

# Constituição & Justiça

Estudos e reflexões



**Organizadores:**

Joélia Walter Sizenando Balthazar

Luiza Liene Bressan da Costa

Pedro Zilli Neto

Volume III - Nº 2 - 2019 | Editora: Unibave





**Centro Universitário Barriga Verde**

Orleans – Santa Catarina – Brasil

[www.unibave.net](http://www.unibave.net)

**Disponível em:**  
[periodicos.unibave.net](http://periodicos.unibave.net)

**Editora:**  
FEBAVE

**Orleans**  
**2019**

**Título**

Constituição & Justiça  
Estudos e Reflexões

**Organizadores:**

Joélia Walter Sizenando Balthazar  
Luiza Liene Bressan da Costa  
Pedro Zilli Neto

**Conselho Editorial**

Alex Sandro Teixeira da Cruz (Unibave/ Unisul)  
Andiara Pickler Cunha (Unibave)  
Emiliano Ezequiel Morán Santos (UMSA/Argentina)

**Coordenação editorial:** Profa.Ma.Joélia Walter Sizenando Balthazar

**Coordenação e revisão:** Profa.Ma.Luiza Liene Bressan da Costa

**Projeto gráfico e capa:** Marcos Dalmoro; Mayara Speck

**Editoração Eletrônica:** Profa. Ma. Joélia Walter Sizenando Balthazar e Paulo  
André Doneda Jung, UNIBAVE

**Bibliotecária :** Viviani Zilli (CRB-SC 1470)

Ficha catalográfica  
Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).  
Catalogação na fonte.

---

C756 Constituição & Justiça [**recurso eletrônico**]: estudos e reflexões /  
Organizadores: Joélia Walter Sizenando Balthazar; Luiza Liene  
Bressan da Costa; Pedro Zilli Neto. - Orleans, SC: Centro Universitário  
Barriga Verde - Unibave, 2019.

255 p.

ISBN: 978-85-67456-38-6 ( Suporte: E-book)

Formato Ebook: PDF

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

1. Justiça social. 2. Constituição Cidadã. 3. Pesquisa Científica. I.  
Balthazar, Joélia Walter Sizenando, org. II. Costa, Luiza Liene Bressan  
da org. III. Zilli Neto, Pedro, org. IV. Título.

67456

CDD: 22.ed. 340.14

---

Bibliotecária Eliane de F. Fernandes CRB-14/001471.

Biblioteca Central do Unibave.

## Sumário

<b>Capítulo I - A PROTEÇÃO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO BRASIL E NA ARGENTINA: UM ESTUDO COMPARATIVO.</b> Alex Sandro Teixeira da Cruz; Emiliano Ezequiel Morán Santos; Richard da Silva; Matheus de Souza e Cruz .....	07
<b>Capítulo II - A AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR DE ÓRGÃOS <i>POST MORTEM</i> NO BRASIL.</b> Juliana Cachoeira Galvane; Andiana Pickler Cunha; Joélia Walter Sizenando Balthazar; Ana Paula Bazo.....	32
<b>Capítulo III - NÃO É UMA QUESTÃO DE SANGUE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV, DO ARTIGO 64, DA PORTARIA Nº 158, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.</b> Luis Carlos de Melo; Andiana Pickler Cunha; Fabrício Trevisol Bordignon; Milena Cruzetta.....	55
<b>Capítulo IV - A ILEGALIDADE DAS CONTRATAÇÕES DE PROFESSORES TEMPORÁRIOS DA ESCOLA MUNICIPAL PROFESSOR ANTÔNIO ROHDEN DE BRAÇO DO NORTE/SC NO PERÍODO DE 2015-2018.</b> Ana Luisa Santos Volpato. Fabrício Trevisol Bordignon. Michele Barreto Cattaneo. Andiana Pickler Cunha.....	79
<b>Capítulo V - ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA E A (NÃO) OBRIGATORIEDADE.</b> Débora Helário; Marcia Zomer Rossi Mattei.....	105
<b>Capítulo VI - LIBERDADE RELIGIOSA X DIREITO À VIDA E DIREITO AO TRABALHO.</b> Rafael Lunardi Monteiro; Marcia Zomer Rossi Mattei.....	127
<b>Capítulo VII - A PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.</b> Maysa Prá; Ramirez Zomer; Vilmar Vandressen; Danilo Zomer Marcon.....	151
<b>Capítulo VIII - A TESE DA DUPLA GARANTIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: UMA ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.</b> Joyce Veronez; Ramirez Zomer; Gabriela Back; Deivid Carlota Helário.....	174
<b>Capítulo IX - (In) Constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância no Brasil.</b> Yan Sandrini Luiz; Ramirez Zomer; Vilmar Vandressen; Danilo Zomer Marcon.....	189
<b>Capítulo X - INFORMAR OU ESQUECER: PONDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO.</b> Júlia Della Giustina Ghisoni; Tonison Rogério Chanan Adad.....	205
<b>Capítulo XI - AS OMISSÕES FAMILIARES COMO FATOR CONTRIBUTIVO PARA ABUSOS SEXUAIS INTRAFAMILIARES CONTRA VULNERÁVEIS.</b> Maria de Cássia Santana; Alex Sandro Teixeira da Cruz .....	234

## APRESENTAÇÃO

Este volume é o resultado da produção científica de professores, acadêmicos, egressos do Curso de Direito do Unibave e convidados. 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.

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.

