família.

Ainda, em relação à diferença de idade necessária entre o adotante e o adotado o artigo 1.619 prescrevia: “O adotante há de ser pelo menos 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotado”. Essa diferença de idade já era exigida também no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ambos os artigos mencionados foram revogados em 2009 com a entrada em vigor da Lei 12.010 (Lei Nacional da Adoção), que será abordada no próximo tópico. Aliás, com a entrada em vigor da Lei n. 12.010/2009 houve a revogação dos artigos 1620 a 1629 do Código Civil, bem como a modificação dos artigos 1.618 e 1.619.

3.2.3. Alterações Trazidas Pela Lei 12.010/2009 (Lei Nacional Da Adoção)

Com o passar dos anos tornou-se necessário criar uma lei própria para o instituto da adoção, para que pudesse abordá-lo de maneira mais específica. Pensando nisso, criou-se a Lei 12.010 de 2009, a Lei Nacional da Adoção, que inovou o Estatuto da Criança e do Adolescente em prol do direito à convivência familiar do adotando.

A primeira grande inovação trazida por essa lei trata-se da irrevogabilidade. Destaca-se, que a adoção trata-se de um instituto irrevogável, sendo proibida a desistência da adoção quando já concretizada.

Sendo assim, a Lei incluiu ao ECA o seguinte artigo:

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 1º A adoção é medida excepcional e **irrevogável**, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Grifou-se)

Além disso, houve a inclusão do §2º no mesmo artigo, vedando a adoção por procuração.

Sobre o estágio de convivência, essa Lei também estabeleceu novas regras. Foi ela quem incluiu no texto do ECA sobre a dispensa do estágio de convivência se o menor já estiver sob a guarda ou tutela do adotante durante tempo suficiente para a formação de vínculo afetivo (art. 46,§1º); cumprimento de no mínimo 30 (trinta) dias do estágio de convivência no território nacional, se o adotante residir no exterior (art. 46, §3º); e acompanhamento do estágio de convivência por equipe interprofissional do Juízo, com a elaboração de relatório sobre a adaptação do infante na família adotiva (art. 46,§4º).

Observa-se que o legislador se preocupou em dar maior acesso aos processos judiciais aos adotados, permitindo, através do parágrafo único o artigo 48, que o menor de 18 anos possa visualizar seu processo de adoção.

Ainda, com intuito de maior divulgação do cadastro de adotantes, incluiu o §5º no artigo 50, estabelecendo que “serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. ”

Referente à adoção internacional, a Lei n. 12.010/2009 pretendeu burocratizar e deixar ainda mais rigorosa, deixando clara a preferência de adoção por nacionais, exigindo que se consultem os interessados em adotar que residem no Brasil antes de deferir o pedido do interessado estrangeiro.

Apenas algumas das modificações trazidas pela Lei Nacional da Adoção foram aqui abordadas, porém, o que pode-se perceber é que tal dispositivo legal almejou a valorização social das crianças e adolescentes e preocupou-se com seu desenvolvimento e bem-estar.

3.3. Procedimento e Fases da Adoção

O processo de adoção sempre será judicial e respeitará os ritos previstos na Lei nº 8.069/1990 e na Lei n. 12.010/2009.

As principais etapas da adoção são: petição inicial de habilitação, etapa de preparação dos pretendentes a adotantes, deferimento do pedido de habilitação e inscrição no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), requerimento de adoção, estágio de convivência e sentença.

Segundo Hália Pauliv de Souza (2007), a adoção conta com uma fase pré-processual:

O processo de adoção inicia-se de forma unilateral pelo pretendente a adotante e, independente de qualquer norma jurídica, trata-se de uma decisão pessoal em que os interessados em adotar se autoanalisam para que conheçam seguramente, a real motivação que os leva a complexidade deste ato.

O procedimento de adoção não é simples, tendo em vista os procedimentos burocráticos e formalidades que servem para prevenir e dar maior segurança ao adotando.

Conforme o art. 50 § 1º da Lei nº 8.069/90: “O deferimento à inscrição dar-se-á após prévia consulta aos órgãos técnicos da Vara da Infância e da Juventude, ouvido o Ministério Público.”

O primeiro passo que a pessoa que pretende adotar deve seguir é ir até a Vara da Infância e da Juventude na sua Comarca para habilitar-se. Serão solicitados alguns documentos necessários para continuar o processo e, após isso, os pretendentes serão inscritos para as entrevistas por uma equipe composta por psicólogos e assistentes sociais. Nessa entrevistas os pretendentes descreverão as características das crianças que desejam adotar⁷ e apresentarão suas expectativas com a adoção, além de informar o que as motivou para adotar.

Quando os candidatos são aprovados pelo juiz, passam a ser considerados aptos à adoção e entram no cadastro de pretendentes. Em caso de não serem

aprovados, possivelmente serão encaminhados aos serviços de atendimento à adoção para realização de um trabalho que visa auxiliar a superar o sofrimento ligado à decisão de adotar. Esse procedimento possibilita que esses candidatos sejam aprovados em outro momento.

A partir do momento em que é encontrada a criança que melhor se encaixa com as características descritas pelos pretendentes, através do Cadastro Único da Adoção, inicia-se uma aproximação destes por intermédio de uma equipe técnica da Vara, que irá acompanhar os encontros e observar a interação para verificar a possibilidade de alocar àquela criança na família adotiva. Essa aproximação será gradativa.

Vencida essa etapa, quando a criança está colocada na família adotiva, esta detém sua guarda provisória, iniciando assim o estágio de convivência. Após um tempo de convívio não determinado (depende de cada caso concreto), a sentença da adoção será proferida e a família será acompanhada esporadicamente pela equipe técnica da Vara, que relatará ao juiz a relação percebida.

Quando o juiz profere a sentença que determina e legaliza a filiação por adoção é emitida uma nova certidão de nascimento para a criança e se apagarão suas referências anteriores. Isso ocorre para evitar a discriminação da criança adotada quanto à exposição da sua condição. A partir daí a criança passa a ser reconhecida como filha legítima de outros pais.

PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Para elaboração do presente trabalho de conclusão de curso foi utilizado o método exploratório-bibliográfico, por recorrer ao uso de materiais, como livros, revistas, teses de mestrado, artigos, além de pesquisas em sites especializados.

A natureza do presente artigo possui caráter descritivo e utilizou-se de fontes secundárias, como leitura de doutrinas e revisão bibliográfica, para alcançar o resultado final.

Os resultados dar-se-ão de forma qualitativa, tendo em vista que irão se traduzir em conceitos e ideias.

A aplicação da pesquisa funcionou da seguinte forma: leitura artigos científicos e doutrinas e estudo dos ditames da Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil e Lei Nacional da Adoção.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DAS PESSOAS PRETENDENTES À ADOÇÃO QUE DESISTEM DA ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA

De fato, a desistência da adoção durante ou ao final do estágio de convivência às instituições de acolhimento não há vedação, pois nesta etapa ainda não houve sentença para concretizar a adoção, sendo assim, não está sujeita à irrevogabilidade prevista no artigo 39, §1º do ECA.

No entanto, levando em consideração os frequentes casos de desistência nesse período, há uma necessidade de se verificar a possibilidade de responsabilizar civilmente os pretendentes à adoção que praticam tal ato. Tanto porque, trata-se de um total desrespeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proteção integral à infância e à juventude.

O estágio de convivência consiste na adaptação entre adotante e adotando e é necessário para que não ocorram adoções precipitadas, gerando situações irreversíveis que serão prejudiciais às partes envolvidas.

No entanto, é evidente que nesta fase da adoção, onde os pretendentes possuem a guarda provisória da criança ou adolescente, há uma expectativa por parte deste de fazer parte de uma nova família, o que trata-se do sonho de todos dos infantes que vivem em abrigos.

Ocorrendo a desistência da medida, fica óbvio que a criança ou adolescente sofre um grande abalo emocional, ao se verem novamente privados do direito à convivência familiar. Tal ato de desistir de uma criança ou adolescente que está em processo de desenvolvimento necessitando de proteção, cria o sentimento de rejeição que muitas vezes jamais é superado.

Grande foi a preocupação, ao criar o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei Nacional da Adoção, de proteger os direitos mais elementares dos infantes que foram privados da sua família natural por algum motivo, para que não houvesse mais a necessidade de passar por frustrações e violações dos seus direitos. No entanto, não observou-se que permitir a devolução imotivada durante o estágio de convivência sem qualquer responsabilização dos pretendentes à adoção, é o mesmo

que “fechar os olhos” para a violação de direitos constitucionais desses infantes.

Ferir o íntimo de crianças e adolescentes que estão desenvolvendo sua capacidade de amar e respeitar o próximo é uma grave atitude que pode vir a desencadear sérios problemas psicológicos a partir desta frustração. Portanto, necessário se torna encontrar meios para desencorajar essa prática odiosa, como a possibilidade de indenização por danos morais, pois, não é justo permitir que os infantes fiquem sujeitos à discricionariedade irresponsável dos pretendentes à adoção.

A esse respeito, dispõe Katia Regina Maciel (2013, p. 313):

Quanto mais o tempo passa, mais se forma no adotando o sentimento de amor e carinho e a sensação de estar sendo aceito em um núcleo familiar, passando a sentir a segurança de ter uma família; a passagem do tempo forma, mais e mais, o senso de segurança de estar sendo aceito no núcleo familiar. Quando ocorre a devolução do adotando, após longo decurso do tempo, sem motivo justo, está sendo cometida grande violência contra aquele, que está sendo rejeitado.

Sem sombra de dúvida, o ato de desistir de adotar a criança ou adolescente a essa altura do procedimento causa abalos emocionais severos, qualificando o dano moral, que, como já discorrido na primeira parte do presente artigo, trata-se da violação do direito de outrem causando danos não patrimoniais, mas sim em seu íntimo.

Também é importante ressaltar que a possibilidade de indenização por dano moral, possui caráter punitivo, que deve servir para reprimir aquele ato; função reparadora, que convém para ressarcir a vítima do ato agressor; bem como, possui caráter preventivo, para conscientizar demais pessoas a encararem o procedimento da adoção com mais seriedade, sabendo que o objetivo principal da adoção é a busca de uma família para uma criança ou adolescente que foi privada deste direito, e não visa buscar filhos para famílias por interesses pessoais.

Quando discutiu-se acerca dos pressupostos da responsabilidade civil, foi mencionada a perda da chance como a possibilidade de dano. O estágio de convivência retira o infante da instituição e o coloca em um lar com o pretendente à adoção na expectativa de aproximar as partes e implantá-lo em uma nova família. Esse estágio pode levar meses, ou ano, pois não há uma previsão legal determinando um tempo máximo. Caso a criança ou adolescente seja restituída ao abrigo após um

longo tempo de convivência com determinada família, poderá perder a chance de encontrar uma família definitiva, que a acolha e não desista da adoção ao final do estágio.

A partir deste raciocínio, é notório que o dano foi causado e deve ser reparado. Tendo em vista que neste caso a reparação civil consiste em indenizar por dano moral, essa deve ser a medida que se impõe, ante a lesão dos direitos da criança, bem como violência psicológica que sofreu, situação que constitui o ato ilícito, em razão do abuso do direito nos termos do artigo 927 e 187 do Código Civil.

O artigo 187 do Código Civil conceitua o abuso de direito nos seguintes termos: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Sendo assim, o que caracteriza abuso de direito é o seu anormal, ou seja, aquele ato que se afasta da ética e da finalidade social ou econômica do direito.

A desistência da adoção durante o estágio de convivência não é ilegal, tendo em vista que a lei não proíbe tal conduta, todavia a desistência imotivada causa graves danos à criança ou adolescente, desviando a finalidade social a que se destina, desse modo caracterizando ato ilícito e, conseqüentemente, gerando dever de indenizar.

Sabe-se que a indenização por danos morais não inibirá os problemas psicológicos de se manifestarem na criança ou adolescente frustrado, porém, servirá para custear tratamentos que ajudarão a superar o transtorno sofrido e amenizar os abalos morais suportados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, as modificações acerca de família e principalmente sobre o instituto da adoção vêm priorizando e buscando assegurar os direitos da criança e do adolescente à convivência familiar. A colocação em família substitutiva objetiva cada vez mais garantir a boa formação das pessoas em desenvolvimento, tendo em vista que a falta de uma estrutura familiar acarreta em prejuízos à personalidade do infante.

Partindo da premissa que é fundamental garantir os direitos das crianças e adolescentes e cuidar para que não sofram abalos que possam acarretar problemas psíquicos em sua personalidade, a desistência do processo de adoção e devolução

da criança durante o estágio de convivência ofende diretamente os direitos constitucionais do infante.

Embora não haja previsão legal que impeça o desfazimento da adoção antes desta ser concretizada por sentença, a conduta de devolver certamente ultrapassa negativamente os limites impostos pelo fim social, pela boa-fé e pelos bons costumes, inserindo-se no conceito de abuso de direito previsto no artigo 186 do Código Civil, devendo, assim, nascer a obrigação de reparar.

A reparação dos danos no presente caso possui caráter triplo, ou seja, serve para reparar os prejuízos sofridos pela criança/adolescente; reprimir o odioso ato da devolução; e desestimular condutas semelhantes, fazendo com que as pessoas tratem com mais seriedade a decisão de se inscreverem no cadastro de adoção.

Com isso, conclui-se que asilar a medida de responsabilizar civilmente os pretendentes à adoção que desistem do procedimento imotivadamente durante o estágio de convivência, através da obrigação de indenizar é atender ao princípio de proteção integral e melhor interesse da criança e caminhar em conjunto com as favoráveis mudanças que vêm ocorrendo para o melhor desenvolvimento e futuro das crianças e adolescentes que anseiam por uma nova família.

REFERÊNCIAS

- 1 - BRITO, Eduardo Cesar Vasconcelos. **Teorias e Espécies de Responsabilidade Civil**: subjetiva, objetiva, pré-contratual, contratual, pós-contratual e extracontratual. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,teorias-e-especies-de-responsabilidade-civil-subjetiva-objetiva-pre-contratual-contratual-pos-contratual-e-ext,47066.html>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- 2 - DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara de Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado** – 2ª edição. São Paulo: FTD, 2011.
- 3 - DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. Vol.7. 17ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- 4 - FERRARA, Gabrielle Gazeo. **Aspectos Gerais Sobre a Teoria da Perda de Uma Chance**: quando uma oportunidade perdida é causa de indenizar. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245438,31047-Aspectos+gerais+sobre+a+teoria+da+perda+de+uma+chance+quando+uma>> Acesso em: 30 set. 2017.
- 5 - FILHO, Cavalieri. **Programa de responsabilidade civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2012.
- 6 - GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.
- 7 - GRANATO, E. F. R. **A adoção no Brasil na atualidade**. São Paulo: Tese de Doutorado, Universidade Mackenzie, 1996.
- 8 - JUNIOR, Vital Borba de Araújo. **Excludentes de Responsabilidade Civil**. Disponível em: <<http://www.iesp.edu.br/newsite/assets/2012/11/111.pdf>> Acesso em: 27 set. 2017.
- 9 - MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- 10 - MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 11 - NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- 12 - OLIVEIRA, Daniela Ulguim. **Pressupostos da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro**. Disponível em:

<<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/pressupostos-da-responsabilidade-civil/26381/>> Acesso em: 30 set. 2017.

13 - PAIVA, L. D. **Adoção**: Contribuições da psicanálise à prática do psicólogo judiciário. São Paulo: Dissertação de Mestrado, Instituto Psicologia, Universidade de São Paulo, 2003.

_____. **Adoção, significados e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

14 - PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

15 - PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

16 - RIBEIRO, Karolyne Moraes. **A Evolução e os Aspectos Atuais do Dano Moral no Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-e-os-aspectos-atuais-do-dano-moral-no-direito-brasileiro,33768.html>>. Acesso em: 27 set. 2017.

17 - RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil Volume IV**, Editora Saraiva 19ª Edição, São Paulo, 2002.

18 - SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Responsabilidade Civil: Origem e pressupostos gerais**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11875> Acesso em: 30 set. 2017.

19 - SANTOS, Pablo de Paula Saul. **Dano Moral: Um estudo sobre seus elementos**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819>. Acesso em: 30 set. 2017.

20 - SOUZA, Hália Pauliv de. **Adoção é adoção**. Curitiba: Juruá, 2007.

21 - STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7 ed.. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

22 - VENOSA, Sílvio de Sálvio. **Direito Civil: direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

23 - VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Vol.4. 3ªed. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

24 - VERONESE, Josiane Rose Petry e SILVEIRA, Mayra. **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

25 - YAMA, R. **Os pais adotivos: Preceitos, fantasias, fatores motivacionais inconscientes e suas implicações na formação do sintoma da criança**. São Paulo: Dissertação de Mestrado, Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, 2004.

Capítulo 12

OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E OS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

**Rosana Kuhnen
Ramirez Zomer
Fabrício Trevisol Bordignon**

Resumo: A obsolescência programada envolve a decisão de um fabricante em colocar no mercado um produto com prazo de validade contada, sem mencionar ao consumidor que irá adquirir um produto, com fim próximo. É parte da estratégia de mercado para garantir o consumo e desenvolver a economia. A obsolescência gera alguns reflexos na sociedade, entre eles: o consumo em excesso de alguns produtos, a geração de lixo eletrônico, agredindo ao meio ambiente, e o descontentamento de clientes em algumas compras. Essa pesquisa tem como objetivo principal analisar quais as consequências que envolvem o consumidor e o meio ambiente através da obsolescência programada. O trabalho se desenvolveu através de um estudo de caso, pesquisa bibliográfica e método descritivo. A aplicação de um questionário tornou a pesquisa mais eficaz para o entendimento do assunto. Diante dos resultados foi possível perceber que os respondentes não conheciam o conceito de obsolescência programada. Também mencionaram não deixar de consumir um produto por questões sustentáveis, e demonstraram o descontentamento diante de um produto com duração determinada pelo fabricante.

Palavras-chave: Consumismo. Descontentamento. Meio Ambiente. Obsolescência Programa.

PLANNED OBSOLESCENCE AND THE REFLECTIONS ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Abstract: The planned obsolescence involves the decision of a manufacturer to place on the market a product with a shelf life told, not to mention the consumer will purchase a product with order next. It is part of the market strategy to ensure consumption and develop the economy. The obsolescence generates some reflections on society, among them: excessive consumption of some products, generating junk e-mail and the discontent of customers in some shopping. This research has as main objective to analyze the consequences involving the consumer and the environment through planned obsolescence. The work developed through a case study, bibliographical research and descriptive method. The application of a questionnaire become better research for the understanding of the subject. On the results it was possible to realize that the respondents did not know the concept of planned obsolescence. Also mentioned not stop consume a product by suste issues.

Keywords: Consumerism. Discontent. Environment. Obsolescence Program.

Introdução

A tecnologia que se expande pelo mundo, de uma forma geral, está em um nível tão avançado que surpreende a todos a cada inovação. Novos produtos surgindo, aparelhos com funções que não existiam anteriormente, facilitam o dia a dia do consumidor. O que vem se destacando é a área eletrônica, diante de tanta evolução. Sendo assim, o consumo aumenta, e mesmo com a tecnologia avançada a utilização dos produtos acaba ocasionando um rodízio na sociedade, a cada novo lançamento, o que antes foi recém-comprado, agora passa a estar em desuso e o cidadão se força a fazer uma nova compra, deixando de lado a mercadoria anterior (FILOMENO, 2011).

Ao mencionar a troca de mercadoria pela compra de uma mais atual, refere-se à obsolescência programada, que integra um fenômeno industrial e mercadológico, conhecido como “descartalização”, surgiu nos países capitalistas entre 1930 e 1940. Tal intento faz parte de uma façanha de mercado, que busca garantir um consumo constante diante da insatisfação, fazendo com que novos produtos supram as necessidades dos que foram anteriormente comprados e tornaram-se obsoletos em um curto período, possuindo obrigação em substituí-los (HELOANI et al, 2015).

Desta forma, o lixo eletrônico produzido movimenta a economia do país, conseqüentemente, mantém o emprego dos que o produzem, equilibrando o capital e o mercado de trabalho. Infelizmente essa obsolescência programada acaba por se tornar um mal necessário, tendo em vista a geração de empregos que ela traz.

Diante do exposto surge a problemática da pesquisa: quais os reflexos causados pela obsolescência programada para o consumidor e o meio ambiente?

Com a indagação vem a necessidade do desenvolvimento da pesquisa, para isso é necessário que alguns objetivos sejam traçados, e o objetivo geral é verificar os reflexos causados pela obsolescência programada. Os objetivos específicos são os auxiliares nesse processo, sendo eles: conceituar obsolescência programada, desenvolver referencial teórico acerca do tema, entrevistar algumas pessoas sobre assuntos relacionados.

A justificativa da pesquisa se torna relevante pelo fato de ser um assunto que poucos conhecem, sendo que diversas vezes o cliente está insatisfeito pela compra de um produto não durável, e desconhece as atitudes que podem amenizar a situação. São impulsionados pelo avanço tecnológico que fazem com que o consumo de produtos gere conflitos entre vendedores e consumidores.

A estrutura desse artigo se desenvolverá em três capítulos. O primeiro segue abordando referenciais teóricos a respeito do tema, onde diferentes autores apontam suas ideias e conceitos em subtópicos como: obsolescência programada, contrato,

consumidor, fornecedor, boa-fé objetiva, código de defesa do consumidor, obsolescência programada e as relações de consumo, desenvolvimento sustentável, comportamento do consumidor jovem, e os impactos do consumismo.

O segundo capítulo aponta os procedimentos metodológicos utilizados para o desenvolvimento da pesquisa. O terceiro capítulo irá discorrer sobre as discussões de resultados obtidas através da aplicação do questionário que envolve a pesquisa. E para finalizar, apresenta-se as considerações finais.

Obsolescência programada

Heloani et al (2015) explica que a obsolescência programada surgiu através do setor industrial, que como estratégia faziam com que a produção de lâmpadas era rapidamente consumida, possuindo a ideia de que tudo era descartável.

Nataribu (2016) é prático quando se refere à obsolescência programada, dizendo que se trata da fabricação de um produto que está preparado para parar de funcionar em um determinado período de tempo. Pois os fabricantes querem que sejam consumidos rapidamente outro produto.

Harvey (2015) afirma que a obsolescência programada só é possível se as mudanças tecnológicas continuarem com esse avanço nas mudanças tecnológicas. Para que essa mudança continue ocorrendo é necessário patrocínios do governo à pesquisa e que desenvolvimentos sejam mantidos. As leis a respeito da aplicação das inovações também desempenham papéis importantes nesse aspecto, que regulam o ritmo da mudança tecnológica.

Na ausência de controles bem-sucedidos, a obsolescência programada torna-se impossível. O que começa como pequenas oscilações e desequilíbrios entre os setores e nas proporções de capital fixo para capital circulante rapidamente se amplia para oscilações explosivas ou divergências monotônica de um caminho de crescimento controlado. A circulação do capital fixo torna-se enredada na malha de forças contraditórias associadas a mudanças tecnológicas, ao desequilíbrio, à formação de crise e à desvalorização. (HARVEY, 2015, p.57).

Diante dos autores, cabe mencionar que a obsolescência programada se trata da obtenção de um produto com prazo de validade programada. Isso ocorre devido às constantes inovações tecnológicas que a cada dia inovam em seus produtos fazendo com que se tornem obsoletos rapidamente, e a propaganda é feita, de tal forma, que induz o cliente a se manter atualizado quanto às novidades. O que deve ser mencionado é: quanto tempo os produtos devem durar?

De um lado, a tecnologia vai se inovando e produzindo produtos melhores, do outro os produtos vão sendo ultrapassados rapidamente trazendo consequências para o meio ambiente. Contra-riando as ações sustentáveis, estratégias de marketing e de incentivo ao consumo são propagadas, cada vez mais. O conceito de obsolescência programada, que é a prática intencional da indústria de diminuir a durabilidade dos produtos, une-se a outras iniciativas que fomentam as compras. Em países desenvolvidos, a vida útil dos eletroeletrônicos já caiu de seis para apenas dois anos, entre 1997 e 2005. A grande oferta de produtos e a concorrência fazem com que se torne mais fácil e barato adquirir algo atual, mas será que o barato sai caro? Todo o gasto, por exemplo, para a produção de um novo celular, inclui, entre outros fatores, a extração das matérias primas, o contexto social do local e dos trabalhadores envolvidos no processo, além do impacto ambiental após a vida útil do celular. Uma hora ou outra os custos, seja dos recursos naturais, humanos ou materiais, vão pesar (NUNES 2011, p.32).

Para fortalecer os conceitos de obsolescência programada, Ferreira (2017) menciona que se trata da fabricação de um produto que propositalmente é lançado no mercado para rapidamente tornar-se obsoleto.

Contrato

Fernandes (2000) explica que a função social do contrato presente no CDC (Código de Defesa do Consumidor) representa a boa-fé e o equilíbrio econômico-financeiro, pois o CDC não se refere especificamente à necessidade de cumprir uma função social. Para que isso ocorra é necessário que se mantenha o equilíbrio contratual, não trazendo vantagens ou desvantagens para qualquer um dos contratantes. Uma forma de manter o equilíbrio nesse sentido, é interpretar as cláusulas que contam no contrato.

Carvalho (2017) ensina que o contrato de adesão é aquele em que uma das partes impõe à outra as cláusulas, sem que esta possa discutir ou modificar de forma substancial seu conteúdo. É quando a pessoa que assina o contrato, ao aderir ao produto, não discute as cláusulas com quem vendeu, mas sim assina as cláusulas já preestabelecidas, cabendo, nesse caso, a recusa ou não do contrato para aderir ao produto. Ressaltando que a loja irá disponibilizar o produto mediante assinatura contratual.

Fernandes (2000) menciona que a extinção se assume quando um contrato deixa de existir. Às vezes um contrato se extingue quando acordos não são realizados ou quando se finaliza o objetivo.

Rodrigues (2003, p.29) dá o conceito de contrato como sendo “o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”. Pereira (2004, p.11) afirma que “contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”.

O contrato, no entanto, é o documento que assegura ao cliente a compra e o recebimento do produto, mediante cláusulas explicativas que dispõem conformidades da lei acerca da ação realizada entre compra e venda.

Consumidor

Ser um consumidor é aderir aos produtos disponíveis para comercialização no mercado. É possuir capacitação financeira para comprar produtos ou solicitar serviços, além de promover satisfação pessoal e gerar circulação do capital.

O Art. 2º do Código de defesa do consumidor menciona que:

“Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Para Filomeno (2011, p.26), consumidor é “qualquer pessoa física ou jurídica que, isolada ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou locação de bens, bem como a prestação de um serviço”.