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 I

A PROTEÇÃO DA MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO  
BRASIL E NA ARGENTINA: UM ESTUDO COMPARATIVO

Alex Sandro Teixeira da Cruz<sup>1</sup>  
Emiliano Ezequiel Morán Santos<sup>2</sup>  
Richard da Silva<sup>3</sup>  
Matheus de Souza e Cruz<sup>4</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem o propósito de analisar como são desenhados, nas ordens jurídicas brasileira e argentina, os modelos de combate à violência de gênero doméstica e/ou familiar contra a mulher. Para tanto, lançando-se mão de abordagem dialética e procedimento comparativo, mediante análise dos textos legais de ambos os países, complementada por pesquisa bibliográfica, procura-se identificar pontos de identidade e diferenças das concepções adotadas por Brasil e Argentina, sem pretensão valorativa acerca do melhor ou pior modelo, limitando-se o estudo à análise estritamente descritiva das espécies de violência e das medidas de prevenção/proteção contempladas em cada qual dos sistemas.

**Palavras-chave:** Violência doméstica e familiar; Argentina, Lei n. 26.485; Brasil, Lei 11.340.

### Introdução

Um dos grandes problemas da América Latina como um todo e, particularmente, de países como Brasil e Argentina, diz respeito à violência contra a mulher, sobretudo aquela praticada no ambiente doméstico e pautada por relações

---

<sup>1</sup> Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Barriga Verde (Unibave) e da Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul), especialista em Direito Constitucional (Uniderp), mestre em Direito (Unesc), doutorando em Ciências da Linguagem (Unisul), promotor de justiça (MPSC). E-mails: [acruz@mpsc.mp.br](mailto:acruz@mpsc.mp.br) e [astecruz@icloud.com](mailto:astecruz@icloud.com)

<sup>2</sup> Advogado, com matrícula no Colégio Público dos Advogados da Capital Federal (CPACF), doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade do Museu Social Argentino (UMSA), funcionário do Ministério do Interior, com lotação no órgão do Registro Nacional das Pessoas (ReNaPer). E-mails: [emiliano.moran@gmail.com](mailto:emiliano.moran@gmail.com) e [emoran.santos@cpacf.org.ar](mailto:emoran.santos@cpacf.org.ar)

<sup>3</sup> Professor e pesquisador do Centro Universitário Barriga Verde (Unibave), graduado em Letras Licenciatura em Português e Inglês pela Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul - 1997), especialização em Linguística Aplicada ao Ensino do Português (1998) e mestrado em TESOL - Ensino de Língua Inglesa para Falantes de Outros Idiomas pela NMSU - New Mexico State University (2002), nos Estados Unidos. E-mail: [richard@unibave.net](mailto:richard@unibave.net)

<sup>4</sup> Acadêmico de Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina (Unisul) e de Administração na Universidade do Extremo Sul Catarinense (Unesc). E-mail: [mathkuki@hotmail.com](mailto:mathkuki@hotmail.com)

familiares e/ou afetivas. Para se ter uma ideia, no Brasil, dados recentes do Fórum Brasileiro de Segurança Pública demonstram que, em 2018, uma em cada quatro mulheres acima dos 16 anos de idade passou por algum tipo de violência (27,4%), agressões das quais 42% (11,5% do total) ocorreram no ambiente doméstico (EXAME, 2019). Na Argentina, no ano de 2017, a cada 31 horas uma pessoa foi assassinada pelo fato de ser mulher, com um total de 292 feminicídios naquele ano (EL PAÍS, 2018), tendo havido uma breve redução para 241, com um feminicídio a cada 32 horas, em 2018, registrando-se ainda que, em 7 de março de 2019, em relatório apresentado na Câmara de Deputados da Nação, já haviam sido catalogados, neste ano, 54 casos (LA CASA DEL ENCUENTRO, 2019). No Brasil, a matéria é alvo da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), conhecida como “Lei Maria da Penha”, identificando cinco espécies de violência contra a mulher (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), as restringindo à categorização doméstica e familiar, como tal classificando as agressões no âmbito doméstico, no âmbito familiar e em qualquer relação íntima de afeto, cominando medidas protetivas de urgência que envolvem restrições ao agressor e garantias à mulher agredida.

Na Argentina, a violência de gênero contra a mulher é tratada pela Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009). De proteção bastante abrangente, reporta a lei argentina também cinco espécies de violência, quais sejam física, psicológica, sexual, econômica e simbólica, praticáveis mediante as modalidades doméstica, institucional, laboral, contra a liberdade reprodutiva, além da violência obstétrica e midiática, inscrevendo o legislador platino, igualmente, medidas preventivas urgentes que podem ser tomadas, tanto de restrições ao agressor quanto as que beneficiam diretamente a mulher.

Nesse contexto, considerando-se a proximidade geográfica, além de certas identificações culturais e sociais entre os dois países, o presente trabalho propõe-se a, como objetivo geral, analisar, comparativamente, as legislações brasileira e argentina destinadas ao enfrentamento da violência de gênero contra a mulher, com vistas a identificar as principais semelhanças e diferenças normativas e, assim, contribuir para as reflexões necessárias acerca dos pontos convergentes e divergentes detectáveis entre os sistemas, quiçá podendo inspirar os aperfeiçoamentos necessários de ambas as ordens jurídicas no que tange ao tema central.

Como objetivos específicos, pretende-se conhecer os principais aspectos da Lei brasileira n. 11.340 (BRASIL, 2006) e da Lei argentina n. 26.485 (ARGENTINA,



2009), identificando as espécies e modalidades de violência de gênero tratadas através de cada qual e, sobretudo, as medidas de proteção à mulher nelas consagradas, seguindo-se com a comparação proposta para identificação de parâmetros de igualdades e diferenças perceptíveis.