Consumidor é aquele que se encontra numa situação de usar ou consumir, estabelecendo-se por isso uma relação atual ou potencial (...) é todo aquele que para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informação colocados à sua disposição (...). Pelo CDC, consumidor é aquele que necessita de proteção ou defesa jurídica, embora adquira ou utilize produto ou serviço como destinatário final, não pode ser entendida como toda ou qualquer pessoa jurídica. Somente aquelas organizações ou empresas que não tenham fim lucrativo (CESCA, 2000, p.82-83).

Junior (2003) afirma que o consumidor é importante para o crescimento da economia do mercado, pois é essencial para fatores produtivos, bem como a circulação efetiva no Mercosul.

Fornecedor

Para Piso e Bueno (2004), o fornecedor é uma pessoa física ou jurídica que, de alguma forma, participa da cadeia de consumo, seja criando, fabricando, importando ou vendendo produtos ou serviços. Comerciantes que trabalham com a venda de produtos também se definem fornecedores.

Art. 3º do código de Defesa do Consumidor. Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (BRASIL, 1990).

No entanto, Grinover et al (2011) define fornecedores aqueles que aderem a ofertas de produtos ou serviços que atendam suas necessidades.

Boa-fé objetiva

De acordo com Fritz (2008), a boa-fé objetiva é uma regra de conduta que impõe aos envolvidos o dever de agir na forma correta para com o parceiro, honestamente e com lealdade, de forma que o interesse de ambos seja levado em consideração.

Cláudia Lima Marques (apud ANDRADE, 2006, p.57) afirma:

Boa-fé objetiva significa, portanto, uma atuação “refletida”, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para agir atingindo o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Para Santos (2004), a boa-fé objetiva tem caráter normativo decorrente a partir da lealdade dos contratantes em regra. Atende à posição das partes dentro da relação.

No que se refere ao princípio temos:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (BRASIL, 2017).

Silva (2011) menciona que agir bem é de natureza humana, e corresponde à boa-fé objetiva, que durante as relações de contratos devem estar sempre presentes, que diante de tanta competitividade, o lucro, é a razão de se fazer tudo.

Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor estabelece em suas atribuições da política em relação ao consumo:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) (BRASIL, 2017).

Em relação ao contrato, o CDC aponta:

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

(...)

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor (BRASIL, 2017).

No que tange ao Código de Defesa do Consumidor, ressalta-se que todo contrato firmado deve conter cláusulas explicativas que determinam tópicos importantes na adesão de um produto em relação aos direitos do consumidor.

Obsolescência Programada e as Relações de Consumo

Izídio (2016) explica que, com os avanços tecnológicos, o consumo se torna inevitável, pois tais modernidades fazem com que os produtos antigos deixem de suprir as necessidades mais facilmente, tornando-os obsoletos, como os computadores, que a cada vez estão suprindo as configurações e ampliando os sistemas, de forma a chamar atenção de quem utiliza.

O prazo de validade programada dos produtos faz com que as vendas aumentem, e a obsolescência torna-se constante. A finalidade dos fabricantes com a intenção de produzir produtos visando a substituição por novos, é o que faz girar o consumo na sociedade. Por consequência os consumidores adquirem cada vez mais (IZÍDIO, 2016).

Rodas (2015) menciona que o Código de Defesa do Consumidor deve oferecer responsabilidades do fornecedor de bens duráveis, para a que o produto siga critérios de vida útil e não o da garantia contratual. De forma que bens duráveis são aqueles que se utilizam com um tempo longo, como: automóveis, casas, eletrodomésticos. Já os bens não duráveis são os que possuem um tempo de vida curto em decorrência de sua utilização, como no caso de roupas e alimentos. Dessa forma a obsolescência programada poderia ser combatida. Em proposta do ministro do STJ, Luis Felipe Salomão, afirma:

Vivemos em uma sociedade pós-moderna, de massa, de consumo de massa, onde tudo é induzido a ter vida curta, onde há necessidade de se trocar frequentemente os produtos. É necessário estabelecer um meio-termo: não barrar a evolução tecnológica, a evolução do design, a evolução das coisas como naturalmente ocorre em um regime capitalista, e, ao mesmo tempo, assegurar ao consumidor seus devidos direitos”, analisou o ministro. Para isso, ele sugeriu que normas determinem a vida útil média de diversos bens de consumo. (RODAS, 2015, p.34).

Dumke (2016) explica que no CDC a obsolescência programada não consta, mas que seria interessante incluí-la, assim reconheceria os fatores relacionados com o consumo e a baixa vida útil dos produtos. Várias pessoas influentes no país seguem com o mesmo raciocínio, como aponta Silvia Zeigler (advogada):

Existem algumas exigências que são descabidas, que criam um ônus muito grande para a empresa, que o legislador faz porque não tem noção de negócio. Mas aqui não se trata de uma questão de custo Brasil - é uma questão de boa-fé, de disciplinar condutas que estão fora da boa-fé.

Nunes (2011, p.193) afirma que:

[...] o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido.

O Código de Defesa do Consumidor não tratou, de forma explícita, a obsolescência programada. A Lei nº. 8.078/90 menciona em seu artigo 32 sobre a oferta: “Os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não cessar a fabricação ou importação do produto”.

Limitando que a oferta de peças sejam efetuadas até que cesse a fabricação ou importação do produto. No que diz respeito a esta razoabilidade de prazo, é salutar que este lapso de tempo seja harmonizável com o período de vida útil do produto, pois o consumidor tem direito ao conserto até o fim da vida útil do produto e não somente durante o prazo de garantia (BERGSTEIN, 2013).

[...] na hipótese de serem lançadas novas versões ou edições de produtos, os fornecedores deverão oferecer meios para que aqueles já adquiridos pelos consumidores permaneçam funcionando adequadamente até que precisem ser descartados em função de seu desgaste natural. (BERGSTEIN, 2013, p.12).

Diante dos expostos entre os autores, cabe ressaltar a importância de combater a obsolescência programada em virtude do direito que os consumidores possuem ao adquirir produtos que são vendidos como duráveis, uma vez que são facilmente identificados casos em que, acabando as garantias, os produtos aderem a defeitos.

Desenvolvimento Sustentável

Para Barbosa (2008), o desenvolvimento sustentável surgiu através de estudos realizados pela Organização das Nações Unidas (ONU), em resposta à população mundial perante a crise ambiental e social que o mundo começou a enfrentar a partir da segunda metade do século XX.

Sendo assim, segundo a CMMAD (Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1991), o desenvolvimento sustentável sugere a ideia de atender às necessidades atuais sem que seja comprometida a questão de satisfazer as futuras.

Barbosa (2008) reforça o conceito ao mencionar que um documento obtido na Eco 92, também chamada Rio 92, firmou o entendimento na chamada Agenda 21. Diante de uma comissão reunindo chefes de Estados que tentavam encontrar soluções sustentáveis na prática, consagrando o desenvolvimento sustentável.

Comportamento do consumidor jovem

Para Ferreira (2017), o comportamento do consumidor está composto por variadas classes sociais, econômicas e culturais, não tendo um padrão específico. O que influencia são os hábitos de consumo. Para os jovens é uma fase de autoconhecimento. O comportamento jovem desperta interesse, desejos e atenção pelas novidades, tornando o consumo maior em relação às pessoas mais maduras. Nota-se que o jovem tem como principal característica em seu comportamento a inquietude, constantemente ele está em busca de satisfazer seus desejos de diferentes maneiras.

Os impactos do consumismo

Os resíduos eletrônicos com os avanços tecnológicos, bem como a redução de vida útil dos aparelhos, não possuem um destino acertado para seus descartes, gerando uma destinação inadequada que podem causar sérios danos à saúde e ao meio ambiente. Nesse sentido, destaca Bauman (2008, p.45):

Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo inaugura uma era de 'obsolescência embutida' dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo.

O lixo eletrônico produzido é prejudicial ao meio ambiente, no tocante à produção de lixo, como de metais pesados altamente tóxicos na composição de equipamentos, tais como: celulares e computadores. Tais aparelhos utilizam em sua composição mercúrio, o berílio e o chumbo, que contaminam os lençóis freáticos, quando enterrados incorretamente, ou emitem toxinas perigosas quando queimados (BAUMAN, 2008).

Diante disso, a legislação constituiu no artigo 33 da Lei 12.305/2010 a obrigação das empresas de estruturar e implementar sistemas de logística reversa, para que, após o uso, os produtos sejam devolvidos e assim adequadamente destinados:

Art. 33. São obrigados a estruturar e implementar sistemas de logística reversa, mediante retorno dos produtos após o uso pelo consumidor, de forma independente do serviço público de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos, os fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes de: I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II - pilhas e baterias; III - pneus; IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes (BRASIL, 2017).

Para Silva et al (2014), a relação da sociedade com o meio ambiente tem estado um pouco distante. Há consumo em excesso, e os recursos naturais se tornaram escassos, muitas vezes em consequência do lixo eletrônico que foi gerado.

Merico et al (1997) afirma que o planeta sofre com alterações climáticas, escassez de água, danos ambientais imensos, que com prometem as futuras gerações que deveriam usufruir dos recursos naturais e matérias-primas, agravando dessa forma as condições sociais.

De acordo com Lima (2010), a industrialização trouxe contribuições significativas para a população, a união dos avanços, as produções em massa de produtos e o consumo fizeram com que o meio ambiente ficasse comprometido. A utilização inconsciente dos recursos naturais tem ocasionado impactos ao meio ambiente, aumentando a devastação de florestas, a desertificação, tornando mais frequentes as chuvas ácidas, que contribuem para o aquecimento global por emitir grandes quantidades de partículas tóxicas e longos períodos de estiagem em várias regiões do mundo.

Como mostra Assadourian (2010, p.4):

Como o consumo aumentou mais combustíveis, minerais e metais foram extraídos da terra, mais árvores foram derrubadas e mais terra foi arada para o cultivo de alimentos (muitas vezes para alimentar gado, visto que pessoas com patamares de renda mais elevada começaram a comer mais carne). Entre 1950 e 2005, por exemplo, a produção de metais cresceu seis vezes, a de petróleo, oito, e o

consumo de gás natural, 14 vezes [...] A exploração desses recursos para a manutenção de níveis de consumo cada vez mais altos vem exercendo pressão crescente sobre os sistemas da Terra, e esse processo vem destruindo com grande impacto os sistemas ecológicos dos quais a humanidade e incontáveis outras espécies dependem.

É compromisso de a sociedade minimizar os fatores que influenciam os danos na natureza, haja vista que é ela própria que influencia o consumo que acarreta na crescente tecnologia e produção de novos produtos.

Procedimentos metodológicos

O presente trabalho se caracteriza como estudo de caso, pesquisa bibliográfica e descritiva.

Beuren (2006) diz que a pesquisa do tipo estudo de caso caracteriza-se principalmente pelo estudo concentrado de um único caso, esse estudo é preferido pelos pesquisadores que desejam aprofundar seus conhecimentos a respeito de determinado caso específico.

Carvalho (2007) explica que o estudo de caso é um exame em detalhes sobre uma situação não esclarecida de algum assunto. É a decisão investigativa em torno de uma situação. Severino (2007) completa Carvalho ao mencionar que estudo de caso é a pesquisa com base em um estudo específico, com representação expressa, onde ao coletar os dados deve-se registrá-los e fazer suas análises.

No que se refere à pesquisa bibliográfica, Pádua (2004) afirma que a pesquisa bibliográfica tem seus fundamentos baseados na biblioteconomia, documentação e bibliografia e tem por finalidade colocar o pesquisador em contato com o que já produziu e registrou a respeito do seu tema da pesquisa.

De acordo com Pádua (2004), a pesquisa bibliográfica aponta o conhecimento e análise das teorias que estão relacionadas com o estudo do tema.

O método de análise descritiva, segundo Carvalho (2007), é o método que se refere a fornecer características necessárias nas investigações dos fatos ocorridos nos estudos feitos para realização da pesquisa, ampliando a investigação dos fatos.

Barata e Roxo (2015) explicam que o método descritivo fornece uma caracterização precisa das variáveis envolvidas num fenômeno ou acontecimento. O autor ainda menciona que este tipo de método é utilizado para fases iniciais de investigação de uma nova área do saber.

De acordo com Beuren (2006, p.128), “os instrumentos de pesquisa são entendidos como preceitos ou processos que o cientista deve utilizar para direcionar, de forma lógica e sistemática, o processo de coleta, análise e interpretação dos dados”.

Para a coleta de dados será utilizada, como instrumento, entrevista semiestruturada que detém os dados necessários, limitando-se à realidade encontrada pela população estudada. De acordo com Beuren (2006, p.45):

A entrevista semiestruturada, ao mesmo tempo em que valoriza a presença do entrevistador, possibilita que o informante use toda sua criatividade e espontaneidade, valorizando mais a investigação, assim seguindo sua linha de pensamento e suas experiências cotidianas, o informante influencia a elaboração do conteúdo da pesquisa.

Santos e Candeloro (2006) explicam que ao fazer uma entrevista semiestruturada, o acadêmico pode contar com auxílio de um gravador para, depois, poder formular as respostas sem forçar sua memória ao reconstituir as falas do seu entrevistado.

Para Macedo e Carrasco (2005), a entrevista semiestruturada possibilita que o entrevistado forneça suas respostas sem a interferência do ponto de vista do entrevistador.

Para que esta pesquisa pudesse ser realizada, foi necessária a aplicação de questionário com critério escolhido pela acadêmica por possuir facilidade na entrega e recolhimento do material sobre quais perguntas enfatizavam o assunto. A amostra foi constituída por 30 pessoas que circularam no centro da cidade de Braço do Norte/SC, mais propriamente nas imediações do Hotel Costa Nobre.

O instrumento da coleta de dados, questionário, foi composto por 10 perguntas estruturadas, impressas e entregues aos respondentes, que eram funcionários do comércio em geral, escolhidos aleatoriamente pela acadêmica. As perguntas possuíam duas alternativas de respostas: sim e não. E, ao final de cada pergunta disponível, espaço para argumentar o que o respondente achasse necessário. O período de aplicação do instrumento teve duração de uma semana em outubro de 2017, tempo que foi disponibilizado para o desenvolvimento dessa fase da constituição deste artigo.

Diante das respostas obtidas segue a análise dos resultados.

Tabela 1 – Perguntas do questionário

Perguntas	Sim (%)	Não (%)
Você se considera consumista?	13%	87%
Você costuma trocar seus produtos com lançamento de novos modelos?	40%	60%
Conhece o conceito de desenvolvimento sustentável?	100%	-
Já ouviu falar sobre obsolescência programada?	37%	63%
Quando um conserto de um produto é muito caro você opta por trocar o produto por outro, mesmo tendo que desembolsar certo valor?	83%	17%
Acredita que a obsolescência programada fere o princípio da boa-fé objetiva?	100%	-
Já aconteceu de você comprar um produto e ao terminar a garantia ele demonstrar defeito?	100%	-
Você deixaria de consumir algum produto por preocupar-se com fatores sustentáveis?	33%	67%
Você acredita que a obsolescência programada está ligada diretamente com a economia?	83%	17%
A coleta seletiva poderia amenizar a produção de lixo eletrônico?	73%	27%

Fonte: Autores (2017)

A tabela 1 demonstrou em percentuais a relação das respostas dos respondentes. A seguir será visualizada cada uma das perguntas, bem como as respostas e breves argumentações dos entrevistados.

Figura 1 – Você se considera consumista?



Fonte: Autores (2017).

Em relação ao consumo, 87% dos entrevistados não se disseram consumistas, contra 13% dos que se consideram. Levando em consideração que muitas vezes não nos enxergamos consumistas em relação aos produtos que são adquiridos espontaneamente, é importante ressaltar que as respostas obtidas no questionário podem não ter surtido tanto foco quanto deveriam dos respondentes.

Fries (2017) menciona que ser consumista é comprar produtos supérfluos que satisfaça o prazer de uma pessoa naquele momento, gastando dinheiro com algo que não se precise naquela hora, e muitas vezes o ato é impensável deixando se levar momentaneamente.

Figura 2 – Você costuma trocar seus produtos com lançamentos de novos modelos?



Fonte: Autores (2017).

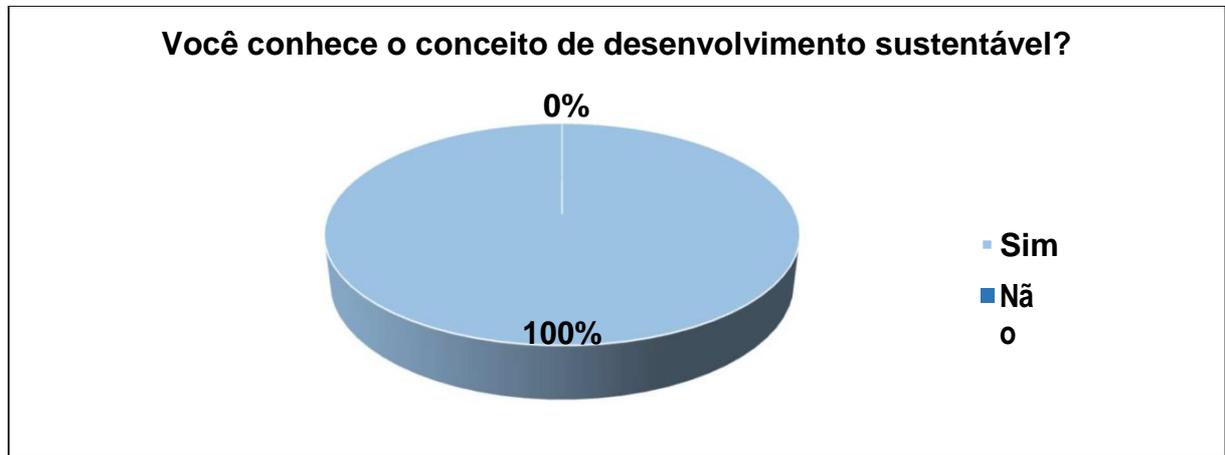
Em relação ao segundo questionamento, 40% dos entrevistados apontam trocar os produtos velhos por lançamentos, o que pode demonstrar um consumo desnecessário, gerando uma contradição em relação a o questionamento analisado pelo gráfico 1, onde 87% dos respondentes não se consideram consumistas. O que nos leva a pensar, que consumismo e necessidade se tornam coisas distintas, muitas vezes a troca de mercadoria por outra mais sofisticada se torna necessária pelo desuso da anterior. Um exemplo são os eletrodomésticos que possuem características em sua tomada; há muito tempo utilizou-se produtos com tomadas de dois pinos, e as casas eram projetadas para o recebimento deles, hoje com a alteração de dois para três pinos os consumidores se veem obrigados a adaptar suas casas para os novos produtos. Outro exemplo de troca de produtos são os celulares que a cada ano seguem constantemente aperfeiçoando suas tecnologias.

“Precisei adaptar toda estrutura elétrica da minha casa, para que os novos aparelhos eletrônicos adquiridos pudessem funcionar, pois as tomadas que possuía em minha residência ainda mantinham entrada apenas para dois pinos, o fato de trocar produtos velhos por novos gerou uma mudança muito maior” (Respondente).

A resposta acima de um dos entrevistados mostra que o lançamento de novos produtos, quando adquiridos, pode muitas vezes ocasionar transtornos e afetar,

também, bens duráveis que foram feitos de acordo com estruturas para manter uma recepção de produtos antigos. O fato é que a tecnologia é constante e se altera rapidamente.

Figura 3 – Você conhece o conceito de desenvolvimento sustentável?



Fonte: Autores (2017).

De forma unânime todos os respondentes mencionaram que sim, conhecem o conceito de desenvolvimento sustentável. Para Oliveira et al (2006), o desenvolvimento sustentável envolve a preocupação e o oferecimento de bens e serviços futuros à sociedade, preocupando-se com os impactos que o consumo possa causar e buscando uma alternativa de minimizar os estragos.

Figura 4 – Você já ouviu falar em Obsolescência Programada?



Dos 30 entrevistados, 63% não sabem o que significa obsolescência programada, 37% deles mencionaram que sim.

“Não conhecia o conceito até saber de que se tratava o questionário, fiquei sabendo pela acadêmica que explicou” (Respondente).

Muitas pessoas ainda desconhecem o significado da obsolescência programada. Acredita-se que, se tal explicação ocorresse mais a fundo na sociedade, haveria mais compreensão na hora de adquirir um produto, e os clientes teriam maiores informações de seus direitos e garantias, pois ninguém se satisfaz com a compra de um produto que tem um tempo de vida útil programada.

Figura 5 - Quando um conserto de um produto é muito caro, você opta por trocar o produto por outro, mesmo tendo que desembolsar certo valor?



Fonte: Autores (2017).

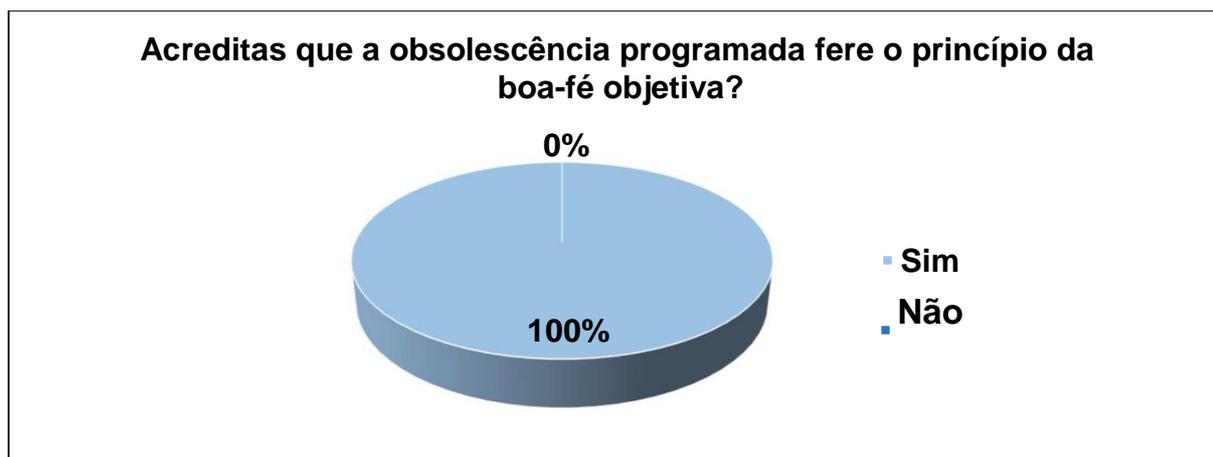
Dos entrevistados, 83% trocam seus produtos, que deveriam ser consertados, por novos.

“O fato é que, muitas vezes, levamos para o conserto e o rapaz no estabelecimento afirma que, para arrumar, o produto sairá mais caro do que se fosse comprar um novo; ou então afirma que mesmo arrumando não irá durar muito tempo o conserto” (Respondente).

Quando um produto estraga, a primeira coisa que se pensa é levar para o

conserto. Muitas vezes, como mencionado acima por um dos entrevistados, é o que se obtém como resposta, o descontentamento é visível quando se percebe que um produto que foi conquistado pelo fruto do trabalho determinará mais gastos por não possuir mais conserto.

Figura 6 – Acredita que a obsolescência programada fere o princípio da boa-fé objetiva?



Fonte: Autores (2017).

Todos os respondentes afirmam que a boa-fé objetiva é ferida com a obsolescência programada, lembrando que a resposta para esse questionamento foi possível após a acadêmica ter explicado a todos de que se tratava a obsolescência programada.

“Acredito que fere pelo fato de que o vendedor oferecer um produto objetivando que, ao adquirir, o mesmo irá permanecer com o cliente por muitos anos. Ninguém compraria uma mercadoria se o vendedor mencionasse que seu prazo de vida seria útil. Quando adquirimos algo, queremos que esse produto seja durável, principalmente no que se refere aos eletrodomésticos, que deveriam durar muito mais e, normalmente, estragam no primeiro ano de compra” (Respondente).

“Fere, ainda mais que compramos produtos mediante assinatura contratual, e os deveres do vendedor giram em torno apenas no momento em que a garantia do produto está valendo, e muitas vezes acabando o prazo de garantia, o produto estraga” (Respondente).

O vendedor está direcionado a praticar uma venda so b boa-fé quando faz a propaganda de um produto para que o cliente o leve, quando as especificações do

produto deixam de atender as boas propagandas feitas pelo vendedor ferem o princípio da boa-fé.

Figura 7 – Já aconteceu de você comprar um produto e ao terminar a garantia ele demonstrar defeito?



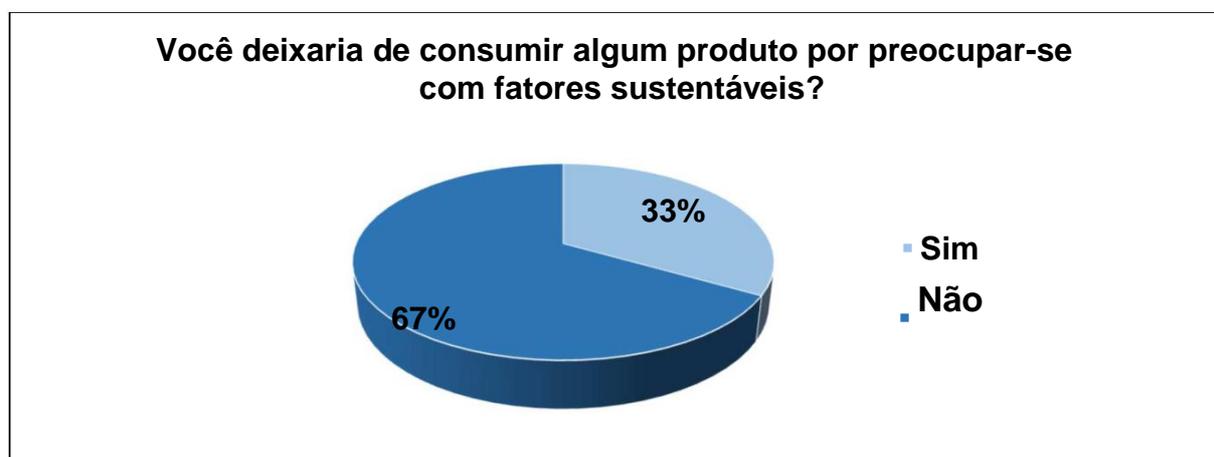
Fonte: Autores (2017).

Todos os respondentes afirmam ter passado pela situação de comprar um produto e assim que terminar o prazo de garantia começar a demonstrar defeitos.

“Sim, alguns eletrodomésticos já me fizeram passar por isso, um exemplo foi minha máquina de lavar, o vendedor me ofereceu garantia estendida de dois anos, optei por apenas um, e exatamente um ano e dois meses depois da compra precisei levar a máquina para o conserto” (Respondente).