### **Procedimentos metodológicos**

Sendo a metodologia a trilha que se percorre para chegar ao pretendido destino investigatório, adota-se, aqui, pela natureza da pesquisa, abordagem dialética, com procedimento comparativo, pretendendo-se, a partir da correlação entre ambos os modelos conceptivos de proteção à figura feminina contra a violência intrafamiliar de gênero, identificar-se substratos de aproximação e de distanciamento. Inicia-se pela análise da Lei brasileira n. 11.340 (BRASIL, 2006), sequencia-se pela Lei argentina n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), para após proceder-se a comparação visando identificar-se os pontos de semelhança e de diferença mais relevantes.

Registra-se, ao mesmo tempo, não haver qualquer pretensão valorativa de qual seja o melhor ou pior modelo, o que não impede, contudo, que as experiências normativas dos dois países possam ensejar o juízo crítico do leitor quanto às soluções encontradas lá e cá, especialmente nos aspectos em que estas se apresentem de maneira diversa entre as duas ordens jurídicas.

A técnica de pesquisa será essencialmente bibliográfica, imergindo-se especialmente nos textos das leis brasileira e argentina, com eventuais aportes doutrinários e estatísticos, integralizando-se o estudo com as derradeiras considerações postas ao final.

### **A proteção da mulher na ordem jurídica brasileira - A Lei n. 11.340: aspectos gerais**

No Brasil, a proteção da mulher contra agressões intrafamiliares é objeto específico da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), conhecida como Lei Maria da Penha. A atribuição do “nome” à lei deveu-se ao caso da senhora Maria da Penha Maia Fernandes, ocorrido na cidade de Fortaleza, capital do estado do Ceará.

Segundo reporta o sítio Observe ([s.d.]), Maria da Penha, biofarmacêutica, era casada com o professor universitário Marco Antônio Herredia Viveros, de origem colombiana. Por duas vezes foi vítima de tentativa de homicídio por parte do marido:

na primeira, este disparou um tiro contra a esposa enquanto a mesma dormia, restando a vítima paraplégica, alegando o agressor, no entanto, que o casal fora alvo de um assalto dentro de casa; na segunda, empurrou a mulher da cadeira de rodas e tentou eletrocutá-la no chuveiro (OBSERVE, [s.d.]).

Os fatos aconteceram em 1983 e, durante cerca de dezenove anos, Maria da Penha lutou para ver o marido agressor responsabilizado por seus atos. Isso veio a ocorrer somente em 2002, após ter o Brasil acatada contra si uma denúncia dirigida pela vítima à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da Organização dos Estados Americanos (OEA), condenando o país por negligência e omissão quanto à questão da violência doméstica, recomendando a criação de legislação específica para o enfrentamento dessa espécie de problema. O agressor, em 2002, foi condenado, mas, ainda assim, conforme a legislação da época, ficou recluso por apenas dois anos (OBSERVE, [s.d.]).

Dessa forma, finalmente, cerca de vinte e três anos após os fatos que vitimaram Maria da Penha, editou-se a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), passando o diploma a ser conhecido pelo seu nome, em homenagem à mulher que, com sua luta por justiça, conseguiu fazer com que a política de enfrentamento da violência de gênero, no âmbito doméstico e familiar, passasse a ter tratamento mais rigoroso e mais consentâneo com o reclamo da nação brasileira.

A matriz constitucional da proteção especial à mulher encontra eco nos elementos “cidadania” e “dignidade da pessoa humana”, consagrados nos incisos II e III do artigo 1º da Constituição da República (BRASIL, 1988), como dois dos fundamentos em que se assenta a República Federativa do Brasil, a eles agregando-se o princípio da “prevalência dos direitos humanos”, expressado inciso II do artigo 4º da Carta. Há, também, relação com o comando de isonomia entre homens e mulheres, contido no inciso I do artigo 5º, e com o reconhecimento da família como a base da sociedade, lhe sendo devida proteção especial, conforme ditame do caput do artigo 226, cuja assistência, na esteira do parágrafo 8º do mesmo dispositivo, é devida a cada um dos integrantes da entidade familiar, devendo o Estado “criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações” (SENADO FEDERAL, 2011, p. 7-11).

Cumprido esclarecer, de plano, que a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) não traz tipificação específica de crimes de gênero, no âmbito intrafamiliar, contra a mulher. A opção do legislador foi utilizar, para tanto, os tipos existentes na ordem jurídico-penal

tradicional, a exemplo dos artigos 121, 129, 147, 213 e 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), que tratam, respectivamente, dos crimes de homicídio, lesão corporal, ameaça, estupro e estupro de vulnerável. O que fez o legislador foi determinar que a lei reportada criasse mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 1º), definindo o que se entende por “violência doméstica e familiar” (artigo 5º) e estabelecendo cinco formas dessa categoria de violência (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral), mas o fazendo exemplificativamente, já que deixa aberta a possibilidade de reconhecimento de outras modalidades (artigo 7º). Também foi a Lei 11.340 (BRASIL, 2006) que, além de outras questões, elencou as medidas protetivas de urgência, tanto aquelas que obrigam o agressor (artigo 22) quanto as outorgadas à mulher ofendida (artigos 23 e 24), que serão melhor analisadas adiante.

Em verdade, a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), além da condenação do Brasil decorrente do processo movido por Maria da Pena junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, surgiu para dar cumprimento ao compromisso brasileiro, na condição de signatário, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como “Convenção de Belém do Pará”, em face de seu local de adoção, celebrada em 6 de setembro de 1994 (OEA, 1994), promulgada no Brasil através do Decreto n. 1.973 (BRASIL, 1996). A Convenção reconhece a necessidade de combater a violência contra a mulher, entendida, dentre outras hipóteses, conforme seu artigo 2, como aquela de cunho físico, psicológico ou sexual “ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência [...]” (alínea “a”).