O fato de oferecer garantia estendida de alguns produtos aos clientes gera a dúvida na hora da compra, pois se há uma garantia e estendida pode significar que o produto mostrará algum defeito.

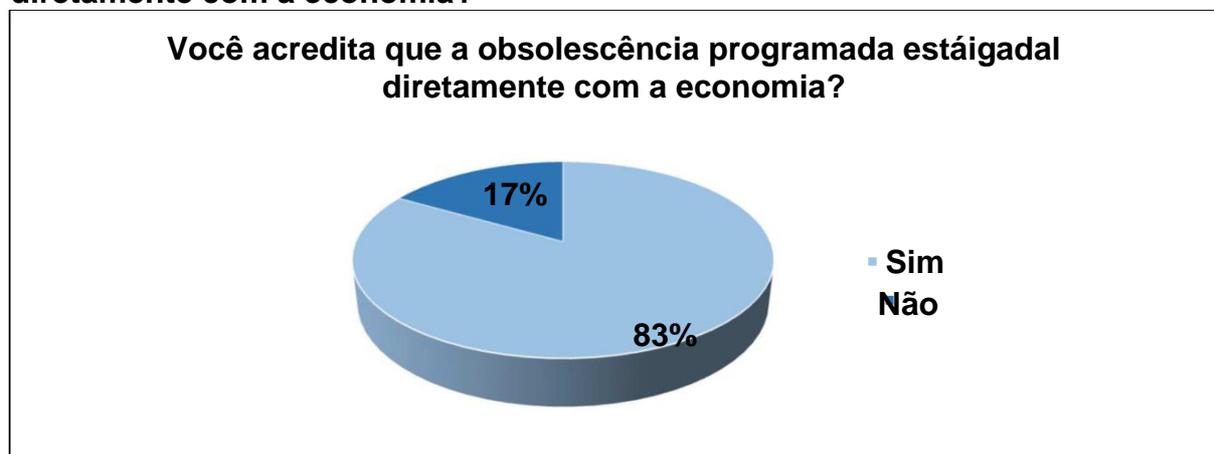
Figura 8 – Você deixaria de consumir algum produto por preocupar-se com fatores sustentáveis?



Fonte: Autores (2017).

O questionamento que envolve o gráfico 8 é, de certa forma, preocupante, pois 67% dos entrevistados não deixariam de consumir um produto por questões sustentáveis, visto que a preocupação com o meio ambiente, já vem de muitos anos.

Figura 9 – Você acredita que a obsolescência programada está ligada diretamente com a economia?



Fonte: Autores (2017).

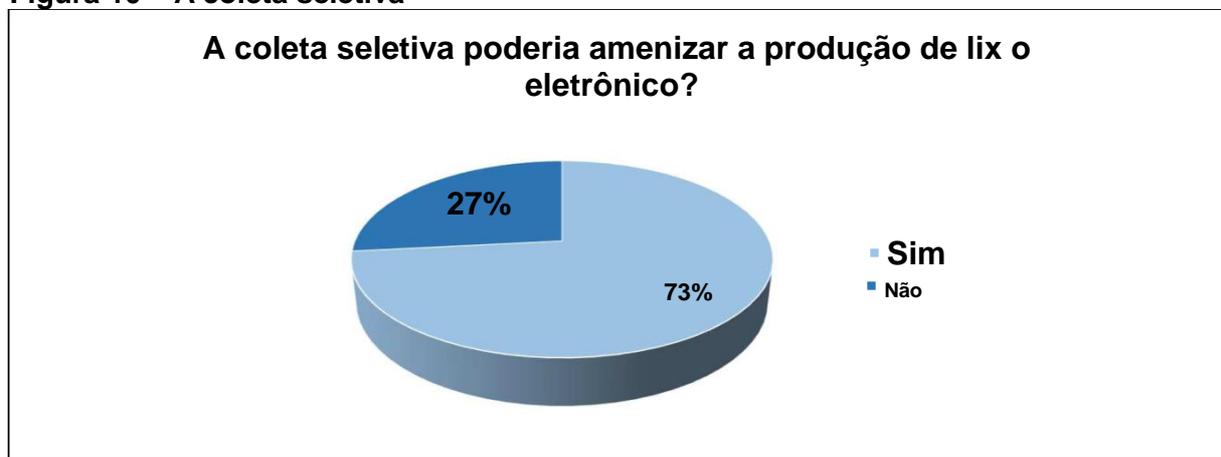
Apenas 17% acreditam que a Obsolescência programada não está ligada à economia. 83% dos respondentes mencionam que sim.

“Acredito que esteja ligada com a economia sim, pois quem move a economia somos nós ao consumir produtos, e ao manter no mercado os que têm um tempo de vida programada nos obriga a estar sempre inovando, acompanhando a tecnologia” (Respondente).

“Não acho que esteja, pois, a obsolescência não é a única coisa que mantém o consumo, tendo em vista os produtos perecíveis” (Respondente).

Apesar de alguns dos respondentes mencionarem que não, e até encontrar uma justificativa pela resposta, o consumo por produtos duráveis que acabam deixando de ser úteis mais rapidamente, é o que movimenta a atitude consumista da população, sendo pela busca do conserto dos produtos ou a compra para substituir os velhos. Como menciona Cabral e Caprino (2015 p.02): “a produção e o consumo estão presentes na economia”.

Figura 10 – A coleta seletiva



Fonte: Autores (2017).

“Acredito que não, pois muitas pessoas não irão participar da coleta” (Respondente).

“Sim, a coleta seletiva proporciona à população um melhor acompanhamento dos lixos eletrônicos, que deverão ter seu destino adequado” (Respondente).

Dos respondentes, 73% acreditam que a coleta seletiva ajudará na questão de amenizar a produção de lixo eletrônico. Segundo Haddad (2015), a coleta seletiva proporciona destinação adequada ao lixo produzido pela população, tanto lixos orgânicos quanto eletrônicos; manter os resíduos em locais adequados diminui os impactos ambientais.

Considerações Finais

A obsolescência programada gera polêmica quando analisados assuntos ao seu aspecto, sendo que observando o lado da economia ela está direcionada ao consumo da população para que seja mantido um giro de capital, pois através dele se mantém o aspecto econômico do país.

Em relação à satisfação dos clientes, o assunto se aprofunda um pouco mais, confrontando vários tópicos que vão desde um convênio de compra até um conserto que muitas vezes não tem garantia. Essa fase contratual dos produtos é a garantia da empresa em relação ao oferecimento de algo com qualidade, para o cliente é a prova da compra feita diante de acordos firmados. A relação de consumo e venda, muitas vezes, gera descontentamento de ambas as partes: do consumidor, por comprar um produto que tem prazo de validade programada e do vendedor que, na maioria dos casos, convence um cliente mesmo sabendo que haverá pontos negativos, mas o faz, pois, seu emprego depende daquela venda.

A pesquisa revelou o descontentamento dos respondentes que mencionaram passar por situações indesejáveis em relação aos produtos comprados no decorrer dos anos.

No aspecto ambiental, a obsolescência gera a produção de lixo eletrônico, o que vem crescendo em consequência da tecnologia que avança a cada dia. Com o desenvolvimento da pesquisa, foi possível avaliar que muitos dos entrevistados deixam a questão ambiental de lado, não evitando o consumo desnecessário mesmo quando o assunto se refere à desenvolvimento sustentável. Um ponto relevante foi ao verificar que estes não deixariam de consumir um produto mesmo que sendo necessário preocupar-se com assuntos sustentáveis.

O desenvolvimento da pesquisa foi possível através do levantamento de dados bibliográficos que discorreram acerca do tema. O auxílio dos respondentes que se dispuseram a participar do questionário também foi essencial para que se fizesse a análise e discussão dos resultados. Em relação aos dados obtidos, ressalta-se que a obsolescência programada fere o princípio da boa-fé objetiva, e está diretamente ligada ao desenvolvimento econômico, oferecendo reflexos negativos ao meio ambiente, descartando-se incorretamente o lixo eletrônico produzido.

Diante desses fatores, é importante que uma melhor conscientização da população seja feita, mencionando quais problemas podem ser ocasionados e que soluções devem ser tomadas a respeito deles. Tudo está inteiramente ligado, clientes possuem direitos e fornecedores possuem deveres, mencionados no Código de

Defesa do Consumidor e Leis Complementares, basta que todos estejam cientes de suas obrigações. A obsolescência programada segue com diversas direções que podem refletir na economia e nas questões ambientais.

Um dos principais pontos relevantes da pesquisa foi analisar o questionamento realizado através da amostra obtida, pois as perguntas puderam manter uma ideia adequada do que se desenvolveu no decorrer do trabalho.

Para a acadêmica, o assunto foi de grande valia ao poder aprofundar um pouco mais sobre essa questão na prática, diante da confecção deste artigo. Sugere-se que futuros acadêmicos discorram a respeito do tema. Em relação às dificuldades encontradas, fica apenas a observação de ter que fazer explicações relacionadas ao que significa obsolescência programada aos respondentes do questionário, que puderam contribuir para o conhecimento dos mesmos, o que não dificultou o andamento da pesquisa. Diante dos resultados obtidos, pode-se dizer que os objetivos da pesquisa foram alcançados.

Referências

ASSADOURIAN, Erik (org). **Estado do Mundo 2010**: estado do consumo e o consumo sustentável. Worldwatch Institute. Tradução Claudia Strauch. Salvador: Uma Ed, 2010. 298p. Disponível em: <www.worldwatch.org.br/estado_2010.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

ANDRADE, Ronaldo Alves de. **Curso de direito do consumidor**. Paraná: Manole: 2006.

BARATA, Rodrigues Cravo; ROXO, Nuno Eduardo. Relação e qualidade de vida de pacientes com insuficiência renal crônica. **J Bras Nefrol**, n.37, v.3, p.315-322, 2015.

BARBOSA, D.L. **A exploração de um Sistema de reservatórios**: Uma análise otimizada dos usos e objetivos múltiplos na Bacia d o Rio Capibaribe-Pe. Tese (Doutorado em Recursos Naturais) - Campina Grande, 2008. Disponível em: <<http://www.recursosnaturais.ufcg.edu.br/downloads/dayselunabarbosa.pdf>>. Acesso em: 16 out 2017.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida a Crédito**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BERGSTEIN, Laís Gomes. **Obsolescência programada**: breves notas. 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI173165,81042-Obsolescencia+>>. Acesso em: 15 out. 2017.

BEUREN, Maria Ilse (Org.). **Como elaborar trabalhos monográficos**: teoria e prática em contabilidade. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2 006.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. 2017. Disponível em: <https://brasil.mylex.net/legislacao/codigo-defesa-consumidor-cdc-art4_470.html>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. **Código de Defesa do Consumidor - Lei 8078/90 | Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91585/codigo-de-defesa-do-consumidor-lei-8078-90>>. Acesso: 06 out. 2017.

CABRAL, Carlos; CAPRINO, Willian. **Trilhas em segurança da informação**: Caminhos e ideias para a proteção de dados. Rio de Janeiro: Brasport, 2015.

CARVALHO, Marcelo. **Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: On-Line, 2017.

CARVALHO, Nelson L. **Contabilidade**. Aspectos relevantes da epopeia de sua evolução. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcf/v16n38/v16n38a02.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CESCA, Cleusa G. **Estratégias empresariais diante do novo consumidor**. São Paulo: Aqua, 2000.

DUMKE, Roberto. **Obsolescência programada deve ser normatizada, afirmam especialistas.** 2016. Disponível em: <<http://www.demarest.com.br/pt-br/publicacoes/demarestnews-obsolescenciaprogramadadevesernormatizada>>. Acesso em: 06 out. 2017.

FERNANDES, Lina Márcia Chaves. **Do contrato de franquia.** Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FERREIRA, Antônio Carlos Gomes. **Curso básico de sociologia.** Rio de Janeiro: Clube de autores: 2017.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: 2011.

FRIES, James. **10 maneiras de ser menos consumistas.** São Paulo: Atlas, 2017.

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual:**A responsabilidade pré-contratual por rupturas das negociações. Curitiba: Juruá, 2008.

HADDAD, Miguel. **Coisa de paulista:** fazendo direito, o Brasil tem jeito. Rio de Janeiro: Lauzuli, 2015.

HARVEY, David. **Os limites do capital.** São Paulo: Boitempo, 2015.

HELOANI, Roberto; et al. **Sociedade em transformação:** estudos das relações entre trabalho, saúde e subjetividade. Paraná: EDUE L, 2015.

IZÍDIO, DéboraA. **obsolescência programada e os reflexos no consumo e no pós consumo no meio ambiente.** 2016. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/deboraizidioadv/artigos/a-obsolescencia-programada-e-os-reflexos-no-consumo-e-pos-consumo-no-meio-ambiente-1932>>. Acesso em: 06 out. 2017.

JUNIOR, Ecio Perin. **A globalização e o direito do consumidor.** São Paulo: Manole, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini; et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor:** Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Manole, 2011.

LIMA, A. K. F. G. **Consumos e Sustentabilidade:** Em busca de novos paradigmas numa sociedade pós-industrial. Fortaleza: CONPEDI, 2010.

MACEDO, M. M. K.; CARRASCO, L. K. **A entrevista clínica:** Um espaço de intersubjetividade. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2005.

MERICO, L.F.K. et al. Avaliação do Desenvolvimento Econômico através de Indicadores Ambientais: Proposta Metodológica para uma experiência piloto em Blumenau- SC. **Revista Brasileira de Ecologia,** Rio Claro-SP, n.1, 1997.

NATARIBU, Ubiratan. **O locus do logos.** São Paulo: Baraúna, 2016.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Gilson Batista de; et al. **O desenvolvimento sustentável em foco: Uma contribuição multidisciplinar**. São Paulo: Annablume, 2006.

PÁDUA, Elisabete M. M. **Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática**. 10.ed. Campinas: São Paulo. Papirus, 2004.

PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de direito civil: Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PISO, Joelson; BUENO, Wilson da Costa. **O fornecedor e suas obrigações**. Barueri: Manole, 2004.

RODAS, Sérgio. **CDC deve proteger consumidor da obsolescência programada**. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/cdc-combater-obsolescencia-programada-ministro-salomao>>. Acesso em: 06 out. 2017.

RODRIGUES, Silvío. **Direito civil: Dos contratos das declarações unilaterais da vontade**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Eduardo Sens do. **A função social do contrato**. Santa Catarina: UFSC, 2004.

SANTOS, V.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos acadêmicos: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas**. Porto Alegre: AGE, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Rodney Malvieira. **Hermenêutica contratual**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, E.; et al. A Educação Ambiental e etnobotânica: o resgate da valorização da natureza pelo uso de plantas medicinais. **Revista Educação Ambiental em Ação**, n.50, ano XIII. 2014.

Capítulo 13

A (IN) APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Kayo do Amarante Freitas
Ramirez Zomer
Fabrício Trevisol Bordignon

Resumo: O presente estudo tem o objetivo de analisar a (in) aplicabilidade do princípio da juridicidade na administração pública. Este princípio preconiza que o gestor público deve observar não só a lei no desempenho da administração (legalidade estrita), e sim o bloco da legalidade (direito como um todo). Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica. Os objetivos específicos deste estudo são: a) definir o princípio da juridicidade. b) analisar os princípios norteadores da administração pública (art. 37, Constituição Federal). c) Reconhecer a (in) aplicabilidade do princípio da juridicidade no âmbito da administração pública. Os resultados da presente pesquisa foram no sentido de que deve o princípio da juridicidade ser aplicado pelo gestor público na prática da administração, visto esta aplicação trazer grandes vantagens aos administrados.

Palavras-chave: Administração Pública. Princípio da juridicidade. Princípios Constitucionais

THE (IN) APPLICABILITY OF THE PRINCIPLE OF JURIDICITY WITHIN THE FIELD OF PUBLIC ADMINISTRATION.

Abstract: The present study has the objective of analyzing the (in) applicability of the principle of juridicity in the public administration. This principle recommends that the public manager must observe not only the law in the performance of the administration (strict legality), but the legality block (right as a whole). For that, the qualitative research method was used, with a bibliographic review. The specific objectives of this study are: a) to define the principle of juridicity. b) analyze the guiding principles of public administration (article 37, Federal Constitution). c) Recognize the (in) applicability of the principle of legality in the public administration. The results of this research were that the principle of legality should be applied by the public manager in the practice of administration, since this application brings great advantages to the managers.

Keywords: Public administration. Principle of juridicity. Constitutional principles.

Introdução

Prescreve o princípio da juridicidade que o gestor público deve pautar seus atos não somente na lei em sentido estrito e, sim, deve observar quando do desempenho de suas funções o direito como um todo, ou seja, o bloco da legalidade, neste compreendido os princípios, tratados, decretos legislativos, doutrina e jurisprudência, inclusive administrativa de tribunais de contas.

O princípio da juridicidade é uma grande inovação do direito administrativo, principalmente no que concerne ao princípio da legalidade estrita, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a qual preconiza que o gestor público deve pautar seus atos estritamente ao que está descrito na lei.

Nesta linha, o presente estudo tem o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação deste princípio pelo gestor público federal, estadual e municipal, quando do desempenho de suas funções na administração pública, bem como suas vantagens ou eventuais desvantagens, e todas as suas características.

Certo é que com a constitucionalização do direito, o que se mostrou muito evidente com a vinda do neoconstitucionalismo e, por consequência, a colocação da Constituição em maior patamar, a observância dos princípios previstos constitucionalmente tornaram-se cada vez mais necessários.

Nesta senda, o princípio da juridicidade contribui de modo a ampliar o campo de atuação do gestor público, na medida em que, sendo observado o direito como um todo e não apenas a legalidade de forma estrita, poderá a população em geral beneficiar-se desta atuação com observância do direito como um todo.

Por vezes, não se faz razoável fazer com que o administrador público esteja estritamente vinculado à lei e, conseqüentemente, depender da atuação, por vezes morosa do poder legislativo, pelo que o princípio aqui estudado, se aplicado, fará com que o administrador possa desempenhar sua função com maior eficiência.

É extremamente relevante analisar a aplicação do princípio da juridicidade no âmbito administrativo, visto que é muito importante a discussão de novas ideias e novas formas de pensar a administração, de modo a buscar uma maior efetividade do serviço público, dando assim efetividade ao princípio da eficiência, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, conseqüentemente, a satisfação dos administrados.

Os objetivos específicos da presente pesquisa são: a) definir o princípio da juridicidade. b) analisar os princípios norteadores da administração pública (art. 37,

Constituição Federal). c) Reconhecer a (in) aplicabilidade do princípio da juridicidade no âmbito da administração pública.

Analisou-se o regime jurídico administrativo, em que se submetem os agentes públicos, realizando após a conceituação de princípio, bem como a diferenciação entre princípio e regra.

Abordaram-se, ainda, todos os princípios norteadores da administração pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal, bem como o princípio da supremacia do interesse público, e indisponibilidade do interesse público.

Foi analisado o movimento chamado neoconstitucionalismo e o princípio da juridicidade.

A justificativa para o estudo deste tema pautou-se na relevância que o princípio da juridicidade possui, visto tratar-se de tema extremamente moderno e que, com a sua aplicação, pode trazer grandes vantagens aos administrados.

Para tanto, utilizaram-se a pesquisa bibliográfica e a análise qualitativa, trazendo conceitos e informações sobre o tema, discutidos por conceituados doutrinadores no âmbito do direito administrativo e constitucional, além de estudos de legislações e jurisprudência relacionados ao tema.

Ao final, chegou-se ao resultado de que deve o princípio da juridicidade ser aplicado no âmbito da administração pública, visto sua aplicação trazer grandes vantagens aos administrados.

Procedimentos Metodológicos

O presente estudo pautou-se basicamente em revisão bibliográfica de caráter qualitativo para o seu desenvolvimento, vez que para chegar no objetivo geral foi preciso abordar questões teóricas apontadas por doutrinadores da área do direito administrativo e constitucional, além de alguns pontos relacionados a legislações.

Sobre a pesquisa qualitativa, Rodrigues (2007, p. 38-39) leciona que “Qualitativa é a pesquisa que – predominantemente – pondera, sopesa, analisa e interpreta dados relativos à natureza dos fenômenos, sem que os aspectos quantitativos sejam a sua preocupação precípua, a lógica que conduz o fio do seu raciocínio, a linguagem que expressa as suas razões”.

Sendo assim, analisou-se por meio de livros as ideias levantadas por diversos autores renomados, tomando por base seus pensamentos expressos para chegar-se à conclusão do presente estudo. Importante ressaltar, ainda, que foi realizado

comparações entre o que está descrito na doutrina e na legislação em geral, além da realização de estudos jurisprudenciais relacionados ao tema.

Regime jurídico administrativo

Nas palavras de Mazza (2017), denomina-se por regime jurídico administrativo o conjunto de normas e princípios que norteiam e pertencem à administração pública.

Contribui Santos (2012, p. 57), afirmando que:

As quatro pessoas federativas que compõem a administração direta possuem personalidade jurídica de direito público, isto é, têm sua atuação regida por normas específicas de direito público, normas estas, em sua maioria, bem distintas das regras de direito privado.

O mesmo autor leciona que pode ser conferido como principal característica do regime jurídico administrativo a existência de diversos privilégios, prerrogativas e restrições existentes no âmbito da administração pública, sendo que estes servem para reger a atuação dos órgãos que submetem-se ao regime aqui estudado (SANTOS, 2012).

Sobre as prerrogativas que possuem a administração pública, Rossi (2016) leciona que são conferidas com a finalidade maior de dar eficácia ao interesse público sobre o particular, não podendo, ainda, sob o argumento das prerrogativas, destoar o administrador da legalidade.

Conceito de Princípio

Segundo os ensinamentos de Reale (2010, p. 60) “Princípios são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade”.

O conceito de princípio, segundo Humberto Ávila (2004, p. 70), é assim definido em uma de suas obras:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Os princípios podem ser divididos em três grandes categorias, quais sejam: princípios omnivalentes, podendo estes serem aplicados para todas as áreas do conhecimento; princípios plurivalentes, estes podendo ser aplicados a muitas áreas de conhecimento; e os princípios monovalentes, que por sua vez só podem ser aplicados, ou seja só tem validade em certa área de conhecimento (REALE, 2002).

Assim contribui Rossi (2016, p. 45):

Os princípios servem como parâmetros para a interpretação das normas jurídicas, tendo a função de oferecer coerência e harmonia para o ordenamento jurídico, possibilitando, nas hipóteses em que haja mais de uma norma, seguir àquela que mais compatibilizar com os princípios elencados na Lei Maior. São dotados de conteúdo indeterminado, variável e abstração.

Neste mesmo viés, fazendo uma relação mais direta com o objeto deste estudo, pode-se dizer que princípios são mandamentos gerais que norteiam toda a aplicação da legislação, pelo que atuam como pressupostos de todas as normas previstas no ordenamento jurídico, sendo estes de observância obrigatória (ROSA, 2011, p. 20).

Já o doutrinador Mazza (2017, p. 107), assim contribui:

Princípios são regras gerais que a doutrina identifica como condensadoras dos valores fundamentais de um sistema. Por meio de um processo lógico denominado abstração indutiva, os estudiosos extraem da totalidade de normas específicas as ideias chave que animam todo o complexo de regras. Assim, os princípios informam e enformam o sistema normativo. Informam porque armazenam e comunicam o núcleo valorativo essencial da ordem jurídica. Enformam porque dão forma, definem a feição de determinado ramo.

Pode-se afirmar, ainda, que os princípios têm duas funções principais, quais sejam: a função hermenêutica e integrativa. A função hermenêutica preceitua que, caso o aplicador de certa norma tenha dúvidas sobre seu significado, pode usar o princípio para sanar tal dúvida, já a função integrativa preconiza que o princípio serve também para o preenchimento de lacunas legislativas (MAZZA, 2017, p. 108).

Diferença de Princípio e Regra

Para uma análise conceitual cristalina da diferenciação entre princípio e regra, trazemos à reflexão o conceito de Humberto Ávila (2004, p. 70) sobre regra:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Diante disso, pode-se concluir que as regras podem ser diferenciadas dos princípios na medida em que estas são normas que determinam obrigações, autorizações, bem como proibições, com a consequente previsão de comportamentos que devem e não devem ser adotadas pelo indivíduo, enquanto “os princípios são mandamentos, não menos importantes, que preveem a realização de uma finalidade relevante para o mundo jurídico” (ÁVILA, 2005, p. 63).

Segundo Mazza (2015), os princípios podem ser diferenciados das normas segundo vários aspectos, sendo algum deles: quanto à abrangência: princípios preveem maior quantidade de situações práticas, na medida em que as normas são aplicáveis a um número menor de casos concretos; quanto à abstração do conteúdo: enquanto os princípios possuem um caráter mais geral, as normas são mais adstritas a certas situações; quanto à hierarquia no ordenamento jurídico: pode-se dizer que, por ter caráter mais geral que as normas, os princípios sobrepõem-se às normas no ordenamento jurídico, sendo hierarquicamente superiores em caso de conflito.

Assim extrai-se da obra de Ávila (apud Lenza, 2016, p. 165):

[...] um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder.

Complementando a reflexão, Santos (2012, p. 21) comenta que “existem dois tipos de normas: as regras e os princípios. Diferentemente das regras, que são mais densas e detalhadas, os princípios, propositadamente, são genéricos e

abstratos, abarcando, por isso mesmo, um número muito maior de situações fáticas.”

Da obra de Barroso (2008), extrai-se que os princípios contêm um caráter e abrangência maior, pelo que preveem um maior número de situações, enquanto as regras contêm caráter objetivo, tendo elas incidência em situações mais restritas, específicas.

Princípios da administração pública - Artigo 37, Caput, da Constituição Federal de 1988

O artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1988 assim preceitua:

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: [...]

Da simples leitura do artigo acima descrito, vê-se claramente que a administração, quando da realização de seus atos, deve obedecer aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Passa-se, pois, à análise de cada um dos princípios previstos no referido dispositivo constitucional.

Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade assevera que o administrador público, diferentemente dos particulares, que são permitidos a fazer tudo que a lei não proíba, deve realizar seus atos pautados estritamente ao que está escrito no texto legal (ARAGÃO, 2013, p. 62).

Em harmonia, Santos (2012) assevera que por este princípio denota-se que tudo que todos os atos da administração pública devem decorrer da lei, sendo que qualquer ato praticado pelo agente público que não esteja pautado no texto legal deverá, inclusive, ser declarado pela própria administração, tendo em vista a existência do princípio da autotutela ou, até mesmo pelo Judiciário, caso provocado.

Conforme os ensinamentos de Gasparini (2011), este princípio prevê que a administração pública em geral, quando do desempenho de suas atividades, está adstrita ao que rege a lei, sob pena de, assim não o fazendo, o ato praticado ser eivado de vício, bem como correndo o risco de ser o autor do ato, no caso o administrador público, responsabilizado pela inobservância da lei.

Assim contribui Pestana (2014, p. 189):

Finalmente, concedendo o toque de reconfirmação de que a Administração Pública somente poderá agir nos estritos limites fixados em lei, vê-se que, à mais alta autoridade da Administração Pública federal – Presidente da República – atribui-se o dever de, privativamente, expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (art. 84, IV, da Constituição Federal). Ou seja, ao Chefe da Administração Pública direta federal atribui-se o dever de promover a concreção das prescrições legais, imprescindíveis para ferir a realidade concreta e específica, aptidão que predominantemente não se observa no plano legislativo, cuja vocação natural se volta para o campo abstrato e de conformação genérica.

Em harmonia com o pensamento acima, Costa (2012), preconiza que o princípio da legalidade constitui-se em uma garantia para a população em geral (administrados), uma vez que os atos praticados pela administração pública apenas serão considerados válidos, caso estejam pautados na legislação. Ainda, pode-se dizer que este princípio representa um limite para a prática administrativa, visando evitar o abuso de poder dos administradores públicos.

Princípio da Impessoalidade

Leciona Mazza (2017) que este princípio preconiza que deve o administrador agir com imparcialidade quando da defesa dos interesses públicos, pelo que não devem ser praticados privilégios ou discriminações indevidas aos administrados, devendo o administrador agir sempre com objetividade. Neste sentido, torna-se vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades, conforme preconiza o art. 2º, parágrafo único, III, da Lei nº 9.784/99.

Para Meirelles (apud Mazza, 2017, p. 124):

O princípio da impessoalidade “nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

O mesmo autor assevera que, ao realizar os atos administrativos com o desiderato de alcançar a finalidade pública, automaticamente estará o administrador agindo com impessoalidade e caráter objetivo, pelo que, desta forma, evita-se as preferências pessoais (MAZZA, 2017).

Já com relação a impessoalidade e isonomia, por haver proximidade entre os institutos, importante deixar claro esta diferenciação.

Neste sentido, extrai-se da obra de Figueiredo apud Mazza (2017) que pode-se ter um tratamento igualitário a determinado grupo, satisfazendo assim o princípio da isonomia, porém, se tal tratamento se der por situações de caráter subjetivo, ou seja, pessoais, tanto do grupo como por parte do gestor público, estaria infringindo o princípio da impessoalidade.

Complementando a reflexão, Oliveira (2013) leciona que o princípio da impessoalidade relaciona-se com o princípio da isonomia, sendo aquele corolário deste, na medida em que a administração pública deve agir com impessoalidade e isonomia perante os administrados. Neste sentido, o princípio da impessoalidade é a própria aplicação do princípio da isonomia no âmbito da administração pública.

Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade exige que o administrador público quando do desempenho de suas funções deverá não só observar a lei, ou seja, se o ato que está praticando é legal ou ilegal, mas também fazer o juízo de valor no tocante à honestidade ou desonestidade do ato, agindo sempre pautado nos padrões éticos e probidade, decoro e boa-fé (BOLZAN, 2015).

Extrai-se da obra escrita por Oliveira (2013), grande exemplo da aplicação deste princípio, qual seja a Súmula Vinculante nº 13, do Supremo Tribunal Federal, onde consta clara vedação ao nepotismo, assim citamos:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal oferece um exemplo ainda mais esclarecedor: a vedação do nepotismo, contida na súmula vinculante 13 do STF, que dispõe: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (OLIVEIRA, 2013, p. 100).

A moralidade administrativa diferencia-se da moral corriqueira, ao passo que o princípio da moralidade administrativa não exige com que o administrador haja com observância aos padrões éticos da sociedade, e sim com padrões de lealdade e probidade na prática diária da administração. Neste passo, tem-se que padrões e formas de agir até mesmo não previstos em lei devem ser incorporados pelo administrador no desempenho de suas funções (MAZZA, 2017).

Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade pode ser conceituado como sendo a obrigação por parte da administração pública de publicar/divulgar seus atos administrativos. Este princípio pauta-se no direito que possuem os administrados de saber como está sendo realizada a administração pública, ou seja, obter informações das condutas perpetradas pelo administrador, uma vez que trata-se de assunto que diz respeito a todos os administrados (MAZZA, 2017).

Sobre este princípio assim assevera Costa (2012, p. 33):

O princípio da publicidade estabelece que o administrador público divulgue amplamente os seus atos. A restrição à publicidade de um ato só poderá ocorrer por razões de interesse público e em razão de imperativos da segurança nacional, desde que devidamente justificados. São instrumentos constitucionais utilizados para assegurar o recebimento de informações o Habeas Data (art. 5º, LXXII, da CF) e o Mandado de Segurança (art. 5º, LXIX e LXX, da CF).

Contribui Gasparini (2011, p. 65) dizendo que “esse princípio torna obrigatória a divulgação de atos, contratos e outros instrumentos celebrados pela Administração Pública direta e indireta, para conhecimento, controle e início de seus efeitos”.

O princípio da publicidade também comporta exceções, pelo que leciona Mazza (2017, p. 136):

O próprio texto constitucional definiu três exceções ao princípio da publicidade, autorizando o sigilo nos casos de risco para: a) a segurança do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF). Exemplo: informações militares; b) a segurança da sociedade (art. 5º, XXXIII, da CF). Exemplo: sigilo das informações sobre o interior de usina nuclear para evitar atentados terroristas; c) a intimidade dos envolvidos (art. 5º, X, da CF). Exemplo: processos administrativos disciplinares.

Assevera Rossi (2016) que os atos praticados no exercício da função pública pelo administrador devem ser acessíveis aos administrados, com a finalidade de que estes tenham ciência de como está sendo desempenhada a administração, bem como controlar os atos praticados pelo administrador.

Princípio da Eficiência

De acordo com Mazza (2017), eficiência é o dever do Estado de realizar os atos administrativos com a maior agilidade possível, de modo a beneficiar os administrados com um serviço público competente.

Já a eficácia, para Bolzan (2015, p. 130) assim consiste “Ato eficaz é aquele apto a produzir efeitos, ou seja, não depende de qualquer condição (evento futuro e incerto), nem de termo (evento futuro e certo), por exemplo”.

Sobre a efetividade do serviço público, Torres (2004, p. 175), leciona que:

É o mais complexo dos três conceitos, em que a preocupação central é averiguar a real necessidade e oportunidade de determinadas ações estatais, deixando claro que setores são beneficiados e em detrimento de que outros atores sociais. Essa averiguação da necessidade e oportunidade deve ser a mais democrática, transparente e responsável possível, buscando sintonizar e sensibilizar a população para a implementação das políticas públicas. Este conceito não se relaciona estritamente com a idéia de eficiência, que tem uma conotação econômica muito forte, haja vista que nada mais impróprio para a administração pública do que fazer com eficiência o que simplesmente não precisa ser feito

Sobre a eficiência, eficácia e efetividade Filho (2015, p. 33) assim argumenta:

O desejável é que tais qualificações caminhem simultaneamente, mas é possível admitir que haja condutas administrativas produzidas com eficiência, embora não tenham eficácia ou efetividade. De outro prisma, pode a conduta não ser muito eficiente, mas, em face da eficácia dos meios, acabar por ser dotada de efetividade. Até mesmo é possível admitir que condutas eficientes e eficazes acabem por não alcançar os resultados desejados; em consequência, serão despidas de efetividade.

Ainda nas palavras de Filho (2015), estes três institutos não se confundem. A eficiência é o modo pelo qual é realizada a atividade administrativa, observando-se a conduta do agente. A eficácia, por sua vez, tem relação com as formas e meios empregados pelos agentes na administração. Já a efetividade diz respeito aos resultados que foram obtidos com o ato administrativo.

Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

Significa este princípio que os interesses da coletividade devem sobressair-se sobre os individuais. Como exemplo da aplicação prática deste princípio, pode-se citar as desapropriações, requisição de bens, presunção de legitimidade dos atos administrativos, entre outros (MAZZA, 2017).

Santos (2012, p. 37) contribui lecionando que:

O princípio da supremacia do interesse público sinaliza que, via de regra, todas as vezes em que se confrontarem o interesse privado e o interesse público, deverá este último prevalecer, pela simples ideia de que o coletivo deve preponderar sobre o individual.

O mesmo autor ainda afirma que, não obstante a supremacia do interesse público, haverá limites para a atuação da administração com base neste princípio, visto que deve a administração pública atuar conforme os ditames legais e Constitucionais, principalmente resguardando os direitos fundamentais do indivíduo (SANTOS, 2012).

Princípio da indisponibilidade do interesse público

Este princípio preconiza que os agentes da administração pública não são donos do interesse que defendem, pelo que no exercício administrativo devem atuar conforme os ditames legais, e não suas concepções pessoais. Importante ressaltar, ainda, que por conta deste princípio, não podem os agentes realizarem acordos judiciais (MAZZA, 2017).

Santos (2012, p. 41) contribui no sentido de que “não poderá a Administração abrir mão de um tributo ou mesmo alienar livremente os bens públicos, devendo, para tanto, observar as disposições legais existentes”.

Nas palavras de ROSSI (2016) a administração pública não pode dispor da coisa pública, uma vez que atua como mero gestor desta, sendo que o administrador é representante da sociedade, real destinatária do serviço público pelo que atua em nome e de acordo com o interesse da população, respeitando, assim, a vontade da coletividade.

Neo Constitucionalismo

O Direito Constitucional, nas últimas décadas, especialmente no mundo romano-germânico (Civil Law), passou por uma severa mudança, de modo que modificou a forma de como este ramo do Direito é praticado e também pensado. Para tanto, levou-se em consideração três marcos fundamentais, quais sejam o histórico (no Brasil a Constituição de 1988), filosófico (pós positivismo) e teórico (no Brasil, direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades) (BARROSO, 2017).

Segundo Lenza (2012, p. 69), “A doutrina passa a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva em relação ao constitucionalismo, denominada neoconstitucionalismo, ou, segundo alguns, constitucionalismo pós-moderno, ou, ainda, pós-positivismo”.

Ainda, Lenza (2012), contribui no sentido de que este movimento denominado neoconstitucionalismo surgiu com o objetivo de a Constituição não mais apenas limitar o poder político, mas, sobretudo, busca uma maior efetividade da Constituição Federal, fazendo com que o texto não mais tenha uma característica meramente retórica, deslocando-se para uma ideia de efetivação da Constituição Federal, bem como buscando a confirmação/aplicação dos direitos fundamentais lá previstos.

Para Puccinelli Junior (2015, p. 28):

O neoconstitucionalismo, também chamado de constitucionalismo moderno ou pós-positivismo, nasceu assim com a missão de edificar um Estado Constitucional de Direito ou, para alguns, um Estado Democrático e Social de Direito, que seja tributário da justiça distributiva e favoreça a positivação e concretização de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, contemple o modelo normativo axiológico, absorva uma nova postura hermenêutica voltada à legitimação das aspirações sociais e reconheça a força normativa da Constituição, dando vazão à supremacia, imperatividade e efetividade de suas normas.

Contribui o mesmo autor dizendo que este movimento surgiu para que o Estado legislativo fosse substituído pelo Estado Constitucional de Direito, colocando a Constituição Federal no centro do conjunto jurídico, atribuindo-se valores axiológicos (morais, éticos, estéticos e espirituais), para suas normas, bem como promovendo a justiça social e buscando ainda a efetivação da moralidade pública (JUNIOR, PUCCINELLI, 2015).

Nesta mesma direção, Barroso (2017) assevera que a partir deste movimento buscou-se a colocação em patamar superior dos valores quando da interpretação jurídica, com o conseqüente reconhecimento em caráter de normatividade dos princípios, sempre com o desiderato da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto constitucionalmente.

Neste sentido, assim noticia Dantas, Miguel C. (2009, p. 9):

Entende-se por neoconstitucionalismo, ou por constitucionalismo pós-positivista, a etapa contemporânea da ciência jurídica constitucional, marcada pela defesa da normatividade dos princípios, concebidos como instância ética ou reserva material de justiça, que se assegura por um sistema de garantias em que tem função primordial de guarda da força normativa constitucional as vias de instauração do controle de constitucionalidade.

Neste diapasão, Galvão (2013, p. 55), faz menção em sua obra, sobre o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal (o qual faz menção ao neoconstitucionalismo), Celso de Mello, do Ag. Reg. no Recurso Extraordinário n. 477.544/MG, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 16-8-2011, publicado no DJe de 26-8-2011, p. 307, que tratava acerca do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, assim citamos trecho do voto:

A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao Neoconstitucionalismo, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição.

Em um sentido mais amplo, pode-se dizer que a partir da consagração deste movimento, a Constituição Federal passa a ser uma maneira de olhar todos os demais ramos do direito, concedendo um efeito expansivo das normas constitucionais, espalhando-se estas por todo o sistema jurídico, valendo-se dizer, por oportuno, que todas as interpretações jurídicas passam a ser interpretações constitucionais (BARROSO, 2017).

Princípio da Juridicidade

Dos ensinamentos de Mazza (2017) extrai-se que o princípio da legalidade, previsto na CF em seu art. 37, não fica adstrito ao simples cumprimento da lei. Como exemplo, pode-se citar a Lei Federal nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), que em seu art. 2º, parágrafo único, I, define a legalidade como

sendo o dever de o administrador público atuar conforme a lei e o direito. Tal dispositivo legal vem explicar que o agente público, quando do desempenho de suas funções, deve observar todo o arcabouço jurídico, e não somente a lei, respeitando o chamado bloco da legalidade, como por exemplo a Constituição, tratados internacionais, costumes, atos administrativos, além da doutrina e jurisprudência. É esse dever de observância geral que preceitua o princípio da juridicidade.

Neste sentido, importante colacionar o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *in verbis*: “Art.-4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Vê-se claramente do artigo citado a relação do princípio da juridicidade com referido dispositivo legal, o qual preconiza que em caso de omissão da lei, deve o Juiz decidir com base em outros elementos constantes do ordenamento jurídico, quais sejam a analogia, costumes e os princípios gerais de Direito.

Sobre o tema, assevera Oliveira (2013) que as normas emanadas da Constituição, ou seja, os princípios e as regras não podem depender da atuação certas vezes morosa do poder legislativo, salvo em casos específicos que a lei assim o exigir.

Neste ponto, importante citar trecho da obra de Aragão (2013, p. 58-59), onde se pode perceber a utilização deste princípio em decisão do STF, cita-se:

Seja como for, o princípio da juridicidade vem sendo objeto de um relevante “descobrimento” jurisprudencial, valendo citar, dentre outras, a decisão do STF acerca da proibição do nepotismo no setor público, que culminou na edição da Súmula Vinculante n. 13, na qual o referido princípio foi citado e serviu como umas das razões de decidir. Na oportunidade, o STF entendeu que, independentemente da existência de lei, a Administração Pública deve vedar a contratação de parentes de agentes políticos. A vedação, que indubitavelmente restringe direitos individuais (de profissão, etc.), decorre diretamente, afirmou o STF, sem intermediação legislativa, dos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, CF, 1988).

O princípio da juridicidade vem ganhando uma afirmação na doutrina e jurisprudência atuais, trazendo uma ideia de que o gestor público deve atentar-se a um padrão global de legalidade, não observando apenas a lei e sim os princípios gerais de direito, com maior ênfase aos princípios constitucionais (ARAGÃO, 2013).

Neste diapasão, deve-se atentar ao fato de que o princípio da juridicidade não deve ser considerado suprimido pelo princípio da legalidade, uma vez que é entendido sempre partindo de regras e princípios, constitucionais ou legais. Pode ser considerado, pois, como o princípio da legalidade observado substancialmente/ ampliadamente, observando o ordenamento jurídico como um todo, e não só a lei (ARAGÃO, 2013).

Ainda da obra de Aragão (2013, p. 58), extrai-se trecho de voto do Ministro Gilmar Mendes no RE n. 395.662 AgR/RS.:

O STF, pela pena do Ministro GILMAR MENDES, já decidiu: “O significado dos direitos fundamentais nos termos da Lei fundamental não se limita mais exclusivamente a garantir a legalidade das restrições impostas à liberdade individual pelo Executivo e pelo Judiciário. Mediante a vinculação do Poder Legislativo aos direitos fundamentais não se suprime, mas se reforça e se completa a função de proteção aos direitos fundamentais. Administração e Justiça necessitam para a intervenção nos direitos fundamentais de uma dupla autorização: além da autorização legal para a intervenção, deve-se exigir também uma autorização constitucional para a limitação dos direitos fundamentais.

Sobre o tema, Bolzan (2015) contribui dizendo que, após a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que não bastaria o Poder Público atuar somente com base na lei, citando como exemplo o caso de Hitler, que amparado no Estado Nazista, aniquilou milhares de judeus, pelo que a legalidade evoluiu para a juridicidade, observando-se o direito como um todo.

Assim, o gestor público tem o dever de pautar seus atos com base na Constituição Federal, e, em diversas situações, independentemente de atuação do Poder Legislativo, nos levando assim a uma ideia de que o princípio da legalidade transforma-se, ou passa a ser observado como princípio da juridicidade, subordinando-se o administrador público à Constituição e, após, a Lei. (BARROSO, 2017).

Assim extrai-se da obra de Alexandre (2017, p. 740):

Fica fácil perceber que a imoralidade se constitui em fundamento autônomo para a propositura da ação popular, de forma que o “imoral, porém não ilegal” pode ser por ela atacado. De qualquer modo, nos dias atuais, tendo em vista a moderna visão de legalidade como juridicidade, em que se considera a necessidade de

obediência não apenas às regras, mas também aos princípios, pode-se afirmar não mais ser possível considerar legal um ato imoral.

Ainda, importante ressaltar que, não obstante as disposições/ inovações trazidas pelo princípio da juridicidade, não se faz possível a realização de atos ilegais/ilícitos, por parte dos administradores públicos, sob o argumento da juridicidade. Ou seja, deve o administrador observar a lei em sentido mais amplo, aplicando a lei e o referido princípio de forma conjunta, e, caso incorra o administrador em atos que caracterizem improbidade administrativa, por exemplo, pode sofrer as sanções previstas para o caso concreto, não podendo esquivar-se de suas responsabilidades sob o argumento da juridicidade.

Discussões sobre a (In) Aplicabilidade do Princípio da Juridicidade na Administração Pública

Segundo as constatações feitas neste estudo, percebeu-se claramente que houve, e ainda há, uma evolução constante no mundo jurídico e na interpretação das normas jurídicas, notadamente quando se fala em princípio da legalidade.

Cediço que o princípio da legalidade (estrita), previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal foi, e ainda é aplicado no mundo jurídico, e, fazendo uma relação mais direta com o objeto deste estudo, no âmbito da administração pública.

Depreendeu-se que o administrador público, conforme prevê o dispositivo legal acima citado (art. 37, CF), deve pautar suas atuações estritamente ao que está disposto no texto legal, não podendo este realizar atos que não estejam expressamente previstos em lei, sob pena de responsabilização.

Neste sentido, não obstante a vedação de o administrador público praticar atos que não estejam expressamente pautados na lei, percebe-se que esta presunção absoluta de legalidade vem sofrendo uma gradual modificação no mundo jurídico.

Com o advento do chamado neoconstitucionalismo, conforme observado, o direito constitucional, nos países onde é adotado o *civil law*, assim como no Brasil, sofreu grande mudança nos últimos tempos, pelo que se elevaram os valores constitucionais, colocando-se este ramo do Direito no centro das interpretações jurídicas.

Este movimento fez com que fossem as Constituições analisadas e aplicadas não apenas retoricamente, e também de um modo mais axiológico,

observando assim os valores, a moral, de modo a alcançar assim a justiça social.

Ainda, percebeu-se ao longo do tempo que não poderia, ou não se mostra razoável, o gestor público pautar seus atos apenas ao que está descrito no texto legal, devendo este observar o bloco da legalidade como um todo (princípios, tratados, Constituição).

Importante ressaltar que o neoconstitucionalismo contribuiu e muito para o surgimento do princípio da juridicidade, ou constitucionalização do direito administrativo, movimento pelo qual enfatiza que o gestor público, quando do desempenho de suas funções, deve pautar-se não apenas na lei em sentido estrito, e sim observar o chamado bloco da legalidade, este compreendido como o direito como um todo.

Importante ressaltar que, em diversos casos, o gestor público deixa de realizar algum ato, que pode ser extremamente benéfico para a população em geral, por conta da falta de lei específica para a realização do ato pretendido.

Exigir lei para a prática de toda e qualquer ação do gestor público (legalidade estrita), faz com que o gestor perda poder de ação, que, por vezes, como citado anteriormente, pode acarretar na perda da real função e objetivo maior da administração pública, que é, justamente, o bem estar dos administrados em geral.

Importantíssimo ressaltar que não se está aqui defendendo a ideia de que a lei não deva ser observada pelo administrador público, pelo contrário, deve o gestor público, quando da aplicação do princípio da juridicidade, observar a legalidade, contudo, de uma forma ampla e substancial.

Ainda, é de conhecimento que o processo legislativo, por vezes, é demasiadamente moroso, pelo que, desta forma, acaba por diminuir, certas vezes, o campo de ação do gestor público quando do desempenho de suas funções.

Neste diapasão, tem-se que o princípio da juridicidade, o qual vem ganhando força na jurisprudência e doutrina constituiu-se em importante elemento para que o gestor público amplie seu campo de ação e não fique restrito ao que está escrito na lei.

Além de ampliar o campo de ação do gestor público, repisa-se, sem deixar de observar a lei, o princípio da juridicidade exige com que o administrador observe também o todo o bloco de legalidade, de modo a não realizar atos que possam ser considerados imorais, mesmo que legais, também não autoriza a prática de atos ilegais sob o pretexto da juridicidade.

Sendo assim, o princípio da juridicidade possui dupla função, sendo a primeira, ampliar o campo de ação do gestor público, de modo a beneficiar a população em geral, bem como a função de exigir do gestor a observância do direito como um todo para que não incorra em ilegalidade, bem como imoralidade.

Ademais, não se vislumbra prejuízos com a aplicação deste princípio, visto que atos que venham a prejudicar alguém poderão ser discutidos e até mesmo invalidados pelo Poder Judiciário.

Diante destas considerações, torna-se imperiosa a aplicação do princípio da juridicidade na administração pública, uma vez que com a observância do direito como um todo, o administrador não fica estritamente vinculado à lei, podendo assim, por vezes, beneficiar os administrados, utilizando todo o arcabouço jurídico existente, dando assim maior eficácia ao serviço público, privilegiando o princípio da eficiência, e ainda, sob outro viés, faz com que o administrador, ao observar amplamente o direito, deixe de praticar atos imorais, pautados na legalidade.

Considerações Finais

Ante a análise da (in)aplicabilidade do princípio da juridicidade na administração pública, foi possível concluir que este princípio deve ser utilizado pelo administrador público na gestão pública federal, estadual e municipal.

Com o presente estudo conclui-se ainda que o referido princípio, o qual prescreve que o administrador público deve, quando desempenhar suas funções, observar não só a lei em sentido estrito, e sim todo o bloco da legalidade (princípios, tratados, etc.), traz imensas vantagens para o gestor público.

Justifica-se tal afirmação na medida em que, aplicando o princípio da juridicidade o administrador poderá aumentar seu campo de atuação, e ainda fará com que este observe não só a legalidade, e sim a moralidade de seus atos.

Concluiu-se, ainda, que o princípio da juridicidade, se aplicado na gestão pública, dará maior efetividade ao princípio da eficiência, previsto no art. 37, caput, da Constituição Federal, uma vez que ampliando seu campo de ação e não ficando totalmente adstrito à lei, e, por vezes, dependendo do Poder Legislativo, o gestor poderá realizar seus atos com maior agilidade buscando sempre o bem dos administrados, premissas do princípio da eficiência.

Ainda, observa-se que não deve o gestor público, quando da aplicação deste princípio, afastar-se do princípio da legalidade, pelo contrário, devem ambos os

princípios caminharem conjuntamente, pelo que deve o gestor apenas desempenhar sua função enxergando o princípio da legalidade de forma mais ampla.

Este tema é extremamente relevante visto que pode ser tratado futuramente em outros estudos, uma vez que como trata-se de direito e legislação, é cediço que sempre se está modificando a maneira de pensar dos juristas em geral, observando ainda, se for o caso, no futuro, se está sendo mais aplicado ou não este princípio na administração pública.

Sendo assim, a conclusão final é no sentido de que o princípio da juridicidade pode e deve ser aplicado na administração pública, justificando tal afirmação na medida em que sua aplicação trará diversas vantagens aos administrados, uma vez que amplia o campo de ação do gestor público, dando maior efetividade ao princípio da eficiência, e por outro lado, faz com que o gestor público observe não só a legalidade, mas também a moralidade.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo, DEUS, João de. **Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Método, 2017.

ARAGÃO, Alexandre de. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BOLZAN, Fabrício. **Direito Administrativo para Concursos Públicos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Elissonda. **Direito Administrativo**. 2 ed. Col. OAB Nacional, 2ª fase, v. 5. São Paulo: Saraiva, 2012.

DANTAS, Miguel C. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GALVÃO, Jorge Lavocat. **O Neoconstitucionalismo e o Fim do Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

- _____. **Manual de direito administrativo**, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Rezende. **Princípios do Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Método, 2013.
- PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002
- RODRIGUES, Rui Martinho. **Pesquisa acadêmica: como facilitar o processo de preparação de suas etapas**. São Paulo: Atlas, 2007.
- ROSA, Márcio Elias. **Sinopses jurídicas 19**. Direito Administrativo, parte I, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSSI, Licínia. **Manual de direito administrativo**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTOS, Mauro dos. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. **Estado, democracia e administração pública no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2004

Capítulo 14

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA PREVISTA NA LEI 12.850/2013

Taiana da Silva Bitencourt
Ramirez Zomer
Fabrício Trevisol Bordignon

Resumo: A presente pesquisa tem o condão de analisar a (in) constitucionalidade do instituto da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, frente aos princípios constitucionais, aplicados no direito penal processual e material. Os objetivos específicos são: a) Caracterizar os princípios constitucionais aplicados no direito processual penal, a saber: legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e do juiz natural; b) Descrever a Lei n. 12.850/2013; c) Analisar o instituto da colaboração premiada prevista no artigo 4º da Lei n. 12.850/2013; d) Apontar as principais discussões na doutrina e jurisprudência acerca do tema; e) Verificar se o instituto da colaboração premiada é (in) constitucional frente os princípios constitucionais abordados. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa, realizada por pesquisa bibliográfica e documental. Iniciou-se apresentando o conceito de princípios bem como sua distinção quanto aos valores, pormenorizando os comandos constitucionais considerados mais relevantes ao direito penal material e processual. Posteriormente, avaliou-se a Lei n. 12.850/2013, seu contexto histórico, bem como o instituto da colaboração premiada. Após análise das discussões acerca do tema na doutrina e na jurisprudência, os resultados permitiram concluir que apesar de fortemente criticado, o instituto não infringe aos dispositivos constitucionais destacados.