Em seu artigo 5º, a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) define a violência doméstica e familiar contra a mulher como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero” que lhe acarrete morte, lesão e sofrimento de ordem física, sexual, e psicológica, além de, ampliando a matriz consagrada na Convenção, também dano moral e patrimonial. Tais categorias de violência podem se dar, segundo o mesmo artigo 5º:

(a) “no âmbito da unidade doméstica”, vista [a unidade doméstica] como o espaço de convivência permanente de pessoas, tendo ou não, entre si, vínculo de natureza familiar, mesmo aquelas esporadicamente agregadas (inciso I), de tal forma que referida categorização guarda relação com o local físico onde eventual ato de violência

venha a ocorrer, ou seja, no ambiente físico da residência ou domicílio compartilhado pelo agressor e pela ofendida;

(b) “no âmbito da família”, entendida [a família] como a unidade estabelecida entre indivíduos que se considerem aparentados, parentesco esse decorrente de laços naturais, de afinidade ou, mesmo, de simples expressão da vontade (inciso II), de modo que, neste caso, ao contrário da hipótese anterior, o local físico da agressão torna-se irrelevante, já que a variável indutora do conceito envolve o vínculo parental-familiar (dentro do largo espectro consagrado pela norma), mesmo se ocorrida [a agressão] em ambiente externo ao da residência ou domicílio; e

(c) “em qualquer relação íntima de afeto”, tida [a relação íntima de afeto] como qualquer forma de convivência atual ou pretérita do agressor com a vítima, ainda que, em momento algum, tenham coabitado o mesmo teto (inciso III), abrangendo a hipótese, dentre outros, casos como namoro, noivado e extraconjugalidade.

Além da definição conceptiva do que vem a ser violência doméstica e familiar, a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) traz, ilustrativamente, cinco formas através das quais referida violência pode se configurar, elencadas em seu artigo 7º. Diz-se ilustrativamente porque a expressão “entre outras”, contida ao final do caput do dispositivo, deixa claro não se tratar, ali, de listagem taxativa, sendo viável reconhecer-se formas adicionais, ainda que não expressadas no rol ali contido. Sem embargo da não taxatividade, o legislador brasileiro optou por clarificar cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, quais sejam:

(a) violência física, configurada a partir de qualquer conduta que ofenda a integridade física ou a saúde da vítima (inciso I), enquadrando-se em tal espécie crimes como lesão corporal e maus-tratos;

(b) violência psicológica, evidenciada por conduta que possa causar à mulher dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo e perturbação do pleno desenvolvimento e degradação ou controle de suas ações, comportamentos, crenças e decisões, podendo o agressor, para tanto, valer-se de atitudes ameaçadoras, constrangedoras, humilhantes, manipuladoras, isoladoras, constantemente vigilantes, contumazmente persecutoras, insultantes, chantagistas, violadoras da intimidade, ridicularizadoras, exploradoras e limitadoras do direito de ir e vir, dentre outras causadoras de prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação da vítima (inciso II);

(c) violência sexual, consubstanciada por atos que obriguem a ofendida à prática ou assistência de ato sexual não desejado, ou que a obrigue à comercialização de sua sexualidade, ou que a impeça de utilizar método contraceptivo ou lhe imponha gravidez, aborto ou prostituição, mediante fórmulas como coação, chantagem, suborno e manipulação, ou, ainda, que de qualquer forma venha a anular seus direitos sexuais e reprodutivos (inciso III);

(d) violência patrimonial, compreendida como retenção, subtração ou destruição, parcial ou total, dos pertences da vítima, de seus instrumentos de trabalho, de seus documentos pessoais, bens, valores ou recursos econômicos que se destinem à satisfação de suas necessidades (inciso IV); e

(e) violência moral, tida como qualquer conduta que venha a configurar os crimes de calúnia, difamação e injúria (inciso V), tipificados, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal (BRASIL, 1940).

Em paralelo, percebendo que a salvaguarda da mulher em casos de violência doméstica e familiar é revestida de emergencialidade quando o quadro se instale ou tão logo venha à tona, o legislador brasileiro concebeu na Lei n 11.340 (BRASIL, 2006) aquilo que traduz uma de suas principais virtudes, ou seja, as medidas protetivas de urgência, a serem analisadas com maior detalhamento no tópico a seguir.

### **As medidas protetivas de urgência**

Com o escopo de inibir a continuidade de atos configuradores de violência doméstica e familiar contra a mulher, inscreveu o legislador brasileiro as, assim chamadas, medidas protetivas de urgência, que tanto podem obrigar o agressor a certas restrições, como outorgar à vítima determinadas garantias, tal qual preconiza a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), em seus artigos 22, 23 e 24. Sem ingressar, aqui, na discussão acerca da natureza jurídica de tais medidas, se cautelares ou extrapenais, seara trabalhada por Amon Albernaz Pires (2011), limita-se o presente estudo apenas aos aspectos estritamente normativos, para permitir a comparação com a legislação argentina de idênticos propósitos.

Assim, no artigo 22 são relacionadas medidas passíveis de aplicação como forma de obrigar o ofensor observar limitações. Envolve a suspensão ou restrição do porte de armas, quando o agressor houver obtido tal permissivo junto à autoridade

competente (inciso I); o afastamento do lar comum que mantém com a ofendida, se for o caso de coabitação (inciso II); a vedação de determinadas condutas, tais como a proibição de aproximar-se da ofendida, de seus familiares e de testemunhas, com fixação de distância mínima a ser mantida pelo agressor em relação a referidas pessoas (inciso III, alínea a); a proibição de manter contato com a ofendida, familiares e testemunhas, seja qual for o meio de comunicação (inciso III, alínea “b”); a proibição de frequentar certos lugares, como forma de assegurar a integridade física e psicológica da ofendida (inciso III, alínea “c”); restrição ou proibição de visitas a dependentes menores, após a oitiva de equipe multidisciplinar ou congêneres sobre a conveniência da medida (inciso IV); e o préstimo de alimentos provisionais ou provisórios (inciso V).