Palavras-chave: Direito constitucional. Princípios constitucionais penais. Colaboração premiada.

THE (IN) CONSTITUTIONALITY OF THE AWARDED COLLABORATION PROVIDED IN LAW 12.850/2013

Abstract: The present research has the condition to analyze the (in) constitutionality of the institute of the awarded collaboration, foreseen in Law n. 12.850/2013, against constitutional principles, applied in procedural and material criminal law. The specific objectives are: a) Characterize the constitutional principles applied in criminal procedural law, namely: legality, due to legal process, contradictory and ample defense, presumption of innocence and the natural judge; b) Describe Law n. 12.850/2013; c) To analyze the institute of the prize collaboration provided for in article 4 of Law no. 12.850/2013; d) To point out the main discussions in the doctrine and jurisprudence on the subject; e) To verify that the institute of the awarded collaboration is (in) constitutional in face of the constitutional principles approached. It is a research of qualitative approach, carried out by bibliographical and documentary research. It began by presenting the concept of principles as well as its distinction as to values, detailing the constitutional commands considered most relevant to criminal and procedural criminal law. Subsequently, Law n. 12.850/2013, its historical context, as well as the institute of award-winning collaboration. After analyzing the discussions on the subject in doctrine and jurisprudence, the results

allowed to conclude that although strongly criticized, the institute does not violate the constitutional provisions highlighted.

Keywords: Constitutional right. Constitutional penal principles. Winning collaboration.

Introdução

O objeto da pesquisa, o instituto da colaboração premiada, é constantemente debatido nos meios de comunicação, tendo em vista sua frequente aplicabilidade nos crimes de lavagem de dinheiro praticados por organizações criminosas.

O interesse em explorar o tema surgiu da grande aplicabilidade do instituto atualmente, repercutindo de forma significativa no cenário político do país, tornando-o um tema moderno, mas pouco conhecido no que tange as suas peculiaridades e aplicação.

Trata-se de um instituto do direito disposto na Lei n. 12.850/2013, e que possibilita ao réu/investigado/condenado, em qualquer momento do processo, firmar acordo de colaboração premiada e valer-se deste instrumento para ter sua pena reduzida ou até perdoada, conforme se constata no desenvolver deste trabalho.

Várias são as discussões oriundas do tema estudado, no que concerne a sua eficácia e constitucionalidade. Nesse contexto, a questão que emerge é: o instituto da colaboração premiada, previsto na Lei n. 12.850/2013 é constitucional?

A presente pesquisa tem o condão de analisar a (in) constitucionalidade do instituto da colaboração premiada, prevista na Lei n. 12.850/2013, frente aos princípios constitucionais, aplicados no direito penal processual e material.

Os objetivos específicos são: a) Caracterizar os princípios constitucionais aplicados no direito processual penal, a saber: legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e do juiz natural; b) Descrever a Lei n. 12.850/2013; c) Analisar o instituto da colaboração premiada prevista no artigo 4º da Lei n. 12.850/2013; d) Apontar as principais discussões na doutrina e jurisprudência acerca do tema; e) Verificar se o instituto da colaboração premiada é (in) constitucional frente os princípios constitucionais abordados.

Referido tema mostra-se extremamente relevante, uma vez que o instituto da colaboração premiada vem sendo cada vez mais utilizado no âmbito jurídico, por tratar-se de um meio de obtenção de prova que visa à busca da verdade real nos crimes que versem sobre organização criminosa no país.

Nesta toada, se mostra importante analisar a constitucionalidade deste instituto utilizado para combater, prevenir e reprimir condutas que venham a ameaçar a ordem pública, bens e interesses tutelados pelo Estado.

Sendo assim, imperioso analisar o instituto por inteiro, juntamente com os princípios constitucionais, para chegar-se a uma ideia final e definir se a delação premiada fere a Carta Magna.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa qualitativa, com revisão bibliográfica, analisando os princípios constitucionais acima delineados, bem como o instituto da delação premiada propriamente dito (Lei n. 12.850/2013), conferindo-se, ao final, sua (in) constitucionalidade.

Procedimentos metodológicos

Segundo Mezzaroba e Monteiro (2004) para se realizar uma pesquisa, devem-se utilizar fontes fidedignas que auxiliem o pesquisador a solucionar o problema a ser resolvido, sendo que o referencial teórico deve relacionar-se ao tema escolhido.

Quanto à abordagem, têm-se este trabalho como uma pesquisa qualitativa, na qual —a compreensão das informações é feita de uma forma mais global e interrelacionada com fatores variados, privilegiando contextosll, como destacam Mezzaroba e Monteiro (2004, p. 110).

Escolher a modalidade de pesquisa ajuda a alcançar os objetivos traçados, conforme Mezzaroba e Monteiro (2004, p. 116-117), por isso caracteriza-se esta pesquisa como descritiva, pois não se propõem soluções, —apenas descrevem-se os fenômenos tal como são vistos pelo pesquisador, o que não significa que não serão interpretados, mas somente que a contribuição que se deseja dar é no sentido de promover uma análise rigorosa de seu objetoll.

Como técnicas de pesquisa utilizaram-se: a documental e a bibliográfica. De acordo com Santos e Parra Filho (2011, p. 83): —qualquer que seja o campo a ser pesquisado, sempre será necessária uma pesquisa bibliográfica, que proporciona um conhecimento prévio do estágio em que se encontra o assunto. Gil (2011) caracteriza as pesquisas bibliográficas como aquelas em que há contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, mediante consulta em livros, opúsculos, periódicos, etc..

Assim, a pesquisa foi realizada em livros, artigos científicos, jurisprudências e, principalmente, na lei a que se refere o tema.

Os princípios constitucionais aplicados no direito processual penal

Os princípios são normas finalísticas, pois possuem um objetivo a ser atendido. Apesar de estarem intimamente ligadas, as figuras de valores e princípios não se confundem isto porque, os princípios estabelecem adoção de condutas essenciais à promoção de um estado de coisas, enquanto os valores atribuem uma qualidade positiva a determinado elemento. Os princípios estabelecem a delimitação de um estado ideal de coisas a ser buscado por meio de comportamentos necessários para essa realização (ÁVILA, 2005).

Neste capítulo caracterizam-se os princípios constitucionais afetos ao direito processual penal e material, quais sejam: legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e do juiz natural.

Princípio da legalidade

O princípio da legalidade encontra abrigo no art. 5º, XXXIX, da Carta Magna, sendo repetido na abertura do Código Penal, em seu art. 1º, *verbis*: —não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Conforme entendimento de Lima (2012), este princípio possui caráter restritivo na atuação do legislador, permitindo que atue formalmente na elaboração da legislação penal, obrigando-o, por meio da reserva legal, a recorrer ao processo legislativo para criminalizar determinadas ações. Assim, tem-se que, em virtude da taxatividade do artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, medidas provisórias assim como decretos legislativos, apesar de dotadas de força de lei, não podem ser utilizadas para criminalizar comportamentos.

Corroborando Capez (2012) ao afirmar que:

e acordo com esse princípio, não há crime sem descrição pormenorizada do fato contida na lei, sendo a taxatividade uma decorrência lógica da legalidade. Assim, sem a definição dos elementos componentes da conduta típica, não se concebe a existência de crime (CF, art. 5º, XXXIX).

Para Tavares (2017) o princípio da legalidade pode ser relativizado de duas formas, pela inexistência de lei que fundamente uma exigência, bem como pela inobservância da mesma.

Nesta esteira, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A inobservância ao princípio da legalidade pressupõe o reconhecimento de preceito de lei dispendo de determinada forma e provimento judicial

em sentido diverso, ou, então, a inexistência de base legal e, mesmo assim, a condenação a satisfazer o que pleiteado (AI 147.203-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18-5-1993, Segunda Turma, DJ de 11-6-1993).

No que tange à atividade persecutória do Estado, Tavares (2017, p. 536) leciona que o —princípio, consagrado dentre os direitos individuais fundamentais, impede que o legislador transfira a outrem a função de definir os delitos e cominar penas..

Nesta baila, contribui Lima (2012, p. 100):

O princípio da legalidade veda, ademais, ao legislador a possibilidade de estender os efeitos da lei incriminadora a fatos anteriores sua vigência (retroatividade). que a exigência de lei para produção de crimes revela-se insuficiente, sem a garantia de que ela deve estar em plena vigência antes da prática do delito sancionado. anterioridade é uma decorrência lógica da própria legalidade penal. O delito não deixa de ser uma criação artificial do estado e s tem existência, e pode ser sancionado, quando em voga a lei criadora.

Em face de todo o exposto, tem-se que —é proibida a criminalização de condutas por meio de outras espécies normativas que não a lei em sentido estrito (GONÇALVES; BALTAZAR JÚNIOR, 2017, p. 377), bem como, impede punições de fatos não consagradas em lei.

Princípio do devido processo legal

Um das garantias do indivíduo no ordenamento jurídico brasileiro é o devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, disposto da seguinte forma: —LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

De acordo com Pires (2016, p. 253) —este princípio surgiu em 1215, na Inglaterra, com a Magna Carta do Rei João Sem Terra (*dueprocessoflaw*). Pela primeira vez, naquela época, assegurou-se aos cidadãos a garantia de um processo justo contra abusos do Estado.

Nesta esteira Cunha (2008, p. 323) contribui:

Locução —devido processo legal, com que se traduziu a locução inglesa —*dueprocessoflaw*, foi consagrada primeiro pela doutrina, e em seguida pelo texto da 88, onde se lê: —Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art.

5º — LIV). Entende-se primeiro como —devido processo legal o conjunto dos procedimentos estabelecidos em lei para a atuação dos agentes públicos; mas sem dúvida também é devido processo legal, por exemplo, o estabelecido no estatuto de uma entidade de Direito privado, ou no regimento interno de um condomínio, onde se —processo melhor seria ler —procedimento, e onde está —legal melhor ficaria —do ireito ou —juridico. e modo que —devido processo legal significa o procedimento juridicamente estabelecido, ou juridicamente exigível.

Valioso princípio constitucional prevê que, no Brasil, conforme mencionado anteriormente, ninguém pode ser preso, condenado, tampouco privado de seus bens, sem a observância do devido processo legal, nas esferas administrativas e judiciais.

Este princípio possui dois aspectos, que são eles: material e processual. Em seu aspecto material, resume-se na proteção ao direito à liberdade, à vida e à propriedade. Já seu aspecto processual, é a igualdade de condições perante o Estado, bem como em relação à utilização de instrumento de defesa hábil. O direito de defesa técnica, a igualdade de condições entre réu e autor, o duplo grau de jurisdição bem como a inafastabilidade da jurisdição, podem ser utilizados como exemplos de ferramentas para a efetivação do princípio constitucional em comento (PIRES, 2016).

Para Novelino (2014, p. 25), o princípio, em seu sentido processual, —garante a qualquer pessoa o direito de exigir que o julgamento ocorra em conformidade com regras procedimentais previamente estabelecidas, vinculando a legitimidade da privação da liberdade ou de bens, a observância do processo estabelecido pela lei, como sendo devido. Já em seu sentido material, acrescenta o devido processo legal substantivo —se dirige, em um primeiro momento, ao legislador, constituindo-se em um limite à sua atuação, que deverá pautar-se pelos critérios de justiça, razoabilidade e racionalidade (NOVELINO, 2014, p. 25).

Nucci (2017, p. 3) destaca que:

Nada se pode tecer de justo e realisticamente isonômico que passe ao largo da dignidade humana, base sobre a qual todos os direitos e garantias individuais são erguidos e sustentados. Ademais, inexistiria razão de ser a tantos preceitos fundamentais não fosse o nítido suporte prestado à dignidade humana. Há dois prismas para o princípio constitucional regente da dignidade da pessoa humana: objetivo e subjetivo. Sob o aspecto objetivo, significa a garantia de um mínimo existencial ao ser humano, atendendo às suas necessidades básicas, como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, nos moldes fixados pelo art. 7.º, IV, da CF. Sob o aspecto subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima, inerentes ao ser humano, desde o nascimento, em relação aos quais não cabe qualquer espécie de renúncia ou desistência. O

Direito Penal, constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito. O devido processo legal guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena.

O princípio do devido processo legal, na visão de Pires (2016) é uma das garantias máximas do cidadão, destacando que o contraditório e a ampla defesa são derivados do desta —garantia de ouroll.

Princípios do contraditório e da ampla defesa

De acordo com a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º inciso LV: —os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentesll (R SIL, 1988).

Segundo Pires (2016), o princípio do contraditório e ampla defesa permite que o juiz faça a valoração e ponderação para o deslinde justo da ação. A positivação deste princípio na Constituição Federal é fruto da valorização dos direitos fundamentais. O que alimenta um processo, atualmente, é a ação e reação, e assim, decide o juiz, com imparcialidade, não havendo mais o que se falar em justiça sem provas, justiça divina bem como justiça com as próprias mãos.

Acrescenta ainda, que a inobservância destes importantíssimos princípios, enseja em nulidade total do processo, tornando-o nulo a partir de onde se consumou.

Segundo Schmidt (2006), a garantia do contraditório baseia-se na proibição jurídica e ética de um julgamento, sem que o acusado detenha da chance de impugnar a prova acusatória e oferecer sua versão defensiva. Compreendendo-se ainda, o direito de cientificar-se sobre fatos ou atos processuais ocorridos, bem como a oportunidade de manifestar-se sobre eles antes de qualquer decisão judicial.

Fernandes (2007) defende a exigência e observância do contraditório, na fase processual, excluindo o inquérito policial, uma vez que se trata de fase investigativa.

De outro norte, Tucci (2004) acredita em uma efetiva contrariedade, ou seja, em todo o desenrolar da persecução penal, incluindo a investigação, para maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

É cediço que os princípios do contraditório e da ampla defesa estão intimamente ligados, tendo em vista que não há ampla defesa sem contraditório e vice-versa. Todavia, teoricamente, há distinção entre os princípios.

O princípio da ampla defesa, processualmente falando, garante à parte acusada o conhecimento da imputação que lhe é feita, bem como de seus termos, fundamentos, fatos e direitos, para, posteriormente, fornecer todos os meios legais de provas para contrariar.

Lopes Junior (2008, p. 85), em sua obra, ressalta no mesmo sentido:

A relevância da distinção reside na possibilidade de violar um deles sem a violação simultânea do outro, com reflexos nos sistemas de nulidades processuais. É possível cercear o direito de defesa pela limitação no uso de instrumentos processuais, sem que necessariamente ocorra violação do contraditório. A situação inversa é, teoricamente, possível, mas pouco comum, pois em geral a ausência de comunicação gera a impossibilidade de defesa.

Destaca-se, por fim, que o limite que separa ambos os princípios, é tênue, tornando-se na prática, muitas vezes impercebível.

Presunção de inocência

Conforme o artigo 5º inciso LVII, da Constituição Federal, —ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

O princípio em comento relaciona-se, intimamente, com o princípio do devido processo legal, pois impede uma condenação sem a observância das premissas básicas bem como dos ditames da justiça (VASCONCELOS, 2016).

Para Ferreira Filho (2015), foi uma inovação da Constituição Federal de 1988, isto porque, apesar de constar em legislações infraconstitucionais, jamais foi inscrito em Lei Magna no Brasil. O autor comenta que —a constituinte muito se preocupou com as garantias do acusado. Isto refletiu, sem dúvida, uma reação contra abusos, frequentes na vida brasileira, que se haviam exacerbado no período anterior, o regime militar. Filho (2015, p. 228).

Para Dantas (2015), o princípio consagrado constitucionalmente, dispõe que incumbe ao autor da ação penal o ônus da prova, ou seja, a comprovação da materialidade do fato e da sua autoria.

Nesse contexto, Vasconcelos (2013, p. 254) assevera que:

Em decisão recente, no julgamento do HC 84.078, o STF pacificou o entendimento de que a execução da pena privativa de liberdade, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, contraria o art. 5º, inciso LVII, da Constituição, ressalvada a hipótese de prisão cautelar do réu, desde que presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 312 do CP válida em razão de não se estar fazendo um juízo precipitado da culpabilidade do cidadão, mas sim garantindo o pleno

desenvolvimento processual, podendo, por isso, ter sua liberdade limitada em casos especiais. Neste sentido, a Súmula 9 do STJ.

Para Pires (2016, p. 258), —ninguém pode ser considerado culpado até pronunciamento definitivo do Poder Judiciário. O ônus da prova é do Estado, de quem acusa.

Princípio do juiz natural

A Constituição Federal/88 prevê, no artigo 5º, em dois de seus incisos, o princípio do juiz natural:

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: [...]

XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; [...]

LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (BRASIL, 1988).

Para Moraes (2017), o princípio significa uma garantia indispensável à imparcialidade do Judiciário, e para o cidadão, uma segurança contra o arbítrio estatal.

Encontra-se uma ressalva no tocante ao poder do julgador, isto porque, impossibilita que outros órgãos, que não o Judiciário, se mostrem como autoridades judicantes (VASCONVELOS, 2013).

Nesse sentido, Dantas (2015, p. 374), coopera:

Por força desse princípio, exteriorizado nos dispositivos constitucionais acima transcritos, todos têm direito de ser julgados por membros regulares do Poder Judiciário, investidos em conformidade com os comandos constitucionais e legais, inclusive relativos fixação de suas competências. Têm direito, ademais, de não serem julgados por órgãos jurisdicionais criados após a ocorrência de um fato, justamente para julgá-los, os denominados juízos ou tribunais de exceção. Em síntese, todos têm direito de ser processados e julgados por um órgão jurisdicional com competência refixada pela lei.

O Supremo Tribunal Federal, de forma bastante prática, explica:

Princípio do juiz natural. Relator substituído por Juiz Convocado sem observância de nova distribuição. Precedentes da Corte. 1. O princípio do juiz natural não apenas veda a instituição de tribunais e juízos de exceção, como também impõe que as causas sejam processadas e julgadas pelo órgão jurisdicional previamente determinado a partir de critérios constitucionais de repartição taxativa de competência, excluindo qualquer alternativa discricionária. 2. A convocação de Juízes de 1º grau de jurisdição para substituir Desembargadores não malfere o

princípio constitucional do juiz natural, autorizado no âmbito da Justiça Federal pela Lei n. 9.788/99. 3. O fato de o processo ter sido relatado por um Juiz Convocado para auxiliar o Tribunal no julgamento dos feitos e não pelo Desembargador Federal a quem originariamente distribuído tampouco afronta o princípio do juiz natural. 4. Nos órgãos colegiados, a distribuição dos feitos entre relatores constitui, em favor do jurisdicionado, imperativo de impessoalidade que, na hipótese vertente, foi alcançada com o primeiro sorteio. Demais disso, não se vislumbra, no ato de designação do Juiz Convocado, nenhum traço de discricionariedade capaz de comprometer a imparcialidade da decisão que veio a ser exarada pelo órgão colegiado competentell. (H 86.889, rel. Min. Menezes ireito, j. em 20-11-2007, DJE 15-2-2008).

Para Morais (2017), este princípio é uma conquista democrática que evita o juiz de ocasião. Para o autor, o princípio do juiz natural possui três distintos significados, que são eles: juiz pré-constituído pela lei e não concebido após o fato, vedação de juízes extraordinários e especiais e por fim, indisponibilidade de competência e impossibilidade de derrogação.

Lei n. 12.850/2013

A Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, representa uma evolução ao fenômeno da criminalidade organizada no Brasil. Um de seus objetivos é acompanhar uma tendência internacional no tratamento do tema, recomendação constante da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York e, posteriormente, reconhecida no plano interno, pelo Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004 (SILVA, 2015).

A Lei n. 12.850 revogou expressamente a Lei n. 9.034, de 03 de maio de 1995, que deliberava acerca da organização criminosa, contudo, sem defini-la e tratá-la como fato criminoso em si. A lei foi alvo de inúmeras críticas por parte da doutrina considerando sua ineficácia (GRECO FILHO, 2014).

Em harmonia, Silva (2015, p. 1) aduz:

A nova lei revogou expressamente a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispunha sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas e que foi objeto de muitas críticas por parte da doutrina, quer no aspecto material, quer no âmbito processual, notadamente quanto ausência de um conceito legal de organização criminosa e conseqüente tipificação penal, assim como de disciplina dos meios de obtenção da prova (colaboração processual, infiltração de agentes, ação controlada, interceptação ambiental e acesso a dados cadastrais).

A Lei n. 12.850/2013, consequência do Projeto de Lei do Senado n. 150/2006,

tinha como objetivo —conceituar crime organizado, disciplinar a investigação criminal e os meios de obtenção de prova, sem desrespeito ao devido processo legal e as atribuições constitucionais dos órgãos envolvidos na persecução criminal (GRECO FILHO, 2014).

Acrescenta Bitencourt (2014, p. 13) que:

Pressões externas derivadas dos inúmeros tratados internacionais firmados pelo Brasil, relacionados a práticas criminosas organizadas, levaram à assunção acrítica e desconectada da realidade brasileira, de diversos institutos que, se servem bem a determinados ordenamentos jurídicos, não necessariamente podem ser copiados *ipsis litteris* para o nosso ambiente social. Nesse cenário que aparece a Lei n. 12.850/2013, cuja justificativa de criação é a apresentação de novo instrumental de coleta de provas para investigações relacionadas ao que ela própria define como crime organizado.

A vigente lei, apesar de contar com muitas imprecisões, que possivelmente serão elucidadas pela jurisprudência, estabeleceu, pela primeira vez, a tipificação do crime de participação de organização criminosa, diferenciando, do antigo crime de quadrilha ou bando, além de tipificar outras condutas (SILVA, 2015).

No âmbito processual, leciona SILVA (2015, p. 1) que:

Finalmente foi tutelada a colaboração processual, denominada pela lei de colaboração premiada, na sua real dimensão, e não meramente como um instituto de direito material, ou seja, como um acordo entre o delegado de polícia – de indubitosa inconstitucionalidade – ou o Ministério Público e o colaborador e seu defensor, que se estende para as fases pré-processual, processual e pós-processual, nos moldes do sistema italiano. Da mesma forma, o instituto da infiltração de agentes foi disciplinado conforme a tendência internacional, mediante previsão de procedimento próprio, limites atuação do infiltrado e os seus direitos. Ainda cuidou a lei da ação controlada, o acesso das autoridades a dados ou informações cadastrais e a cooperação entre as instituições.

A lei n. 12.850/2013 define organização criminosa, bem como os meios de obtenção de provas, a investigação criminal e o procedimento criminal que deve ser utilizado.

Andreucci (2017, p. 119) dispõe que:

Para essa lei, considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (art. 1º, § 1º).

Acerca do âmbito da aplicação da lei, finaliza Andreucci (2017), que há aplicação das infrações penais dispostas em convenção internacional ou tratado quando a execução inicia-se no país ou o resultado tenha ocorrido no estrangeiro. Ainda, há aplicação da lei, às organizações terroristas internacionais, admitidas pelas normas de

direito internacional nas quais o Brasil faça parte, bem como os atos preparatórios ou de execução de atentados terroristas que ocorram ou possam ocorrer no território nacional.

Colaboração premiada

Com o advento da Lei n. 9.034/95, houve uma —inegável evolução no trato da criminalidade organizada, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas Andreucci (2014, p. 114).

Na Lei n. 9.034/95, a delação premiada era tratada em seu art. 6º, tendo os delineamentos semelhantes à Lei n. 12.850/2013, com a denominada colaboração premiada (ANDREUCCI, 2017).

A delação premiada, apesar de popular no Brasil, resguarda uma sutil diferença com a colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013, posto que, a última exige uma atuação mais efetiva e próxima do colaborador (BINA, 2015).

Hodiernamente, o instituto da colaboração premiada vem sendo tratado no art. 3º, inc. I, da Lei n. 12.850/2013.

Prevê o art. 4º da Lei. 12.850/2013:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticada;

§ - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;

IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;

V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (BRASIL, 2013).

Destaca-se que —o artigo cuida da figura penal da colaboração premiada ou eficaz, beneficiando o agente que trair o seu grupo, delatando a prática de crimes cometidos pela organização e apontando seus respectivos autores e partícipes Capez(2012, p. 275).

Outrossim, obriga-se efetividade da colaboração, isto é, que se tratam de informações pertinentes, vindo a contribuir de fato com a investigação. Assim, não se beneficia quem presta informações levianas, inconclusivas ou amplamente conhecidas.

Tampouco, beneficia-se aquele que muda sua versão dos fatos na fase judicial (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2017).

Nesta toada, afirma Capez (2012, p. 276) que a colaboração que —não auxiliar no desvendamento dos crimes, não terá nenhum efeito benéfico para o réu. O benefício estatal tem como condição de aplicabilidade o sucesso da colaboração.

Em análise ao §1º do art. 4º da Lei n.12.850/2013, opina Capez (2012, p. 276):

Em todas essas situações, não estamos diante de causa obrigatória de diminuição de pena, pois a própria lei condiciona a redução da reprimenda análise da personalidade do colaborador, à natureza, as circunstâncias, à gravidade e à repercussão social do fato criminoso e à eficácia da colaboração. Apenas se todos esses fatores, inclusive os de natureza subjetiva, forem identificados pelo juiz como preenchidos, é que teremos a mitigação da sanção penal e as demais benesses.

A análise do §2º do art. 4º da Lei n. 12.850/2013, fica por conta de Gonçalves e Baltazar Junior (2017, p. 727), no seguinte sentido:

Como autoriza o § 2º do art. 4º, mesmo depois da proposta inicial, poderão o MP requerer, a qualquer tempo, antes da sentença, e o delegado, no curso do inquérito, representar pela concessão do perdão judicial, ainda que esse benefício não tenha figurado na proposta inicial. Uma vez formulada a proposta pelo MP ou ouvido este, em caso de representação policial, a representação ou requerimento, que deverão contar também com a concordância da defesa, dado o caráter consensual do instituto, serão levados ao conhecimento do juízo para homologação, seguindo-se, a partir da , o mesmo procedimento dos §§ 7º e 8º. Em caso de recusa judicial ao perdão, as partes poderão recorrer.

Em continuidade, tem-se no §3º que, no prazo para oferecimento da denúncia o processo pode ser suspenso por seis meses, podendo ser prorrogado por igual período, até que as medidas de colaboração sejam cumpridas, suspendendo, inclusive, o prazo prescricional. Notadamente, a colaboração premiada, assemelha-se aos institutos despenalizadores do Juizado Especial Criminal (transação penal e suspensão condicional do processo), no que tange à exceção aos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública (BRANCO, 2014).