Em benefício direto da mulher agredida, de acordo com o artigo 23, poderá ser procedido seu encaminhamento e de seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou atendimento (inciso I); sua recondução e dos dependentes ao lar comum, após o afastamento do agressor (inciso II); seu afastamento do lar comum, se esta for a opção, sem prejuízo de direitos patrimoniais, guarda dos filhos e alimentos (inciso III); e a separação de corpos em relação ao agressor, tratando-se de cônjuges ou companheiros (inciso IV).

Ao mesmo tempo, visando especificamente a proteção patrimonial da ofendida, tanto em relação a bens integrantes do patrimônio comum do casal quanto a seus pertences particulares, o artigo 24 autoriza que lhe sejam restituídos os bens indevidamente subtraídos pelo agressor (inciso I); a proibição de celebração de contratos de alienação ou locação dos bens de propriedade comum, exceto se judicialmente autorizada (inciso II); a suspensão de eventuais procurações outorgadas pela ofendida ao agressor (inciso III); e a prestação, pelo ofensor, de caução provisória, através de depósito judicial, para fins de indenização por perdas e danos decorrentes da prática de atos de violência doméstica e familiar contra a vítima (inciso IV).

Observa-se, no contexto da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), que tais medidas protetivas se sustentam em determinados princípios, perceptíveis em normas específicas incidentes sobre a matéria (ou no contexto da lei), dos quais se destacam: (a) o princípio da hipossuficiência feminina, tendo-se em conta que hipossuficiência pressupõe a ideia de maior fragilidade, vulnerabilidade, de um polo diante de outro, em uma determinada relação social, negocial ou jurídica, fazendo com que a parte mais fraca demande instrumentos que lhe assegurem maior proteção, como forma de

alcançar-se o equilíbrio material comprometido pelas circunstâncias. No caso da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), a presunção de hipossuficiência da figura feminina frente à masculina é perceptível no próprio espírito da lei como um todo, além da expressão “medidas protetivas”, que nomina o Capítulo II do Título IV e dá a tônica da necessidade de proteção à mulher em casos de emergencialidade.

(b) o princípio da não-taxatividade, em face de as providências relacionadas serem meramente exemplificativas. É o que se percebe da expressão “entre outras”, contida no caput do artigo 22 e no caput do artigo 24; dos termos do parágrafo 1º do artigo 22, no sentido de que “as medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor [...]”; e no caput do artigo 23, quando refere “[...] sem prejuízo de outras medidas”. De tal forma, além das expressadas na lei, poderão ser determinadas outras medidas, desde que compatíveis com a necessária proteção da mulher;

(c) o princípio da imediatidade, em razão da própria urgência na aplicação das medidas, como forma de se buscar a pronta cessação dos atos de violência doméstica e familiar contra a mulher. É o que se depreende de termos e expressões como “[...] prazo de 48 (quarenta e oito) horas”, que o juiz tem para a análise do pedido de medidas protetivas pela ofendida, conforme o caput do artigo 18; “de imediato”, constante no parágrafo 1º do artigo 19 e no caput do artigo 22, para a concessão das medidas quando constatada a prática da agressão; e “liminarmente”, do caput do artigo 24, para a outorga de medidas de proteção patrimonial à ofendida;

(d) o princípio da necessidade, considerando-se que as medidas deverão limitar-se apenas ao necessário para a obstrução da violência, tal qual se percebe nas expressões “[...] sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem [...]”, trazida no parágrafo 1º do artigo 22, e “[...] quando necessário [...]”, inscrita no caput do artigo 23, para reportarem, respectivamente, hipóteses de aplicação de medidas não expressamente previstas no dispositivo (artigo 22) ou para a aplicação das medidas à ofendida (artigo 23). Assim, se de um lado assegura-se a proteção da vítima, em contrapartida se proíbe o excesso em relação ao ofensor;

(e) o princípio da judicialidade, haja vista que, como regra, as medidas protetivas de urgência não que ser concedidas por autoridade judicial, tal qual estabelecido pelo caput do artigo 18, caput do artigo 19, caput do artigo 22, caput do artigo 23 e caput do artigo 24, ao determinarem, todos, a figura do juiz como competente para sua

concessão. Contudo, a recente Lei n. 13.827 (BRASIL, 2019) relativizou o princípio da judicialidade, ao introduzir, na Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), entre outros, o artigo 12-C, que excepcionalmente permite a medida de afastamento do agressor do lar comum pelo delegado de polícia, quando o município não for sede de comarca (inciso II) ou, mesmo, por qualquer policial, se o município não for sede de comarca e não houver delegado disponível quando da ocorrência (inciso III), fazendo tais exceções coroa ao princípio da imediatidade; e

(f) o princípio da precaução, pelo qual, mesmo diante de incerteza sobre a conveniência, ou não, de imposição de medida protetiva de urgência, deve ela ser imposta, como forma de precaver a ocorrência de desdobramento de maior vulto em desfavor da mulher vitimada pela violência doméstica e familiar. A exemplo do princípio da hipossuficiência feminina, com o qual guarda sintonia muito próxima, o princípio da precaução decorre do espírito contido na Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), que é o de instrumentalizar a proteção da parte mais frágil da relação, mesmo que o quadro, no momento inicial, ainda suscite alguma dúvida sobre a autenticidade e pertinência da versão da vítima, que somente pode ser descartada de plano diante de verossimilhança dos indicativos em sentido oposto. Em outras palavras, em caso de dúvida, por precaução, não se devem ser deferidas medidas protetivas em favor da ofendida.