Extrai-se do § 4.º do art. 4.º da Lei, que o Ministério Público poderá dispor do ingresso da ação penal, deixando de oferecer a denúncia, se o colaborador: I – não for o líder da organização criminosa; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigoll (BRASIL, 2013).

A Lei prevê ainda a possibilidade de colaboração premiada após a sentença

recorrível, conforme dispõe o § 5º: —se a colaboração for posterior sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos (BRASIL, 2013).

É neste sentido que leciona Capez (2012, p. 276):

colaboração pode ocorrer em qualquer fase da persecução penal, até mesmo após o trânsito em julgado, pois a lei não estabeleceu qualquer limite temporal para o benefício. Se a colaboração for posterior sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos.

Nas negociações realizadas para a formalização do acordo de colaboração, o juiz não participará, pois conforme o §6º: —ocorrerá entre o delegado de Polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor (BRASIL, 2013).

De acordo com Bina (2015), esta previsão legal vincula a figura da autoridade policial, quando a colaboração encontrar-se na fase de investigação policial. Acrescenta que, a exclusão do magistrado visa à garantia da imparcialidade, uma vez que, sua participação poderá comprometê-lo, gerando incertezas no que tange à constitucionalidade da disposição que permitia – em legislações anteriores que versaram sobre o tema – ao juiz produzir ou participar da produção das provas em se tratando de organização criminosa.

Conforme dispõe o § 7.º, ao magistrado caberá a homologação do acordo realizado, com o respectivo termo,

Acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor,

Poderá, inclusive, recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais, ou adequá-la ao caso concreto.

Gonçalves e Baltazar Júnior (2017, p. 727) acrescentam que:

O juiz também poderá adequar a proposta ao caso concreto, caso entenda, por exemplo, que o benefício proposto é exagerado, ou insuficiente. Em tais casos, pensamos que a proposta poderá ser devolvida para adequação pelas partes. Em caso de insistência, deverá o juiz proceder na forma do art. 28 do CPP.

Fato relevante a ser apontado é a obrigatoriedade da presença do defensor, seja advogado constituído ou Defensor Público, em todos os atos de negociação do acordo

de colaboração, bem como na sua confirmação e subsequente execução. Homologado o acordo, realizada a oitiva do colaborador pelo Ministério Público ou pelo delegado de polícia, a presença do seu defensor é indispensável (BRANCO, 2014).

Desta maneira, Gonçalves e Baltazar Júnior (2017, p. 728), colaboram:

Concretizando a garantia constitucional da ampla defesa, deverá o colaborador estar assistido por defensor em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração (art. 4º, § 15), a fim de que tenha ele assistência técnica qualificada a respeito das vantagens e nus decorrentes da colaboração. necessidade da presença de defensor é reforçada expressamente: a) no § 6º do art. 4º, que exige a presença do defensor durante a negociação; b) no § 14 do art. 4º, que trata da renúncia do direito ao silêncio; c) nos incisos III e IV do art. 6º, que exigem a expressa concordância e a assinatura do defensor no termo de acordo de colaboração.

Atualmente, o colaborador pode retratar-se da proposta formulada, caso em que, as provas trazidas pelo colaborador, não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor. Em contrapartida, não poderá o colaborador se valer da atenuante da confissão. O §10, art. 4º, da Lei 12.850/2013, preconiza a proibição da prova nos casos de retratação expressa da vontade de fazer o acordo. Esta proibição, contudo, não se aplica aos casos em que a colaboração é ineficaz por ausência de elementos de confirmação ou até mesmo a simples retratação da versão por parte do colaborador. (GONCALVES; BALTAZAR, 2012).

Sobre a retratação, acrescentam os autores (2012, p. 714):

Embora o já citado § 10 mencione que as partes podem retratar-se da proposta, tal direito não é reconhecido de forma ampla polícia e ao MP, que somente poderão retratar-se com alguma justificativa, ainda que outro Delegado ou membro do MP passe a conduzir o caso, o que nos parece importante para atribuir certa segurança ao colaborador.

Mendroni (2015, p. 61) na mesma baila leciona que:

Evidente, e não poderia ser de outra forma, que outras provas, ainda que somadas a essas indicadas, podem e devem formar contexto probatório contra esse ex-colaborador. As provas indicadas pelo colaborador não podem ser as — nicasll a fundamentarem eventual Sentença Condenatória. Isso faz que ele não possa, de forma alguma, se beneficiar da própria torpeza, entregando dados, provas ou documentos para obter um acordo, do qual pretenda depois desistir para que essas provas não sejam contra ele de forma alguma utilizadas.

O juiz está vinculado ao acordo homologado bem como aos seus termos. Após todo o trâmite processual, será na sentença que o magistrado poderá, com maior precisão, verificar a eficácia da colaboração, podendo suprimir, de forma parcial ou total, o benefício concedido, justificando, caso não reconheça como eficaz (GONÇALVES; BALTAZAR JUNIOR, 2017).

Não havendo denúncia oferecida em face do colaborador ou sendo este beneficiado por perdão judicial, ainda sim, este poderá ser ouvido na fase processual. Poderá, inclusive, serem reduzidas a termo as informações prestadas bem como poderão servir como contexto probatório contra outros suspeitos/acusados.

Os registros de colaboração deverão, sempre que possível, seguir em consonância com a sistemática processual penal em matéria de produção de prova testemunhal, conforme §13 art. 4º, —pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

Nos depoimentos que prestar como colaborador, o acusado, na presença do seu defensor, renunciará ao direito ao silêncio, e não poderá mentir, sob pena de praticar o crime de perjúrio, previsto no artigo 19 da Lei 12.850/2013. Após à renúncia, não poderá se valer do direito de permanecer em silêncio (MENDRONI, 2015).

No que tange à confirmação e execução da colaboração, estas estão condicionadas à presença do advogado, segundo Mendroni (2015, p. 64):

Trata-se de providência que atende especialmente ao princípio constitucional da ampla defesa, mas também do devido processo legal, nos termos do artigo 5º, LIV e LV, da F. assistência do advogado dá mais segurança e tranquilidade ao colaborador, ao mesmo tempo em que se converte em prova de maior valoração a ser avaliada no seu tempo oportuno.

Importante se faz destacar que as declarações prestadas pelo agente colaborador não podem ser as únicas provas a sustentar um decreto condenatório, dependendo sempre de provas auxiliares. Bittencourt (2014, p.136).

(In) Constitucionalidade do instituto da colaboração premiada previsto na Lei n. 12.850/2013

No que tange ao instituto, tramita no Supremo Tribunal Federal a ação direta de inconstitucionalidade que questiona o poder do delegado para realizar acordo de colaboração premiada.

Extrai-se da ADI 5.508 (STF, 2016, p. 9):

Aspecto radicalmente equivocado da Lei n. 12.850/2013, que resulta em ofensa à Constituição, ao disciplinar a colaboração premiada como meio para investigação de organizações criminosas, consiste em conferir a delegados de polícia atribuições no uso desse instrumento. No art. 4º, §§ 2º e 6º, a Lei de Organizações Criminosas autoriza esses servidores policiais a celebrar acordos de colaboração premiada e a —representar por concessão de perdão judicial a colaborador, considerada a relevância da colaboração. Esses dispositivos devem ser considerados inconstitucionais, por violarem o devido processo legal, tanto no aspecto

instrumental quanto no substantivo (CR, art. 5º, LIV) e o sistema acusatório, assim como por negarem a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público e por atribuírem função do MP a pessoas estranhas à carreira (CR, art. 129, I e § 2º).

A ADI proposta pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 26 de abril de 2016, dos parágrafos 2º e 6º do artigo 4º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, no tocante à legitimidade do delegado de polícia para conduzir e pactuar acordos de colaboração premiada.

No que diz respeito à legitimidade da autoridade policial, Bitencourt (2014), acredita que há uma inversão do instituto e do procedimento penal vigente concedendo a autoridade policial, poderes que são conferidos apenas aos sujeitos da ação penal, o que exprime a ideia da Alemanha nazista, quando as autoridades policiais dirigiam-se diretamente aos juízes, acrescentando que —na Alemanha, onde é intenso o estudo da cadeia de direito policial, seja voz corrente que o Ministério Público foi criado tendo por missão precípua efetuar o controle da polícia. Bitencourt (2014, p. 14).

Bitencourt (2014, p. 1) refere-se ao instituto como traição bonificada bem como favor legal antiético e critica duramente:

Como se tivesse descoberto uma poção mágica, o legislador contemporâneo acena com a possibilidade de premiar o traidor — atenuando a sua responsabilidade criminal — desde que delate seu comparsa, facilitando o êxito da investigação das autoridades constituídas. Com essa figura esdrúxula o legislador brasileiro possibilita premiar o —alcaguetell, oferecendo-lhe vantagem legal, manipulando os parâmetros punitivos, alheio aos fundamentos do direito-dever de punir que o Estado assumiu com a coletividade. Não se pode admitir, sem qualquer questionamento, a premiação de um delinquente que, para obter determinada vantagem, —dedurell seu parceiro, com o qual deve ter tido, pelo menos, uma relação de confiança para empreenderem alguma atividade, no mínimo, arriscada, que é a prática de algum tipo de delinquência. Estamos, na verdade, tentando falar da moralidade e justiça da postura assumida pelo Estado nesse tipo de premiação. Qual é, afinal, o fundamento ético legitimador do oferecimento de tal premiação?

Nesse contexto, Moreira (2017) entende que o sistema jurídico necessita de autonomia para deflagrar investigações e fazer valer suas finalidades —não sendo necessário, portanto, que uma lei ordinária use do prêmio ao delator como expediente facilitador da investigação policial e da efetividade da punição. Em contrapartida, Lemos Júnior (2014) assevera que o instituto sempre existiu no ordenamento jurídico, por meio de mera imputação ao corrêu no interrogatório. Atualmente, regulamentada pela Lei n. 12.850/2013 vigora a eficiente colaboração

premiada. Do ponto de vista ético ou moral, acredita não haver espaço para discussão tendo em vista que a prática criminal grave também ofende tais premissas.

Extrai-se da sentença do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro, que condenou o ex-ministro Antonio Palocci, comentários acerca da colaboração premiada:

Não desconhece este julgador as polêmicas em volta da colaboração premiada. Entretanto, mesmo vista com reservas, não se pode descartar o valor probatório da colaboração premiada. É instrumento de investigação e de prova válido e eficaz, especialmente para crimes complexos, como crimes de colarinho branco ou praticados por grupos criminosos, devendo apenas serem observadas regras para a sua utilização, como a exigência de prova de corroboração (BRASIL, 2016) .

Outrossim, Zanateli (2016), acredita que não há que se falar em inconstitucionalidade da colaboração premiada, pois, os direitos fundamentais individuais podem ser flexibilizados quando confrontados com matéria de ordem pública.

Do mesmo modo, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 23.452-1 do Rio de Janeiro:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.

Por fim, Zanateli (2016) leciona que o instituto é uma faculdade do réu ou investigado, não havendo o que se falar em imposição estatal, além do mais, na Lei n. 12.850/2013, há garantia de assistência técnica bem como ampla defesa e contraditório.

Considerações Finais

A colaboração premiada prevista na Lei n. 12.850/2013, vem sendo utilizada como meio para obtenção de benefícios, que podem ser desde diminuição da pena até o perdão judicial.

Realizou-se a pesquisa como o intuito de analisar a (in) constitucionalidade do instituto da colaboração premiada, com base em seis princípios constitucionais aplicados ao direito material e processual penal.

Após uma breve diferenciação acerca de princípio e valores continuou-se a pesquisa apresentando conceitos e discussões a respeito dos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, da presunção de inocência e do juiz natural.

Posteriormente, descreveu-se a Lei n. 12.850/2013 bem como seu artigo 4º, que dispõe sobre o instituto da colaboração premiada.

Em continuidade apresentaram-se comentários tecidos ao tema pesquisado, na doutrina, jurisprudência e artigos.

Conclui-se que o instituto da colaboração premiada, apesar de fortemente criticado, não infringe os princípios constitucionais aqui estudados. Isto porque a Lei. 12.850/2013 prevê e regulamenta o instituto da colaboração premiada de acordo com o princípio da legalidade.

Do mesmo modo, possui vedação expressa de condenação com base única e exclusiva em declarações do agente colaborador, devendo insurgir em provas contundentes durante a instrução processual em consonância com as declarações prestadas para sustentar sentença desfavorável ao réu, em total harmonia com o princípio do devido processo legal.

Conforme demonstrado na pesquisa, a lei exige a presença do defensor jurídico do réu desde a renúncia ao silêncio e condiciona à validade do acordo à assinatura do defensor jurídico do colaborador, garantindo os preceitos constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além de resguardar a inviolabilidade de preceitos constitucionais.

A violação ao princípio da presunção de inocência esbarra na voluntariedade do instituto, sendo uma faculdade e não uma imposição estatal.

No que diz respeito ao princípio do juiz natural, entende-se que a figura do juiz é veemente presente, tanto no momento da colaboração, em que há a homologação pelo magistrado, bem como em sede de sentença, na qual há análise da eficácia do acordo formulado, garantindo ao colaborador a proteção do princípio do juiz natural.

Assim, tem-se a constitucionalidade do instituto da colaboração premiada no que tange aos princípios constitucionais destacados.

Posto isso, em uma análise moral do instituto da colaboração premiada, compreende-se como um mecanismo de proteção ao cidadão e minimizador de

prejuízos de conduta criminosa, razão pela qual não há o que se falar em imoralidade, tampouco antiética, partindo do prisma que tais valores morais devem ser utilizados visando à proteção da sociedade, não em prol da impunidade.

Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação penal especial**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 11/2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502618671/pageid/4>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

_____. _____. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547217365/pageid/4>> Acesso em: 28 set. 2017. Acesso restrito.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. Disponível em: <<https://docslide.com.br/documents/humberto-avila-teoria-dos-principiospdf.html>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BINA, Ricardo Fazzani. **Legislação penal especial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015 (Série Universitária). Disponível em: <[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6443-6/epubcfi/6/6\[vnd.vst.idref=copyright.xhtml\]!/4\[x9788535281316\]/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-6443-6/epubcfi/6/6[vnd.vst.idref=copyright.xhtml]!/4[x9788535281316]/2/2@0:0)> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Comentários à lei de organização criminosa: lei n. 12.850/2013**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 08/2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502227071/pageid/4>> Acesso em: 25 out. 2017. Acesso restrito.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Delação premiada na "lava jato" está eivada de inconstitucionalidades. 2004. **Conjur**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-04/cezar-bitencourt-nulidades-delacao-premiada-lava-jato>>. Acesso em: 20 out. 2017.

BRANCO, Emerson Castelo. **Legislação penal especial para concursos - Polícia Federal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5954-8/recent>> Acesso em: 04 out. 2017. Acesso restrito.

BRASIL. **Constituição da república federativa do BRASIL de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. Justiça Federal. 13ª Vara Federal de Curitiba. **Ação Penal nº. 5054932-88.2016.4.04.700**. Sentença. Prolator: Sergio F. Moro. Curitiba, 26/6/2017. Disponível em: <<http://www.zerohora.com.br/pdf/23430172.pdf>>. Acesso em: 15 out. 017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI n. 5508**. Relator: Min. Marcos Aurélio. 2016.
<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4972866>

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23452RJ**. Tribunal Pleno do Rio de Janeiro. Relator: Celso de Mello, j. 16/9/1999, publicado no DJ em 12/5/2000. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738746/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 147203-1**. São Paulo. Relator: Ministro Marco Aurélio. J. em 18/5/1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275876>>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 84.078-7** Minas Gerais. Tribunal Pleno. Relator : Min. Eros Grau. Paciente: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Julgado em; 05/2/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ementa84078.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: legislação penal especial. v. 4., 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547217815/pageid/277>> Acesso em: 07 out. 2017. Acesso restrito.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Fundamentos de direito constitucional**. v. 2 , 1. ed. São Paulo, Saraiva, 2008. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502142015/pageid/4>> Acesso em: 10 out. 2017. Acesso restrito.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788522495993/pageid/4>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 5. ed. atual. ampl. São Paulo: RT, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502220782/pageid/4>> Acesso em: 15 out. 2017. Acesso restrito.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/13. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502217805/pageid/4>> Acesso em: 23 out. 2017. Acesso restrito.

GONÇALVES, Victor Rios, BALTAZAR JUNIOR, José. **Legislação penal especial esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. (coleção esquematizado® / Coordenador Pedro Lenza). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547211714/pageid/0>> Acesso em: 03 out. 2017. Acesso restrito.

_____. **Esquematizado – legislação penal especial**, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547200640/pageid/4>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

LEMONS JÚNIOR, Arthur Pinto de. Delação premiada: posição favorável. **Jornal Carta Forense**, 05/05/2014. Disponível em: <<http://www.cartafortense.com.br/conteudo/artigos/delacao-premiada-posicao-favoravel/13614>>. Acesso em: 20 out. 2017.

LIMA, Alberto Jorge C. Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502146426/pageid/4>> Acesso em: 27 set. 2017. Acesso restrito.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. I. Rio Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDRONI, Marcelo Batlouni . **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei Nº 12.850/13**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597001501/pageid/4>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011302/recent>> Acesso em: 17 out. 2017. Acesso restrito.

NASSIF, Luis. A delação premiada no Brasil - ontem e hoje, por Rômulo de Andrade Moreira. **Jornal GGN**, 02/5/2017. Disponível em: <<https://jornalgggn.com.br/noticia/a-delacao-premiada-no-brasil-ontem-e-hoje-por-romulo-de-andrade-moreira>>. Acesso em: 25 out. 2017.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. v. un. 9. ed. são Paulo: Método, 2014. Disponível em: < [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5496-3/epubcfi/6/10\[;vnd.vst.idref=copy\]!/4/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-5496-3/epubcfi/6/10[;vnd.vst.idref=copy]!/4/2/2@0:0)> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

NUCCI, Guilherme Souza. **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em:

<[https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530974862/epubcfi/6/10\[vnd.vst.idref=body005\]!/4/2/4/2/2@0:0](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530974862/epubcfi/6/10[vnd.vst.idref=body005]!/4/2/4/2/2@0:0)> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

PIRES, Antônio Fernando. **Manual de direito constitucional**, 2. ed. rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970598/recent>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. 277 p. Disponível em: <[http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book Metodologia do Trabalho Cientifico.pdf](http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/E-book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf)>. Acesso em: 14 out. 2017.

SANTOS, João Almeida; PARRA FILHO, Domingos. **Metodologia científica**. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2011.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Eduardo Araújo da . **Organizações criminosas: aspectos penais e processuais da Lei Nº 12.850/13**, 2. ed. São Paulo, Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788597000047/pageid/4>> Acesso em: 23 set. 2017. Acesso restrito.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547216962/pageid/4>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 2004.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**, 4. ed. são Paulo: Saraiva, 2013. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547218591/pageid/4>> Acesso em: 16 out. 2017. Acesso restrito.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502628007/pageid/4>> Acesso em: 02 out. 2017. Acesso restrito.

ZANATELI, Carlos Henrique. Colaboração premiada: seus procedimentos e constitucionalidade. **Jus**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53511/colaboracao-premiada-seus-procedimentos-e-constitucionalidade>>. Acesso em: 25 out. 2017.

Capítulo 15

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ INDESEJADA

Patrícia Silveira
Ramirez Zomer
Marcelo Zuppo

Resumo: O presente trabalho tem o objetivo de demonstrar a possível inconstitucionalidade do crime de aborto, e como tal proibição afeta a vida da população em geral, principalmente das mulheres que passam por uma gravidez indesejada. Assim, exteriorizam-se os índices de abortos do país e do mundo, além de mostrar que em países onde a prática do aborto é legalizado, os números de procedimentos e de morte materna são menores do que nos países em desenvolvimento, o que, por outra vertente, estimula a desigualdade social, já que os menos favorecidos não têm acesso a um tratamento adequado e acabam até mesmo morrendo. Deste modo, a exibição dos pontos positivos que essa legalização traria, como o controle de natalidade, planejamento familiar, diminuição de morte materna, aumento da igualdade social, e a diminuição de procedimentos, também é um dos objetivos deste trabalho.

Palavras-chave: Legalização Aborto. Gravidez Indesejada. Inconstitucionalidade do Aborto.

THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF CRIME ABORTION IN THE EVENT OF UNDESIRABLE PREGNANCY

Abstract: This study aims to demonstrate the possible unconstitutionality of the crime of abortion, and as such a prohibition affects the lives of the general population, especially women who go through an unwanted pregnancy. Thus, to externalize abortion rates in the world and in the country, and to show that, in countries where abortion is legalized, the number of procedures and maternal death are lower than in developing countries, which, on the other hand, social inequality, since the less fortunate do not have access to adequate treatment and even die. In this way, showing the positive points that such legalization would bring, such as birth control, family planning, maternal death reduction, increased social equality, and reduced procedures, is also one of the objectives of this work.

Keywords: Abortion Legalization. Undesired Pregnancy. Incorporation of Abortion.

Introdução

O intuito do presente artigo é demonstrar a inconstitucionalidade do crime de aborto em casos de gravidez indesejada, assim, certificar à possibilidade da legalização deste procedimento com base na Constituição Federal vigente. Apesar da conduta denominada aborto ser considerada crime no Brasil, os números de procedimentos realizados são alarmantes. Isso porque, por serem realizados de forma insegura, colocam a vida da mulher em risco, demonstrando que o simples fato de ser um crime não diminui as taxas de morte materna como consequência de abortos clandestinos.

A Constituição Federal de 1988 concretizou as conquistas das mulheres que antes eram vistas como incapazes. No seu artigo 5º, estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo igualdade e liberdade sem distinção entre homens e mulheres (BRASIL, 1988, art.5º).

Deste modo os direitos sexuais e reprodutivos devem ser equivalentes, sem afetarem a saúde, que também é dever do Estado fornecer todos os cidadãos.

Atualmente, depois de décadas, a sociedade ainda vê a mulher como uma figura materna, causando estranheza as que se opõem por escolhas particulares e não biológicas. Assim, o presente trabalho expõe que essa escolha deve ser dada a mulher, já que o feto irá se desenvolver dentro do seu corpo, trazendo mudanças biológicas e psíquicas. Desta forma, para alcançar o objetivo deste trabalho, utiliza-se do método dedutivo a partir do resultado de pesquisas bibliográficas, dividindo-se em seis capítulos: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Direitos Fundamentais; Legislação Infraconstitucional; Estatísticas e a Inconstitucionalidade do Crime de Aborto.

No primeiro capítulo é abordado o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, normas e princípios, incluindo o princípio da ponderação.

O segundo capítulo versa sobre Direitos Fundamentais, tratando-se da divisão de suas dimensões, sendo abordado cada direito de forma individual, como o Direito à vida, Direitos sexuais e reprodutivos e Autonomia e Liberdade da Mulher, Desigualdade Social, Planejamento Familiar e integridade física e psíquica da gestante.

O terceiro capítulo traz as legislações infraconstitucionais, como o Código Penal; além da decisão do Supremo Tribunal Federal – STF, sobre o crime de aborto. Outrossim, apresenta países onde o procedimento é legalizado.

O quarto capítulo dispõe sobre casos reais de mulheres que fizeram aborto, tanto em clínicas clandestinas quanto utilizando medicamentos abortivos, além de expor relatos de médicos, assistente social e de pessoas que usavam métodos caseiros para realizar o abortamento.

O quinto capítulo, mostra em formas de dados, os números com base em dados governamentais, uma estimativa de procedimentos realizados no Brasil e no mundo. Ademais, posteriormente são apresentados dados de países onde o aborto é legalizado. Finalmente, no último capítulo, é tratado sobre a inconstitucionalidade do crime de aborto.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Para entender a presente discussão é necessário compreender o que são regras e princípios, além de analisar suas diferenças. Nesse sentido:

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente respectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária a sua promoção (ÁVILA, 2006, p. 78/79 *apud* JARDIM, 2013).

Observa-se que ambas são normas jurídicas, contudo, os princípios são valores, fundamentos que irradiam todos os sistemas jurídicos. Ademais, existindo um conflito entre estes é usada a ponderação e seus efeitos são indeterminados. Já as regras, estas devem estar de acordo com os princípios, já que são considerados seus frutos. Nota-se que podem ser impositivas, proibitivas e permissivas, e seus efeitos devem estar contidos nela, conseguindo verificara quem ela vai atingir.

Encontra-se o princípio da dignidade da pessoa humana no art. 1º, III da Constituição Federal, o qual demonstra a proteção jurídica da pessoa humana. Portanto, devem ser respeitados os direitos fundamentais, que asseguram e preservam uma condição de existência digna a todos.

A dignidade é essencialmente um atributo da pessoa humana pelo simples fato de alguém "ser humano", se tornando automaticamente merecedor de respeito e proteção, não importando sua origem, raça, sexo, idade, estado civil ou condição sócio-econômica (MOTTA, 2013, grifo do autor).

Nesse sentido, expõe Sarlet (2010, p. 132 *apud* Ramos, 2012):

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.

Assim, entende-se que os direitos fundamentais são obrigatórios no âmbito jurídico, pois são interpretações do princípio da dignidade humana, lhe dando fundamento e, analisando esse princípio, percebe-se que sua aplicação fica ligada ao do princípio da proporcionalidade.

Para Cuellar (2017) não existem direitos fundamentais absolutos quando dois princípios entram em conflito. Ademais, pode-se utilizar a ponderação para chegar a uma solução no caso concreto, podendo ser por meio da redução proporcional.

Quando aplicado em um caso de aborto, se está diante de dois princípios: o da dignidade da mulher gestante frente à dignidade (vida) do feto.

Por isso, por meio do princípio da proporcionalidade será indicado qual o direito que na situação concreta está mais ameaçado de sofrer uma lesão mais gravosa caso venha ceder frente a outro, devendo por isso prevalecer. É este o caso de conflito entre o princípio da dignidade da mulher gestante frente à futura dignidade do feto (CUELLAR, 2017, p. 3).

Neste caso se está diante de uma colisão de princípios fundamentais, sendo necessário que se leve em consideração os dois. De um lado, o direito à vida da mulher, que já possui esse direito em sua plenitude e necessariamente precisa dele para garantir, por exemplo, o da sexualidade e o da liberdade.

No outro, tem-se a expectativa de vida do feto, já que o produto da concepção é apenas um estado em potencial, conforme disciplina o Código Civil, em seu art. 2º: "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 (BRASIL, 2002, art. 2º).

Para adquirir a personalidade jurídica é necessário o nascimento com vida, a partir daí existe uma pessoa com direitos e obrigações. Nota-se que o Código Civil resguarda desde a concepção o direito ao patrimônio, contudo, apenas se concretiza

com nascimento com vida. Por outro lado, não se pode dizer que o produto da concepção se tornará um humano com personalidade civil.

Constata-se então, a existência de colisão de direitos. Contudo, ao aplicar o princípio da ponderação, deverá prevalecer o direito da mulher, já que ela possui personalidade jurídica, sendo o feto mera expectativa de vida.

Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais também são conhecidos, dentre outras terminologias, como direitos humanos. Verifica-se que seu surgimento se deu com a necessidade de proteger o homem do Poder Estatal, em períodos distintos conforme a necessidade. Por consequência, realizou-se à classificação das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão, têm como finalidade limitar o poder do Estado sobre os direitos fundamentais. Pode-se citar como exemplos o direito à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio e à liberdade de reunião.

Os direitos da primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2001, p. 517 *apud* SILVA JÚNIOR, 2009).

Nesse sentido, Basto (2000, p. 175 *apud* Silva Júnior, 2009), dispendo sobre a Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais precisamente sobre os direitos de primeira dimensão, explanaque,

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade.

Ao contrário dos direitos de primeira geração, em que o Estado não deve intervir, nos direitos de segunda geração o Estado passa ter a manifestar-se com

intuito de garantir uma vida digna à sociedade, de modo que disponha de recursos financeiros para que as estruturas necessárias sejam criadas. Portanto, verifica-se que a segunda dimensão visa uma atuação positiva do Estado.

Os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funciona como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (MARMELSTEIN, 2008, p. 50 *apud* DIÓRGENES JÚNIOR, 2012).

Nota-se que os direitos de primeira dimensão necessitam dos de segunda para que sua efetividade ocorra de forma plena, visto que sem qualidade de vida, educação, igualdade, saúde, não poderão ser consagrados.

Segundo Paulo e Alexandrino (2012, p. 98 *apud* PIMENTA JÚNIOR, 2014)

[...] os direitos fundamentais de segunda dimensão – direitos sociais, culturais e econômicos – os direitos fundamentais passam a ter feição positiva, isto é, passaram a exigir, também, a atuação comissiva do Estado, prestações estatais em favor do bem-estar do indivíduo.

Desta forma, os direitos de segunda geração servem para proporcionar condições dignas para existência da dignidade da pessoa humana, segundo Souza (2010, p. 105 *apud* PIMENTA JÚNIOR, 2014, grifo do autor) ““basilar dever do Estado fornecer prestações sociais mínimas e necessárias, capazes de promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas”, fundamento do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal”.

Assim, os direitos de segunda dimensão são indispensáveis para a concretização dos direitos de primeira dimensão, devendo o Estado disponibilizar estruturas para a sua efetivação.

Direito à vida

Segundo a CF, o direito à vida está previsto de forma genérica em seu art. 5º, *caput*. Por outro lado, surge o questionamento: quando começa a vida humana? Segundo o Ministro Carlos Ayres Britto no julgamento da ADI 3.510 que tratava da análise do art. 5º da lei. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) “o zigoto seria o embrião em estágio inicial, pois ainda destituído de cérebro. A vida humana começaria com o surgimento do cérebro [...] e portanto sem cérebro não haveria vida. Ayres Britto disse que a Constituição Federal, quando se refere a direitos e garantias constitucionais, fala do indivíduo pessoa, ser humano, já nascido, desconsiderando o estado de embrião e feto”.

Entende o Relator que a vida só começa após o nascimento. Segundo suas declarações, "*Vida humana é o fenômeno que transcorre entre o nascimento e a morte cerebral. No embrião o que se tem é uma vida vegetativa que se antecipa ao cérebro*"

A constatação de que a vida começa com a existência do cérebro (segundo o STF) estaria estabelecida, também no art. 3º da Lei de Transplantes, que prevê a possibilidade de transplante depois da morte desde que e conste a morte encefálica. Logo, para a lei, o fim da vida estaria previsto com a morte cerebral e novamente, sem cérebro, não haveria vida e, portanto, nessa linha o conceito vida estaria ligado (segundo o STF) ao surgimento do cérebro.

Além disso, segundo o relator ao se tratar de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), direitos da pessoa humana (art.34, VII) “b”), livre exercício dos direitos individuais (art. 85, III), direitos e garantias individuais (art. 60 § 4º, IV), estaria se referindo a direitos do indivíduo-pessoa, já nascidos. (cf. *inf.* 508/STF) (BRASIL, 2008, *apud* LENZA, 2013, p. 1041/1042, grifo do autor).

Recentemente a legalização do aborto foi discutida através da Proposta de Emenda Constitucional – PEC n. 181/2015 de autoria do Senador Aécio Neves, que inicialmente tratava de uma ampliação de direitos trabalhistas, visando o aumento da licença maternidade para as mulheres que tiveram filhos prematuros.

Contudo, o Deputado Jorge Tadeu Mudalen, relator do projeto, pediu para ser incluída uma mudança no art. 5º da Constituição Federal, que passaria a incluir o conceito: "Todos são iguais perante a lei, [...] garantindo-se [...] a inviolabilidade do direito à vida **desde a concepção**" (BRASIL, 2015, p. 7, grifo do autor).

Em seu voto, a Deputada Erika Kokayque foi contra essa inclusão por ser inconstitucional. Segundo ela

[...] é preciso ressaltar que tanto na Biologia quanto na Medicina, **não há qualquer definição consensual sobre o início da vida**. Aliás, o único consenso existente sobre a condição do óvulo fecundado (zigoto) é que ele é um estágio do desenvolvimento celular (BRASIL, 2015, p. 17/18, grifo do autor).

Ao inserir a expressão “desde a concepção”, as situações permitidas em lei seriam inconstitucionais. Segundo Bastos (20--, *apud* Krieger, 2017, grifo do autor), “[...] a inserção da expressão “desde a concepção” permite” afirmar que as duas situações permitidas pela lei para o aborto [estupro e risco de morte para a mãe] e a anencefalia talvez sejam agora inconstitucionais”.

Ademais, a discussão da PEC 181/2015 revela um choque entre dois direitos fundamentais.

De um lado, segundo o deputado, está o direito da vida dos fetos. Do outro lado, você tem o direito fundamental da mulher sobre o próprio corpo, a decisão de ser mãe, uma série de outros direitos que especialmente os movimentos feministas trazem para a discussão (BASTOS, 20--, *apud* KRIEGER, 2017).

Ao fim do seu voto, a Deputada Erika ainda relata que a PEC proposta é inconstitucional, conforme o art. 60, IV, §4º, que determina que direitos e garantias individuais não serão alterados por Emendas Constitucionais, classificando-se como cláusulas pétreas.

Para Cavalcante e Xavier (2006, *apud* PORTO; GROSSI, 2008) “não cabe ao Estado [...], definir o início da vida, uma vez que nem a ciência conseguiu fazê-lo”.

Explanando a teoria da formação do cérebro e do sistema nervoso, pode-se dizer que maioria dos defensores da vida na verdade defendem o nascimento, já que a ciência não demonstra com certeza quando se inicia a vida.

Na corrente doutrinária que defende que a vida começa desde a concepção, grande parte dos adeptos são religiosos ou praticantes, porém vive-se em um Estado Laico, não sendo adotada uma religião oficial, não sendo um estado ateu, tampouco que professa a fé.

Pessato (2017) ao citar Thomas Jefferson, em sua carta para a Associação Batista de Danbury, em 1802, diz:

Contemplo com reverência soberana que age de todo o povo americano, que declarou que sua legislatura deve fazer nenhuma lei respeitando um estabelecimento da religião, ou proibindo o seu livre exercício[...], assim, construindo um muro de separação entre Igreja e Estado[...] (JEFFERSON, 1802 *apud* PESSATO,2017).

O direito à vida não abrange somente o direito de não ser privado da vida, mas também em ter uma vida digna, garantindo as necessidades básicas de um ser humano, proibindo-se qualquer tratamento indigno, como a tortura e as penas de cárceres perpétuos.

Como visto, as teorias no presente trabalho abordam que a vida não possui um conceito unânime, porém é aceitável que para conceituá-la pode-se fazer um caminho inverso, qual seja, a definição da morte.

Ora, se a morte é constatada com a paralisação das funções cerebrais, segundo o art. 3º da Lei n. 9.434/97, que trata sobre a doação de órgãos, mesmo que os outros órgãos vitais estejam em perfeito funcionamento, por que ainda insistem em dizer que a vida começa na fecundação ou nidação, já que sem as funções cerebrais não existe vida?

Quando se fala em direito à vida, não se pode pensar apenas no direito de não morrer, e sim de ter uma vida digna, com, por exemplo, acesso ao procedimento para realização do aborto em hospitais de qualidade, não ficando a mercê de clínicas de aborto clandestinas que é praticamente uma “sentença de morte”.

Direitos sexuais e reprodutivos

Os direitos sexuais e reprodutivos ainda são regulados por um Estado conservador, que ignora o princípio da igualdade, impondo modelo de conduta para que a coletividade não sofra danos.

O princípio da igualdade foi contemplado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, onde o texto descreve que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza. No inciso I, explana que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da constituição (BRASIL, 1988, art. 5).

Embora já tenham passados vinte e nove anos da promulgação da chamada Constituição Cidadã, ainda não é possível afirmar que a mulher encontra-se em igualdade com o homem, principalmente no que tange aos seus direitos sexuais e reprodutivos, já que existem costumes machistas e dogmas religiosos.

O direito sexual e reprodutivo da mulher deve ser observado de modo diferenciado, por conta das mudanças constantes de valores, cabendo ao Direito avançar, juntamente com as mudanças sociais.

Isso porque o ordenamento jurídico é baseado nos costumes sociais, podendo-se observar a necessidade de adequação das normas com a realidade e de suas aplicações de forma correta. Já que não basta à lei garantir um direito, quando por mero costume ela não é aplicada de forma correta. Alguns projetos de lei foram objeto de ações específicas da Relatoria do Direito à Saúde Sexual e Reprodutiva no último mandato, como é o caso do projeto de lei denominado de Estatuto do Nascituro (PL 478/07). O Estatuto do Nascituro busca conferir ao embrião o mesmo status jurídico de uma criança ou pessoa nascida e viva. O projeto de lei recebeu emendas, foi aprovado pela Comissão de Finanças e Tributação da Câmara e tramita atualmente na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. O projeto tem viés criminalizante sobre a prática do aborto e visa impor uma visão religiosa sobre um tema de saúde pública, desconsiderando que o aborto inseguro é uma das principais causas de mortalidade materna no país, e viola diretamente os direitos constitucionais e direitos reprodutivos das mulheres protegidos no nosso ordenamento jurídico, e ainda interferir negativamente no desenvolvimento científico e tecnológico no campo da reprodução assistida (GALLI; ROCHA, 2014, p.4).

As ponderações revelam a presença dos direitos de primeira dimensão, reconhecendo a dignidade da pessoa humana como pilar estruturante para a realização do indivíduo e, por analogia, o direito à liberdade reprodutiva e sexual da mulher que toma decisão por um abortamento.

Vale ressaltar que esse direito é uma ampliação que dá autonomia às mulheres de seguir ou não com a gravidez, sobretudo as consequências psicológicas em decorrência da imposição do Estado, de levar uma gestação indesejada até o final.

Autonomia e liberdade da mulher

Conforme Rich (1979, p. 196 *apud* MATTAR; DINIZ, 2012 *apud* ROSA, 2016, p. 29, grifo do autor), durante um longo período da história, “[...] a escolha entre ser ou não ser mãe não estava disponível as mulheres”, já que o corpo feminino era regulado por todos – sociedade, Estado e igreja- menos pela mulher, não sendo concedido o direito de autodeterminação.

A maternidade é até hoje para uma considerável parcela da sociedade, entendida como algo intrínseco à natureza da mulher, cabendo a esta o papel de exercê-la (MATTAR; DINIZ, 2012 *apud* ROSA, 2016).

Surgindo essa ideia de submissão de um determinismo biológico, Hermann (2008, p. 25 *apud* ALECRIM; SILVA; ARAÚJO, 2014, p. 163) dispõe que

[...] o comprometimento da fêmea com a gestação – e, no seu rastro, a desigualdade de condições entre machos e fêmeas para replicação dos próprios genes – é o fundamento genético-biológico que, na espécie humana, deu origem às diferenças de socialização, convivência e atribuições entre homens e mulheres, denominadas diferenças de gênero.

Assim, criou-se a ideia da mulher como um ser maternal, tendo como obrigação gerar filhos, caso contrário, sendo por sua vontade ou motivos biológicos, passava a ser desrespeitada pela sociedade por não estar cumprindo o papel “de mãe” que era lhe imposto.

Por outro lado, a autonomia nada mais é que a liberdade moral conferida a todos, devendo ser respeitada e, nesse contexto da dignidade humana, não deve ser restringida a pretexto de substituir a livre vontade, nem mesmo por aquilo que acredita ser o melhor ou mais apropriado.

Lima Neto (2003, p. 116, *apud* ALECRIM; SILVA; ARAÚJO, 2014, p. 161) cita

[...] fundada na ideia de que o livre desenvolvimento do ser humano demanda o reconhecimento de sua dignidade, de uma existência digna que tem seus pilares construídos na medida em que a sociedade evolui e novos direitos vão sendo reconhecidos como essenciais para sua concretização, o que não pode restringir-se a um rol de direitos expressos em leis, a tipos legais, os quais, justamente em razão de estarem positivados, sofrem uma inevitável defasagem, tornando-se insuficientes para atingir o fim ao qual se destina, qual seja, garantir à pessoa humana as condições para seu pleno florescimento e evolução.

A autonomia da mulher sobre o seu corpo não pode sofrer limitações jurídicas, tendo em vista que isso fere seus direitos fundamentais, assim, apenas para a manutenção de condutas aceitas socialmente. Nessesentido:

Para que as decisões reprodutivas sejam “livres”, e não compelidas pelas circunstâncias ou por desespero, é necessário que existam certas condições que constituam a base dos direitos sexuais e reprodutivos, o que as feministas denominam “autonomia feminina” (CÔRREA; PETCHESKY, 1996, p. 159 *apud* ALECRIM; SILVA; ARAÚJO, 2014, p. 169, grifo do autor).

Sem existir escolhas não se pode falar em liberdade, deste modo a criminalização do aborto fere o direito das mulheres, pois não têm a opção de interromper a gravidez indesejada de forma segura.

Desigualdade social

A criminalização do aborto contribui para a desigualdade social, tendo em vista que as mulheres que possuem poder aquisitivo maior podem recorrer a clínicas clandestinas de qualidade, utilizando métodos seguros. Porém, as menos favorecidas, submetem-se a procedimentos arriscados colocando sua vida em risco.

Mesmo com a proibição legal ao aborto no Brasil, está provado que a interrupção da gravidez existe, é fato social de ampla dimensão e vem sendo realizada, na maioria dos casos, em péssimas condições, fato que coloca em risco a vida das mulheres. Portanto, não atentar para o problema implícito ao abortamento é continuar a reprisar tragédias vividas isoladamente por mulheres e que resultam, às vezes, na morte de milhares de mulheres pobres, negras e jovens, muitas das quais ainda se veem ameaçadas pela denúncia e punição judicial (SANTOS et al., 2013, p. 498).

É direito de todos terem acesso à saúde de qualidade e realização de procedimentos seguros, a Constituição Federal assegura isso em seu art. 196.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988, art. 196).

Assim, o Estado deve garantir esse procedimento no SUS, no intuito de haver a diminuição de desigualdade entre as mulheres que optam por interromper a gravidez.

Como podemos ver o aborto já é uma realidade, basta aceitarmos o fato. Dr. Dráuzio Varella, renomado médico brasileiro e um audaz defensor da causa, posiciona-se de forma clara sobre o assunto: “Desde que a pessoa tenha dinheiro para pagar, o aborto é permitido no Brasil. Se a mulher for pobre, porém, precisa provar que foi estuprada ou estar à beira da morte para poder ter acesso a ele. Como consequência, milhões de adolescentes e mães de família que engravidam sem querer, recorrem ao abortamento clandestino, anualmente”(VARELLA, 2011 *apud* SPAGLIARI, 2016, grifo do autor).

O aborto inseguro transfere consequências lamentáveis para a sociedade, afetando de forma negativa as mulheres e suas famílias, os sistemas de saúde e a sua produtividade econômica.

Singh (2006, p. 92 *apud* BENUTE et al., 2009) relata que “a organização mundial da saúde define como aborto inseguro o procedimento de interrupção da gravidez indesejada por pessoas sem perícia técnica ou em ambiente sem o padrão médico básico”.

Menezes e Aquino (2009 *apud* GARCIA, 20--, p. 9)

Citam outros argumentos relacionados à saúde pública que tratam, por exemplo, da disseminação de práticas ilegais e clandestinas, que anualmente levam milhares de mulheres à internação em hospitais com os mais variados problemas de saúde e, inclusive, à morte, resultante da prática ilegal do aborto.

O risco imposto pela ilegalidade do aborto é majoritariamente vivido pelas mulheres pobres e pelas que não tem acesso aos recursos médicos para o aborto seguro, assim deve-se tratar o aborto como uma questão de saúde pública.

Planejamento familiar

É direito individual o planejamento familiar sendo obrigação de o Estado disponibilizar recursos para o seu exercício, vedando-se qualquer forma coercitiva pelas instituições oficiais e privadas.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988, art.226).

A atuação estatal é de suma importância para a escolha consciente e livre de cada indivíduo para a formação familiar, de modo que disponibilize informações sobre os recursos existentes, assim existira liberdade de planejamento reprodutivo sem causa desigualdade social.

Assim estabelece o art. 4º da Lei n. 9.263/96, que trata do planejamento familiar: “O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade” (BRASIL, 1996, art. 4º).

No Portal da Saúde, sítio mantido pelo governo brasileiro na internet, o planejamento familiar está claramente definido: planejamento familiar é o direito que toda pessoa tem à informação, à assistência especializada e ao acesso aos recursos que permitam optar livre e conscientemente por ter ou não ter filhos. O número, o espaçamento entre eles e a escolha do método anticoncepcional mais adequado são opções que toda mulher deve ter o direito de escolher de forma livre e por meio da informação, sem discriminação, coerção ou violência.

O Ministério da Saúde, na obra que elaborou juntamente com o Conselho Nacional das Secretarias Municipais de Saúde (O SUS de A a Z, 2009, p. 242) acrescenta que “planejar é, fundamentalmente, avaliar o passado, sondar o futuro, tomar decisões e prometer fazer” (RAMOS, 2012, grifo do autor).

Ainda discorrendo sobre a Lei n. 9.236/96, a qual regulamenta o art. 226, §7º da Constituição Federal, extrai-se:

Art. 5º. É dever do Estado, através do sistema único de saúde, em associação no que couber às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem livre exercício do planejamento familiar (BRASIL, 1996, art. 5º).

A própria legislação reconhece ser dever de o Estado fornecer através do Sistema Único de Saúde – SUS, meios técnicos para o livre planejamento. Entende-se, portanto, que deve ser assegurado o procedimento do abortamento, haja vista que nenhum método contraceptivo é 100% (cem por cento) eficaz.

Já o art. 9º da Lei n. 9.236/96, diz que “art. 9º. Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitas e que não coloquem riscos a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção” (BRASIL, 1996, art. 9º).

Nesse dispositivo pode-se realizar a análise de forma fracionada. Verifica-se que a primeira parte diz que serão oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos, destaca-se que o aborto é cientificamente aceito, principalmente quando é feito em ambiente e com profissional adequado.

Já na segunda parte, observa-se que não deve ser colocada em risco a vida e a saúde das pessoas, já que a ilegalidade do aborto não impede o procedimento. Frisa-se que os métodos contraceptivos disponíveis podem causar efeitos colaterais trazendo malefícios à saúde de quem está utilizando.

Finalmente, na terceira parte, fala-se sobre a garantia à liberdade de opção, deixando, assim, o sujeito livre para escolher qualquer método. Segundo Vidale (2015), os contraceptivos hormonais interferem no sistema circulatório da mulher de diversas formas. Isso porque, o composto aumenta a dilatação dos vasos, a viscosidade do sangue e, assim, afetando a coagulação. Essas alterações podem se formar coágulos

que em geral ficam nas pernas, mas podem se alojar nos pulmões, formando um bloqueio potencialmente fatal, ou para o cérebro provocando um AVC, sendo que isso se agrava para as mulheres que sofrem de enxaqueca, fumam e têm histórico de trombose na família, possuindo um risco 20 vezes maior de ter um AVC.

Também podem ser observados outros fatores, como o histórico de câncer de mama ou fígado, além da presença de mutações genéticas que aumentam o risco de trombose, hipertensão e diabetes (VIDALE,2015).

Vidale (2015) ainda explica que outros métodos não hormonais também têm sua eficiência contestada, o preservativo, por exemplo, não pode ser usado por pessoas que têm alergia ao látex. Contudo, observa-se que sua taxa de sucesso, se utilizado de forma correta, é 98% no preservativo masculino e 95% no feminino.

Já o diafragma tem um índice de falha de 10%. Observa-se que o DIU de cobre é indicado para mulheres com pouco fluxo menstruais e cólicas, pelo fato de que a utilização deste método pode aumentar eles. Contudo, se for bem posicionado a sua ineficácia chega a 2%. De outra parte, nota-se que há o risco de ser expelido voluntariamente pelo corpo e como ele não impede a ovulação, a mulher corre risco de engravidar (VIDALE, 2015).

Integridade física e psíquica da gestante

O aborto provocado em algumas oportunidades é visto como um problema médico, ficando em segundo plano os aspectos psicológicos e sociais. Se não bastasse, as mulheres enfrentam julgamentos pela sua escolha. Nesse sentido:

Coloca-se o aborto como uma decisão egoísta da mulher que desafia uma sociedade cujos códigos legais e morais procuram fazer com que ela conserve a gestação de qualquer forma. Assim, a mulher aparece como uma criminosa, que, isoladamente, decidiu cometer um delito (ZUGAIB, 1990 *apud* COSTA et al., 1995, p.97).

Um dos problemas que pode se desenvolver é a Síndrome Pós-Abortivo - PAS, a qual se manifesta em problemas psicológicos emocionais decorrentes do sentimento de culpa ou tristeza. Os sintomas são pesadelos, tendências suicidas, abuso de álcool e outras drogas, além de dificuldades de concentração e ansiedade. Quando se fala em abortos clandestinos as sequelas podem ser ainda mais devastadoras, passando das psíquicas para as físicas (ARAGUAIA, 2017).

Isso porque, quando não ocorre a morte da mulher, podem surgir infecções e obstrução das trompas, provocando esterilidade; intervenção para estancar a hemorragia produzida; perigo de lesão no intestino, na bexiga ou nas trompas; além da artéria do útero, nesses casos, frequentemente, é atingida criando a necessidade de histerectomia (extirpação do útero), se não for possível estancar a hemorragia (OLIVEIRA, 2017).

Destaca-se que isso pode variar dependendo do método usado para o procedimento.

No Brasil, o aborto provocado é permitido em algumas situações, que serão explanadas a seguir. Esta conduta é um conflito de cunho moral, pois se entende que o correto é que cada gestação seja tratada de forma individual. Ainda, a expectativa social da maternidade é vista como uma vivência maravilhosa, devendo a genitora desempenhar seu papel com perfeição. Outrossim, acredita-se que as mulheres que cometem o aborto fogem dos padrões socialmente aceitáveis.

Nota-se, portanto, que o aborto é visto de forma negativa, já que pode trazer consequências psicológicas para a mulher. Segundo Benute et al.(2009) “o abortamento provocado se acompanha de maiores índices de ansiedade e depressão”.

Ainda no mesmo artigo, Major et al. (2000, *apud* BENUTE et al., 2009) fala que “o apoio familiar e social influencia no ajustamento emocional”.

No mesmo sentido é o entendimento de Rivera (1998, *apud* PATRÃO; KING; ALMEIDA, 2008, p. 352):

Efectuar uma interrupção da gravidez, pode ser um processo difícil, são inúmeros os factores que influenciam a tomada da decisão, e por isso é importante falar abertamente sobre eles. Nestes poderão estar incluídos questões de carreira profissional, estabilidade financeira e de relacionamento, qualidade de relação, dimensão do agregado familiar, idade, religião, opinião que tem em relação à própria interrupção, em relação aos métodos, a representação que tem do que é um feto e das consequências que poderá ter fisicamente e psicologicamente para si.

Hemmerling; Siedentopf e Kentenich (2005 *apud* PATRÃO; KING; ALMEIDA, 2008, p. 350) explicam que “numa investigação, demonstraram que a IVG é uma solução positiva para uma gravidez indesejada, independentemente do método (cirúrgico ou medicamentoso), dado existir uma diminuição dos níveis de ansiedade depressão após a IVG”.

Para legalizar o aborto o oferecimento de uma estrutura hospitalar para cuidar da integridade física da mulher não é suficiente, necessitando-se de acompanhamento psicológico, já que as gestantes que optam por uma interrupção voluntária da gravidez sofrerão pressão social, podendo, como consequência, desenvolver doenças psicológicas. Assim, com a legalização, podem-se humanizar os procedimentos que afetam a integridade física e psíquica dessas mulheres.

Segundo Bennett (2000 *apud* PATRÃO; KING; ALMEIDA, 2008, p. 352), “refere que o objectivo do psicólogo é providenciar um ambiente em que o indivíduo não se sinta julgado e se sinta livre para explorar novos modos de ser, num ambiente em que sinta uma atenção positiva incondicional”.

Legislação infraconstitucional

Do Código Penal

Para Pirandeli (2005 *apud* VIANA, 2012), a palavra aborto deriva do latim, “*ab- ortus*”, “*ab*” privação e “*ortus*” nascimento, que significa privação de nascimento.

Na área da Medicina Legal é o resultado e não exatamente a ação, sendo o termo “abortamento” mais apropriado para definir esse objeto jurídico.

Conforme a Organização Mundial da Saúde - OMS, abortamento é conceituado como a extração ou expulsão de um feto quando ocorre até a 22ª semana de gestação, ou pesando menor ou igual 500g e com comprimento de 28cm. Após esse período, é considerado um parto prematuro (CREMEC,2008).

Deste modo, pode-se dizer que aborto ou abortamento pode ocorrer de forma voluntária ou não, até a 22ª semana de gestação, devendo ser considerado o peso e o tamanho do feto.

Sobre o crime de aborto

No Brasil, o Código Penal de 1940 traz o crime de aborto por meio dos art. 124, 125, 126, 127, sendo que no art. 128, o médico é autorizado a fazer o procedimento em determinados casos.

O art. 124 refere-se quando a gestante, de forma dolosa, pratica o auto- aborto, no intuito de interromper a gravidez, sem ajuda de terceiros (BRASIL, 1940).

Já no art. 125, um terceiro age de forma dolosa, sem o consentimento da gestante. Conforme aponta Capez (2005 *apud* ROSA, 2014) esta é a forma mais gravosa de aborto, merecendo maior reprovabilidade pelo ordenamento jurídico (BRASIL, 1940).