Uma vez concedidas as medidas protetivas de urgência, tanto as que obrigam o agressor quanto aquelas diretamente à vítima (artigos 22, 23 e 24), cientificados os interessados e, especialmente, o próprio ofensor, o descumprimento, por parte deste, de qualquer das providências e restrições determinadas, acarretará a incidência do crime tipificado no artigo 24-A da própria Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), cujo preceito penal primário descreve a conduta de “descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei”, cuja pena cominada é de 3 (três) meses a 2 (dois) anos de detenção. Trata-se do único crime tipificado na Lei 11.340 (BRASIL, 2006), acrescentando o legislador, ainda, que o delito se configura independentemente da competência, cível ou criminal, do juiz que concedeu a medida (parágrafo 1º), assim como que a fiança, em caso de prisão em flagrante, somente poderá ser concedida por autoridade judicial (parágrafo 2º) e, por fim, que o disposto no mesmo artigo 24-A não exclui a possibilidade de aplicação de outras sanções igualmente cabíveis (parágrafo 3º).



E, a tal respeito, após cuidar, no artigo 312, dos requisitos para a prisão preventiva (prova do crime e indícios suficientes da autoria) e dos fundamentos que a sustentam (garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assecuração da aplicação da lei penal), o Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), no artigo 313, ao tratar das hipóteses de cabimento, insere, dentre outras, os crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra mulher (e também contra criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência), para garantir a execução das medidas protetivas de urgência. Assim, compondo a prisão preventiva forma de acautelamento viável em qualquer fase pré-processual ou processual, pode ser ela decretada quando o agressor, cientificado, descumprir medida protetiva de urgência determinada com base na Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), não se descartando sua concomitância com a figura delitiva do própria artigo 24-A antes reportado.

Em linhas gerais, são essas as mais importantes diretrizes normativas e principiológicas consagradas na Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), embaixadoras do sistema brasileiro de proteção à mulher contra atos de violência doméstica ou familiar, com ênfase para as medidas protetivas de urgência que, no contexto formatado na respectiva ordem jurídica, visam assegurar maior isonomia material com a figura masculina na relação que entre eles se estabelece, permitindo-se a abrangência de providências que se fizerem necessárias em cada caso e, mediante, em regra, o crivo judicial, assegurar a prontidão imperiosa para a imediata cessação das agressões que a vitimam.

### **A proteção da mulher na ordem jurídica argentina**

A Lei n. 26.485: aspectos gerais

Na República da Argentina, a proteção da mulher contra agressões é objeto de Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), tratando-se de uma lei de proteção integral da mulher em diversos âmbitos a partir dos quais desenvolvem elas suas relações interpessoais. Dessa forma, o modelo argentino de proteção congloba ambientes nos quais se desempenham tarefas laborais (sejam em estabelecimentos públicos ou

privados), relações familiares, e também espaços públicos onde podem ser objeto de violência circunstancial ou permanente, inclusive em transporte coletivo, dentre outros.

Antes de prosseguir-se com a análise da lei em questão, vale mencionar os antecedentes legais que, em grande medida, deram origem à referido diploma normativo. No início da década de 90 do século passado, aprovou-se a Lei n. 24.012 (ARGENTINA, 1991), que obrigou aos partidos políticos incorporarem, em vista das eleições legislativas, um mínimo de 30% de mulheres nas listas eletivas. A partir de então, a participação ativa das mulheres na política cresceu exponencialmente .

Ainda que a aplicação da cota feminina na Câmara dos Senadores da Nação tenha demorado até o ano de 2001, quando a eleição dos senadores começou a ser direta, logo deu o impulso que gerou a eficácia referida naquela casa. Houve ocasiões da participação feminina, ainda que esta nunca tenha superado 45% das vagas em ambas Câmaras (de Senadores e de Deputados).

No ano de 1992, criou-se o Conselho Nacional da Mulher, que teve como objeto impulsionar políticas públicas à prevenção, sanção e erradicação a tudo o que diz respeito à violência contra as mulheres. Dois anos depois, em razão da última reforma constitucional, incorporou-se no artigo 75, item 22, da Constituição Argentina (ARGENTINA, 1994), onze tratados internacionais, todos sobre direitos humanos, fazendo-os valer a partir de então como norma de hierarquia constitucional. Dentre eles, estava a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) como derivação dos movimentos feministas da década de 70 do século XX, assinada em 18 de dezembro de 1979 e aprovada na República Argentina pela Lei n. 23.179 (ARGENTINA,1985).

De acordo com a Convenção, há discriminação contra a mulher quando existe uma distinção, exclusão ou restrição, baseada no sexo, que tenha por objeto ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, pela mulher, independentemente de seu estado civil, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil.

Além disso, a Argentina também é signatária da Convenção de Belém do Pará , documento esse ratificado no país vizinho em 4 de setembro de 1996, por meio da Lei n. 24.632 (ARGENTINA, 1996).

Voltando à Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) após o detalhamento de seus antecedentes, é possível afirmar que a mesma acolheu vários dos institutos contidos na Convenção de Belém do Pará. O nome completo da Lei argentina denota semelhança não casual com a referida Convenção sobre proteção abrangente para prevenir, punir e erradicar a violência contra as mulheres em áreas em que desenvolvem seus relacionamentos interpessoais. Exatamente em seu artigo 3º, a Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) faz referência expressa à garantia dos direitos reconhecidos pela Convenção de Belém do Pará, valendo ressaltar que a incorporação da referida Convenção no subitem 22 do artigo 75 da Constituição Nacional da Argentina (ARGENTINA, 1994) encontra-se atualmente sendo tratada no Congresso Argentino, o que lhe dará hierarquia constitucional, em caso de aprovação.

A Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), em seu artigo 4º, define como violência contra as mulheres “toda conduta, ação ou omissão, direta ou indireta, tanto na esfera pública quanto na privada, baseada em uma relação desigual de poder”, de forma a “afetar a vida, liberdade, dignidade, integridade física, psicológica, sexual, econômica ou econômica, bem como sua segurança pessoal” (traduções livres), na definição incluindo-se os atos perpetrados pelo Estado ou por seus agentes.

Na sequência, a Lei reportada trata dos diferentes tipos de violência contra as mulheres, imediatamente seguidos pelas diferentes modalidades, sendo oportuno esclarecer que a violência contra as mulheres segue o rol do artigo 4º, trazendo o artigo 5º uma lista detalhando os diversos tipos. As modalidades, por seu turno, estão contidas no artigo 6º, que as define como a “forma em que os diferentes tipos de violência contra as mulheres se manifestam em diferentes áreas” (tradução livre).

Quanto aos tipos de violência contra a mulher relacionados no artigo 5º, são os seguintes:

1. Violência física: é a investida contra o corpo da mulher que tenda a produzir ou risco de produzir dor ou dano, também considerando-se qualquer outra forma de agressão ou abuso que afete sua integridade corporal;
2. Violência psicológica: é tendência a causar na mulher danos emocionais e diminuição da autoestima ou a prejudicar ou perturbar seu desenvolvimento pessoal completo, em busca de degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, por meio de ameaças, assédio, restrição, humilhação, desonra, crédito, manipulação, isolamento, incluindo também a culpa, vigilância constante, exigência de

submissão à obediência, coerção verbal, perseguição, insulto, indiferença, abandono, ciúme excessivo, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de movimento ou qualquer outro meio que cause danos à sua saúde psicológica e à sua autodeterminação;

3. Violência sexual: qualquer ação que envolva a vulnerabilidade em todas as suas formas, com ou sem acesso genital, do direito das mulheres de decidir voluntariamente sobre sua vida sexual ou reprodutiva, por meio de ameaças, coerção, uso da força ou intimidação, incluindo estupro no casamento ou outros relacionamentos vinculadores ou de parentesco, havendo ou não coexistência, bem como prostituição forçada, exploração, escravidão, assédio, abuso sexual e tráfico de mulheres;

4. Violência econômica e patrimonial: aquela que é direcionada a causar prejuízo nos recursos econômicos ou patrimoniais da mulher, por meio de (a) perturbação da posse, detenção ou propriedade de seus ativos; (b) perda, subtração, destruição ou retenção indevida de objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, ativos, valores e direitos de propriedade; (c) limitação dos recursos econômicos destinados a satisfazer suas necessidades ou a privação dos meios indispensáveis para viver uma vida decente; e (d) limitação ou controle de sua renda, bem como o pagamento de um salário mais baixo pela mesma tarefa, no mesmo local de trabalho; e

5. Violência simbólica: aquela que, por meio de padrões, mensagens, valores, ícones ou signos estereotipados, transmite e reproduz dominação, desigualdade e discriminação nas relações sociais, naturalizando a subordinação das mulheres na sociedade.

Acerca das modalidades de violência contra a mulher, o artigo 6º determina que, para os fins da lei em referência, são elas [as modalidades] entendidas como as formas pelas quais se manifestam os diferentes tipos de violência contra as mulheres em distintas áreas, compreendendo especialmente as seguintes:

a) Violência doméstica contra a mulher: aquela exercida contra a mulher por um membro do grupo familiar, independentemente do local físico da ocorrência, desde que danifique sua dignidade, bem-estar, integridade física, psicológica, sexual, econômica ou patrimonial, sua liberdade, compreendendo a liberdade reprodutiva e seu direito ao pleno desenvolvimento. O grupo familiar integrado pelo agressor é definido como o originado por consanguinidade ou afinidade, pelo casamento, pela união de fato, pelo namoro, incluindo as relações atuais ou pretéritas, não sendo necessária a convivência;

b) Violência institucional: aquela praticada por funcionários públicos, profissionais, pessoal e agentes pertencentes a qualquer órgão, entidade ou instituição pública, que vise atrasar, dificultar ou impedir que as mulheres tenham acesso a políticas públicas e exercer os direitos previstos na própria lei de proteção. Também estão incluídos atos exercidos em meio a partidos políticos, sindicatos, organizações empresariais, esportivas e da sociedade civil;

c) Violência laboral: aquela que discrimina a mulher em áreas públicas ou privadas de trabalho e dificulta o acesso ao emprego, contratação, promoção, estabilidade ou permanência, exigindo requisitos de estado civil, maternidade, idade, aparência física ou realização de teste de gravidez. A violência contra as mulheres no local de trabalho também viola o direito à remuneração igual pela mesma tarefa ou função e, além disso, também inclui assédio psicológico de maneira sistemática sobre uma trabalhadora em particular, a fim de obter sua exclusão trabalho;

d) Violência contra a liberdade reprodutiva: aquela que viola o direito das mulheres de decidir livre e responsabilmente o número de gestações ou o intervalo entre os nascimentos, de acordo com a Lei n. 25.673 (ARGENTINA, 2002), sobre a criação do Programa Nacional de Saúde Sexual e Procriação Responsável;