O art. 126 (BRASIL, 1940) tipifica a conta da gestante que, juntamente com terceiros, age de forma livre e consciente para realizar manobras, visando provocar o aborto. Finalmente, o art. 127 trata da forma qualificada do crime, estabelecendo que poderá haver o aumento de um terço da pena, quando a gestante sofrer lesão corporal grave, sendo duplicadas quando resultado for a sua morte.

Por outro lado, o art. 128, do Código Penal (BRASIL, 1940) permite a realização de aborto por médico, em alguns casos, como, por exemplo, quando houver estupro que resulte em gravidez, risco de morte materna ou até mesmo quando há diagnóstico de feto portador anencefalia, situação já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal - STF em 2012.

A desembargadora do Rio Grande do Sul Maria Berenice Dias dá destaque, em sua entrevista, à lei que vigora no Código Penal Brasileiro de 1940 sobre o aborto. Para ela essa lei tem como projeto preservar a moral familiar em detrimento da questão da dignidade da mulher. Observa que, mesmo o aborto sendo criminalizado, isso não impede sua prática na clandestinidade e argumenta que sua penalização se dá por influência da religião e por outros interesses lucrativos que enfatizam a perversidade da ação [...], a solução jurídica seria a inclusão de um permissivo legal sobre essa questão no Código Penal Brasileiro (DIAS, 20--, *apud* PORTO; GROSSI, 2008).

Ressalta-se que o próprio Código Penal, distingue a vida da mulher à do feto, valorizando a primeira, no crime de homicídio simples, por exemplo, a pena é maior que a do crime de aborto. Portanto, conclui-se que a legislação penal prioriza a vida da gestante, inclusive o aborto necessário deixa claro “quando não há outro meio pra salvar a vida da gestante” (BRASIL, 1940, art. 128,I).

Gravidez inesperada x gravidez indesejada

Para entender o que significa gravidez indesejada, é necessário distinguir a diferença entre indesejada e inesperada. Isso porque, é necessário realizar a distinção para não confundirem-se os conceitos. A primeira trata-se de um adjetivo, algo que não é pretendido, onde a mulher não possui o desejo de ser mãe.

Já a segunda, é modo imprevisto e causando surpresa, mesmo que ocorrendo de forma repentina será bem colhida e aceita pela mulher. Observa-se que não existe uma convicção quanto ao fato, mas sim quanto ao acontecimento.

Conforme o Min. Marco Aurélio, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 54, onde foi julgado procedente o abortamento nos casos de anencefalia, obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu corpo, sendo desprovida de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido (HAIDAR, 2009).

Deste modo, estaria ferindo o direito à vida da mulher, pois esse não se refere apenas ao direito de não morrer, mais também de ter uma vida digna e não ser torturada. Quando se fala em gravidez indesejada, afeta a liberdade da mulher, além do mais, obrigá-la a seguir com a gestação seria o mesmo que privar de sua escolha.

A palavra fala por si, é a manifestação de um desejo negativo. Diferente do inesperado que não é a manifestação de desejo, a gravidez indesejada é algo que não é aceito pela gestante. Essa é uma importante distinção para entender os motivos que levam uma mulher a abortar.

Recentemente, no ano de 2016, o STF julgou o Habeas Corpus de n. 124306, onde, na oportunidade, seu relator Min. Marco Aurélio e redator Min. Roberto Barroso, os quais fazem parte da Primeira Turma STF, afastaram a prisão preventiva de denunciados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pela suposta prática do crime de aborto com o consentimento da gestante e formação de quadrilha (BRASIL, 2016).

De acordo com o voto do ministro Luís Roberto Barroso, que alcançou a maioria, além de não estarem presentes no casos, requisitos que autorizam a prisão cautelar, a criminalização do aborto é incompatível com diversos direitos

fundamentais, entre eles os direitos sexuais e reprodutivos e a autonomia da mulher, a integridade física e psíquica da gestante e o princípio da igualdade.

Assim, considerando a discussão sobre a inconstitucionalidade do tipo penal do aborto, no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre, excluindo-se de seu âmbito de incidência os art. 124 e 126 do código penal, verifica-se que a criminalização, nesta hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

É uma medida duvidosa de proteger o bem jurídico tutelado (vida do nascituro), tendo em vista que não diminui o número de abortos praticados, mas sim impede que sejam feitos de modo seguro.

Observa-se que a maioria dos países democráticos e desenvolvidos, não trata a interrupção da gestação no primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres, causando desigualdade social, impedindo que tenham acesso a tratamentos adequados através do SUS, multiplicando casos de automutilação, lesões graves e óbitos. Ademais, o próprio texto da decisão do STF descreve os direitos fundamentais que são feridos com a criminalização de tal ato.

A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria (BRASIL, 2016, p. 1-2).

É necessário que os direitos da mulher sejam respeitados e exercidos por todas sem distinção de classe social, já que, como cidadãs, possuem direito ao acesso aos procedimentos de saúde seguros, além de ter autonomia e liberdade sobre as decisões sobre o seu corpo, tanto físico e como seu psicológico.

Legislação internacional

Há muito tempo vem se reconhecendo que o aborto inseguro é um problema de saúde pública, na Conferência Internacional de População e Desenvolvimento (CIPD) em 1994 realizada no Cairo “consagrou os direitos reprodutivos como direitos humanos e reconheceu o aborto inseguro como um grave problema de saúde pública” (GALLI; ROCHA, 2014, p.1).

Já na conferência Mundial sobre as Mulheres em 1995 em Pequim “orientou os Estados no sentido de eliminar leis e medidas punitivas contra as mulheres que tenham se submetido a abortos ilegais” (GALLI; ROCHA, 2014, p.1).

Na França, o Aborto é um procedimento legalizado desde 1974. 40 anos depois do debate que levou à descriminalização do aborto, a Assembleia Nacional Francesa adotou uma resolução de caráter simbólico reafirmando o direito fundamental à interrupção voluntária da gravidez na França, na Europa e no mundo – essa vez num clima de consenso.

A resolução reafirma que o “direito universal das mulheres de utilizar livremente seu corpo é uma condição indispensável para a construção da verdadeira igualdade entre mulheres e homens, e de uma sociedade progressista.” O texto ainda ressalta que, além da prevenção e da educação à sexualidade, é necessário garantir às mulheres o “acesso a uma informação de qualidade, um método anticoncepcional adaptado e um aborto seguro e legal” (AGOSTINO,2014).

Portugal é outro país exemplo de apoio a gestante que decide realizar o aborto. Em 11 de fevereiro de 2007 a lei da Assembleia da República n. 16/2007 despenalizou o crime de aborto, excluindo a ilicitude nos casos de interrupção voluntária. Em seu texto legal, as gestantes devem ser atendidas por um médico ou estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecidos e que, além de consultas de ginecologia e obstetrícia, devem dispor de serviços de apoio psicológico e assistência social (SABIAS QUE,2014).

Segundo a Sociedade Portuguesa da Contracepção, “entre 2008 e 2013 ocorreu um decréscimo de 1,6% no número de interrupções de gravidez realizadas por opção da mulher. No ano de 2014 manteve-se a tendência decrescente”.

No Uruguai, a interrupção voluntária da gravidez é permitido desde 2012.

As mulheres uruguaias estão autorizadas a abortar num prazo de 12 semanas, até 14 quando tiverem sido vítimas de estupro, e sem prazo quando houver risco para a saúde da mãe ou o feto for inviável. Para conseguir a interrupção legal, as mulheres têm de passar antes por uma consulta com um ginecologista, um psicólogo e um assistente social, e depois devem respeitar um prazo de cinco dias de reflexão (MARTÍNEZ, 2014).

Ainda, segundo Terra (2015), após legalizaram o aborto, os dados comprovam que a desistência do procedimento subiu para 30%.

Estatísticas

As taxas de aborto são semelhantes no mundo todo, porém, nos países em subdesenvolvimento, encontra-se o maior número dos abortos inseguros.

No ano de 2003 estima-se que tenham ocorrido 41,6 milhões de abortos no mundo, dentre os quais 19,7 milhões foram considerados abortos inseguros. Nesse mesmo ano, a taxa de abortos inseguros nos países desenvolvidos foi de 2:1.000 mulheres de 15 a 44 anos e na América do Sul essa taxa foi de 33:1.000 mulheres (SEDGH et al., 2007, p. 370 *apud* BENUTE et al., 2009).

Em relação às mulheres de 18 a 49 anos de idade que tiveram aborto provocado na vida, este percentual foi 2,1%, variando de 1,0%, na Região Sul, a 3,0%, na Região Nordeste (IBGE, 2013).

As mulheres sem instrução ou com fundamental incompleto (2,8%), assim como aquelas com fundamental completo ou médio incompleto (3,0%), apresentaram maiores percentuais desse indicador se comparadas com as mulheres com instrução mais elevada. No que se refere à cor ou raça, a proporção de mulheres pretas (3,5%) que declararam ter tido algum aborto provocado foi maior que a observada para as brancas (1,7%) (IBGE, 2013, p.39).

Esses números refletem diretamente nas taxas de mortalidade materna, podendo ser considerado um grave problema de saúde pública.

Segundo Ministério da Saúde “no Brasil, o abortamento é responsável por 11,4% do total de mortes maternas e 17% das causas obstétricas diretas, com parcela significativa devida ao abortamento provocado” (BRASIL, 2008).

Conforme a OMS os números são mais assustadores, a cada dois dias uma

mulher brasileira morre vítima de complicações decorrentes do aborto ilegal, no mundo isso é um fato que se repete a cada 9 minutos (BARÓN, 2014 *apud* SPAGLIARI, 2016).

Estatísticas em países que legalizaram o aborto

Segundo estimativas da Organização Mundial da Saúde, metade das gestações é indesejada, com uma a cada nove mulheres recorrendo ao abortamento para interrompê-las. De acordo com dados recentes do Instituto Guttmacher de Washington, D.C. – EUA, o número de abortos induzidos no mundo caiu de 45,6, em 1995, para 41,6 milhões, em 2003. A queda nos índices foi mais drástica em países desenvolvidos, caindo de 10 milhões, em 1995, para 6,6 milhões em 2003. Na Europa, o número caiu de 7,7 milhões para 4,3 milhões. A queda mais acentuada se deu no leste europeu, onde o aborto já é seguro e descriminalizado, na maioria dos países. Houve decréscimo de 90 para 44 na proporção de abortamentos a cada 1.000 mulheres entre 15 e 44 anos (THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE, 2008 *apud* BRASIL, 2011, p. 8).

Já nos países que existe à proibição por lei ou por crença religiosa, as taxas de aborto inseguro aumentam e são uma das principais causa maternas.

Por outro lado, em países onde o aborto é proibido por lei ou norma religiosa, não há queda da taxa total de abortos, pelo contrário, estudos demonstram um efeito direto entre a proibição e o aumento das taxas de abortamentos clandestinos e inseguros, e logo, da mortalidade materna (AGI, 2004, 2008; BRASIL, 2006; DREZETT, 2005 *apud* BRASIL, 2011, p. 9).

O abortamento representa uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. Segundo estudo da Mortalidade de Mulheres, de 10 a 49 anos, com Pesquisa realizada em 2002, em todas as capitais e no Distrito Federal, evidenciou a permanência de alta taxa de mortalidade materna no País (BRASIL, 2006), diferentemente do que ocorre em países desenvolvidos, onde essas taxas de morte, especificamente por aborto, são reduzidas. Entre 1995 e 2000, estatísticas

de vários países europeus mostram taxas inferiores a 10 óbitos/100.000 nascidos vivos, com o aborto sendo realizado em condições seguras, não se constituindo mais importante causa de óbito (ALEXANDER et al., 2003 *apud* BRASIL, 2011, p. 9).

A inconstitucionalidade do crime de aborto

O crime de aborto está descrito no Código Penal, onde já existiram outras condutas antijurídicas que foram sendo modificadas pelos costumes da sociedade.

Isso porque, a mulher era tratada como incapaz perante a sociedade, sendo sua função cuidar da família e procriar descendentes. Com a criação da Constituição Federal de 1988 a mulher adquiriu direitos, sendo um deles a garantia de igualdade no tratamento entre homens e mulheres.

Hoje, mesmo os costumes sendo muito patriarcais, existe uma tendência a igualar por real direito de homens e mulheres.

A constituição em seu art. 5º versa sobre vários princípios, como a liberdade sexual e reprodutiva e a autonomia; e outros, como direitos sociais, por exemplo, o acesso a saúde de qualidade; além da escolha sobre formação familiar. Assim, a criminalização do aborto impede que as mulheres que passam por uma gravidez indesejada, sejam amparadas de seus direitos constitucionais

Deste modo é incompatível com a constituição permanecer no ordenamento jurídico brasileiro o crime de aborto no primeiro trimestre da gravidez, onde não há vida comprovada, sendo que será a partir desse período que se terão os primeiros sinais de ondas cerebrais, os quais são necessários para a existência da espécie humana. Privar as mulheres do acesso à saúde de qualidade, por costumes ou crenças, é desumanizar os Direitos Constitucionais e seu Princípio da Dignidade da pessoa Humana.

Procedimentos metodológicos

O estudo foi baseado a partir de uma decisão proferida pelo STF no final de 2016 sobre o aborto.

Para a elaboração do trabalho foi utilizado o método qualitativo. Utilizando métodos exploratórios e bibliográficos, busca-se “procurar por meio de obras publicadas, ajuda a explicar as anomalias a serem debatidas. Pode ser utilizada de forma independente ou como parte de outros tipos de pesquisa científica”

(RAMPAZZO, 2005 *apud* FAVERO, 2016).

Ainda, exploraram-se alguns meios de comunicação como a televisão, internet e revistas científicas, além de artigos científicos que tratavam do mesmo assunto.

Considerações finais

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, vem se versando sobre os direitos reprodutivos das mulheres. Com base na decisão sobre Habeas Corpus n. 124306 do STF, foi dado início a essa discussão, a qual versou este trabalho.

A mulher como cidadã e com pleno exercício dos seus direitos não pode ser privada de sua vida por meros discursos religiosos de quando a vida começa.

Neste sentido devem-se levar em consideração quando se dá a morte de um ser humano para demonstrar quando começa a vida. Isso porque, ocorrerá o início da vida com as primeiras aparições neurológicas e a formação cerebral, o que ocorre no primeiro trimestre da gestação, sendo possível ocorrer um abortamento seguindo os padrões dispostos pelo Ministério da Saúde (feto com ou igual 500g, medindo 28cm, ocorrendo até 22ª semana de gestação).

Nessa colisão de direitos, aplicando-se o princípio da ponderação, devem prevalecer os direitos da mulher, já que ela possui personalidade jurídica (vida) e o feto mera expectativa. Se fosse do contrário, o produto da concepção estaria sendo privilegiado, tendo em vista que ainda não adquiriu esses direitos.

Não se pode obrigar uma mulher a continuar uma gravidez indesejada com base na “expectativa de vida do feto”, pois se estaria conferindo mais direitos aqueles que “não possuem direitos”, prejudicando os que já possuem em plenitude, já que ninguém pode ter mais direitos do que aqueles que já possuem vida em sua integralidade e direito à liberdade.

O direito à liberdade reprodutiva e sexual são garantias constitucionais, que podem possibilitar a prática de aborto de forma segura, de controlar a própria fecundidade e o de decidir, de forma livre, autônoma e responsável, os aspectos sobre sua sexualidade.

É necessário que o Estado reconheça que os direitos reprodutivos são direitos humanos, para que a mulher exerça pleno controle sobre a sua sexualidade e a saúde sexual e reprodutiva, a liberdade de escolha sem coerção, discriminação ou violência. Assim, deve ser reconhecida a responsabilidade social sobre a decisão de ser mãe, garantindo o acesso a informações e aos serviços públicos.

Sem existir escolhas não se pode falar em liberdade. Deste modo, a criminalização do aborto fere esse direito das mulheres, que não têm a opção de interromper a gravidez indesejada de forma segura.

A própria legislação reconhece ser dever do Estado fornecer por meio do SUS meios técnicos para o livre planejamento, devendo também ser assegurado o procedimento do abortamento, haja vista que nenhum método contraceptivo é 100% eficaz, além de trazer riscos à saúde da mulher.

Portanto, cabe ao Estado dar suporte para realização deste procedimento, visando garantir a saúde da mulher, independente de sua condição financeira. Assim será garantido o direito à igualdade de todos, já que as mulheres com poder aquisitivo melhor, abortam livremente, enquanto as menos favorecidas ficam à mercê de clínicas clandestinas e medicamentos abortivos prejudiciais à sua saúde.

Assim, pode-se dizer que o crime de aborto fere vários direitos constitucionais da mulher, portanto, deve ser considerado inconstitucional.

A criminalização do aborto não diminui o número de procedimentos, pelo contrário, só faz aumentar o número de morte materna. De outra parte, verificou-se que com a legalização, por exemplo, em países desenvolvidos que os números de procedimentos diminuíram inclusive a de morte materna, pelo fato de que essas mulheres receberam um tratamento digno, tanto físico quanto o psicológico.

Destaca-se que mesmo quando se trata de interrupção voluntária não é uma decisão fácil de ser tomada, por isso necessita-se de um apoio de qualidade e não julgamento moral como ocorre na maioria das vezes, desencadeando doenças

psicológicas profundas.

É importante salientar que é preciso separar religião e Estado. Isso porque, cada um pode contribuir em seu espaço, sem interferências, já que um dos motivos da dificuldade da legalização são as pressões religiosas sobre dogmas ultrapassados.

Como país laico, o Estado deve fazer sua parte defendendo o direito à autonomia, liberdade sexual e reprodutiva para as mulheres, e, acima de tudo, de terem uma vida com dignidade. Por fim, é necessário salientar que se formulam novas pesquisas a ser exploradas em trabalhos futuros, com a finalidade de dar continuidade a pesquisa realizada no trabalho em questão.

Referências

AGOSTINO, Alexandra. **Há 40 anos a França descriminalizou o aborto.** Disponível em: <<http://catolicas.org.br/novidades/notas/aborto-na-franca/>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

ALECRIM, Gisele Machado; SILVA, Eduardo Pordeus; ARAÚJO, Jailton Macena de. Autonomia da mulher sobre o seu corpo e a intervenção estatal. **Gênero e Direito**, João Pessoa, v. 5, n. 2, p.158-176, jul. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/viewFile/20428/11799>>. Acesso em: 12 out. 2017.

ARAGUAIA, Mariana. **Síndrome pós-aborto.** Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/biologia/sindrome-posaborto.htm>>. Acesso em 8 de out. de 2017.

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra et al. Abortamento espontâneo e provocado: ansiedade, depressão e culpa. **Rev. Assoc. Med. Bras.**, São Paulo, v. 55, n. 3, p. 322-327, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302009000300027&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 181-A de 2015.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C0E11161502C7F2C7DDB4A9D49E7E925.proposicoesWebExterno1?codteor=

[1600110&filename=Tramitacao-PEC+181/2015](#)>. Acesso em: 2 nov. 2017.

_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 out.2017.

_. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

_. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. **Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 10 out. 2017.

_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 out.2017.

_. Ministério da Saúde/DATASUS. **Banco de dados**. Disponível em <<http://www.datasus.gov.br>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

_. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Atenção humanizada ao abortamento:norma técnica – 2. ed. – Brasília, DF.2011.

_. Supremo Tribunal Federal. **1ª Turma afasta prisão preventiva de acusados da prática de aborto**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=330769>>. Acesso em: 28 out. 2017.

COSTA, Rosely G. et al. A Decisão de Abortar: Processo e Sentimentos Envolvidos.

Cad. Saúde Pública. Rio de Janeiro, 11, p. 97-105, jan/mar 1995. Disponível em:

<<https://pdfs.semanticscholar.org/f729/3784580e34979b5e6bac1713ccf61af3735.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CREMEC. **Parecer CREMEC 06/2008**. Disponível em: <<http://www.cremec.com.br/pareceres/2008/par0608.htm>>. Acesso em: 8 out. 2017.

CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. **O princípio constitucional da dignidade humana, princípio da proporcionalidade e o aborto.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/artigos/pdf/aborto.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em 20 out. 2017.

FAVERO, Jader Batista. **Metodologia Científica – 9 Exemplos Fáceis de por em Prática.** Disponível em: <<http://quiadamonografia.com.br/metodologia-cientifica/>>. Acesso em: 1º nov. 2017.

GALLI, Beatriz; ROCHA, Helena. **Direitos Sexuais e Reprodutivos, Autonomia Reprodutiva, Política e (des) respeito ao Princípio da Laicidade.** Disponível em: <http://www.meel.org.br/wp-content/uploads/2014/08/artigo_dsr_politica_principio_laicidade.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.

GARCIA, Naiara Diniz. **O princípio da dignidade humana e a questão do aborto segundo a teoria da integridade de Ronald Dworkin.** Disponível em: <<https://www.fdsu.edu.br/site/graduacao/anais2013/Naiara%20diniz%20garcia.pdf>> . Acesso em: 29 out. 2017.

H AidAR, Rodrigo. **STF permite interrupção de gravidez de feto anencéfalo.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-abr-12/supremo-permite-interruptao-gravidez-feto-anencefalo>>. Acesso em: 18 out. 2017.

JARDIM, Rodrigo Guimarães. **De Dworkin a Ávila: breves notas sobre o conceito de princípios e regras.** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo-de-dworkin-a-avila-breves-notas-sobre-o-conceito-de-principios-e-regras,42598.html>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

KRIEGER, Renate. **Projeto na Câmara sobre licença maternidade pode restringir aborto legal.** Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/09/13/projeto-na-camara-sobre-licenca-maternidade-pode-restringir-aborto-legal.htm>>. Acesso em: 2 nov. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado** - 17.ed. atual. e ampl - São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTÍNEZ, Magdalena. Aborto no Uruguai, a exceção latino-americana. **El**

País.

Montevideu. 8 mar. 2014. Disponível em:
<https://brasil.elpais.com/brasil/2014/03/07/sociedad/1394208119_165255.html>. Acesso em: 13 nov. 2017.

MOTTA, Artur Francisco Mori Rodrigues. A dignidade da pessoa humana e sua definição. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 119, dez 2013. Disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14054>. Acesso em 3 nov 2017.

OLIVEIRA, José Lopes de. **O aborto e suas consequências**. Disponível em: <<https://jotalopes.wordpress.com/aborto-e-suas-consequencias/>>. Acesso em 6 nov. 2017.

PATRÃO, Ivone Alexandra Martins; KING, Gwendolin May Navarro Pimenta; ALMEIDA, Miguel. Interrupção Voluntária da Gravidez: Intervenção psicológica nas consultas prévia e de controlo. Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v26n2/v26n2a15.pdf>>. Acesso em: 8 out. 2017.

PESSATO, Fabrício. **O novo-liberalismo religioso**. Disponível em: <<http://fabriciopessato.blogspot.com.br/2017/10/o-novo-liberalismo-religioso.html>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

PIMENTA JÚNIOR, Rubens Alves. **A efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração pelo poder judiciário**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26611/a-efetivacao-dos-direitos-fundamentais-de-segunda-geracao-pelo-poder-judiciario/3>>. Acesso em: 20 out. 2017.

PORTO, Rozeli Maria; GROSSI, Miriam Pillar. Aborto: uma visão humanística. **Revista Estudos Feministas**, [s.l.], v. 16, n. 2, p.706-710, ago. 2008. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-026x2008000200031>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2008000200031>. Acesso em: 17 out. 2017.

RAMOS, Fernanda de Oliveira Santana. **O direito fundamental ao planejamento familiar e a Lei nº 9.263, de janeiro de 1996**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37759/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar-e-a-lei-n-9-263-de-janeiro-de-1996>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

ROSA, Clarissa Coutinho. **Direitos reprodutivos como direitos humanos: a criminalização do aborto no Brasil como violação aos direitos das mulheres**. 2016. 97 f. TCC (Graduação) - Curso de Relações Internacionais, Centro Sócio- econômico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. Disponível em: <[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/174583/Monografia da Clarissa Coutinho.pdf?sequence=1](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/174583/Monografia%20da%20Clarissa%20Coutinho.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 30 out. 2017.

ROSA, Emanuel Motta da. **O crime de aborto e o tratamento penal.**

Disponível em: <<https://emanuelmotta.jusbrasil.com.br/artigos/139263291/o-crime-de-aborto-e-o-tratamento-penal>>. Acesso em: 8 out. 2017.

SABIAS QUE. **Fazer um aborto em Portugal.** Disponível em:

<<http://sabrasque.pt/fazer-um-aborto-em-portugal.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SANTOS, Vanessa Cruz Santos et al. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. 2013. **Revista Bioética.**

Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a14v21n3.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

SILVA JUNIOR, Nilson Nunes da. A primeira dimensão dos direitos fundamentais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 68, set 2009.

Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6741&revista_caderno=9>. Acesso em 1º nov 2017.

SOCIEDADE PORTUGUESA DE CONTRACEPÇÃO. **A interrupção da gravidez em Portugal.** Disponível em:

<http://www.spdc.pt/files/publicacoes/A_interrupo_de_gravidez_em_Portugal.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SPAGLIARI, Ítalo. **Legalização do aborto no Brasil:** Esse debate aqui é sobre as mulheres que escolhemos deixar morrer. Disponível em:

<<https://italospagliari.jusbrasil.com.br/artigos/413449744/legalizacao-do-aborto-no-brasil>>. Acesso em: 7 nov. 2017.

RODRIGUES, Renata de Lima. **Planejamento familiar e os limites para planejar a prole:** o uso da biotecnologia e o aborto. Disponível em:

<<https://www.ibijus.com/blog/10-planejamento-familiar-e-os-limites-para-planejar-a-prole-o-uso-da-biotecnologia-e-o-aborto>>. Acesso em: 15 out. 2017.

TERRA (Brasil). **Uruguai:** após legalização, desistência de abortos sobe 30%. 2015. Disponível em: <<https://www.terra.com.br/noticias/mundo/america-latina/uruguai-apos-legalizacao-desistencia-de-abortos-sobe-30,2e4163764976c410VgnCLD200000b1bf46d0RCRD.html>>.

Acesso em: 1º nov. 2017.

VIANA, Ana Carolina Noronha. **Aborto.** 2012. 38 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Presidente Antônio Carlos- Unipac, Barbacena, 2012.

Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/tcc-81131ca1254fdc8d5c850670c8249e54.pdf>>.

Acesso em: 10 out. 2017.

VIDALE, Giulia. **Os riscos do anticoncepcional:** quem deve se preocupar. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/saude/os-riscos-do-anticoncepcional-quem-deve-se-preocupar/>>. Acesso em: 2 out. 2017.