e) Violência obstétrica: aquela exercida pelo pessoal de saúde no corpo e nos processos reprodutivos das mulheres, expressa em tratamento desumanizado, abuso de medicalização e patologização de processos naturais, de acordo com a Lei n. 25.929 (ARGENTINA, 2004); e

f) Violência midiática: a publicação ou disseminação de mensagens e imagens estereotipadas por meio de qualquer mídia de massa que, direta ou indiretamente, promova a exploração de mulheres ou de suas imagens, fira, difame, discrimine, desonre, humilhe ou ameace a dignidade da mulher, bem como o uso de mulheres, adolescentes e meninas em mensagens e imagens pornográficas, legitimando a desigualdade de tratamento ou construindo padrões socioculturais que reproduzam a desigualdade ou gerem violência contra a mulher.

É preciso esclarecer que a Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), em seu artigo 41, deixa expressamente dito que esta não modifica ou revoga os vigentes tipos penais contidos no Código Penal argentino (ARGENTINA, 1984) e em leis penais especiais.

### **As medidas preventivas urgentes**

Em um caso específico de investigação de violência doméstica e intrafamiliar contra a mulher, o legislador argentino inseriu na Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) uma série de medidas denominadas Medidas Preventivas Urgentes (tradução livre), que estabelecem regras de privacidade para mulheres agredidas, assim como obrigações a serem observadas pelo agressor, de cunho restritivo, funcionando, estas e aquelas, em caráter complementar entre si, tal qual os dois lados de uma mesma moeda.

O artigo 26 refere as providências que podem ser adotadas de ofício ou a pedido da parte, ordenando-se uma ou várias medidas preventivas de acordo com os tipos e modelos de violência contra a mulher, expressos nos artigos 5º e 6º. Em sua alínea “a”, o artigo 26 contempla as medidas previstas para agressões em geral, em qualquer das modalidades, enquanto na alínea “b” prevê específicas, que se somam às primeiras, para casos de violência doméstica.

Como medidas do artigo 26, alínea “a” (para violência em geral contra as mulheres), estão relacionadas as seguintes, a serem adotadas pelo juízo competente: (1) ordenar a proibição de aproximação do presumido agressor ao local de residência, trabalho, estudo, recreação ou ambientes de frequência habitual da mulher vítima deste tipo de violação ; (2) ordenar que o presumido agressor interrompa as ações de perturbação ou intimidação que, direta ou indiretamente, esteja realizando contra a mulher ; (3) ordenar a restituição imediata das prerrogativas pessoais para a parte solicitante, se tiver sido privada de alguma delas; (4) proibir o presumido agressor de comprar e portar armas, e ordenar o a apreensão das armas que estejam em seu poder; (5) prover as medidas tendentes a proteger quem sofre violência, quando requeridas, incluindo assistência médica ou psicológica, através de organismos públicos ou de entidades da sociedade civil com formação especializada na prevenção e atenção à violência contra as mulheres; (6) ordenar medidas que visem a segurança da mulher em seu domicílio ; e (7) ordenar todas as medidas necessárias para garantir a segurança da mulher que sofre violência, fazendo cessar a situação e evitar a repetição de atos de perturbação, intimidação, agressão e maus-tratos do agressor contra ela.

Por sua vez, as medidas da alínea “b” do mesmo artigo 26 (específicas para casos violência doméstica contra mulheres), também a critério do juízo competente, são: (1) proibir o suposto agressor de descartar, destruir, ocultar ou transferir

propriedades da parceria conjugal ou dos bens comuns do casal; (2) ordenar a saída do agressor da residência comum, independentemente de quem seja o proprietário do imóvel; (3) decidir sobre a reintegração ao domicílio da mulher, caso esta tenha dele se retirado, com a prévia saída de casa do presumido agressor; (4) ordenar à força pública que acompanhe a mulher agredida a seu domicílio, para retirar seus pertences pessoais; (5) fixar alimentos provisórios para os filhos, quando houver, conforme as possibilidades do alimentante e segundo as normas que regem a matéria; (6) tratando-se de vítima menor de idade, após sua oitiva, outorgar sua guarda a um membro de seu grupo familiar, consanguíneo ou afim, ou a outro membro da família estendida ou da comunidade; (7) ordenar a suspensão provisória do regime de visitas; (8) ordenar ao presumido agressor que se abstenha de interferir, de qualquer modo, no exercício da guarda, criação e educação dos filhos; (9) determinar o inventário dos bens da sociedade conjugal e dos bens particulares da vítima da violência, sendo que, no caso de uniões de fato, se determinará o inventário dos bens de cada convivente; e (10) autorizar o uso exclusivo, pela mulher agredida, pelo período que julgar conveniente, dos bens móveis que guarnecem a casa.

As medidas elencadas no artigo 26 poderão ser aplicadas cumulativamente, cuja duração dependerá das circunstâncias de cada caso, mas, por decisão fundamentada, devendo ser fixado um prazo máximo de validade para as mesmas (artigo 27). Deferidas as medidas preventivas de urgência ou, se ainda não deferidas, a partir do momento em que tomou conhecimento da denúncia, o juiz marcará audiência, que se realizará no máximo em 48 (quarenta e oito) horas, para a oitiva, em separado, das partes (sob pena de nulidade), reafirmando ou ordenando as medidas que considerar adequadas ao caso. O agressor está obrigado a comparecer à audiência marcada, sob pena de ser a ela ser conduzido pela força pública (artigo 28).

Se a vítima de violência é criança ou adolescente, devem ser consideradas as disposições da Lei 26.061 (ARGENTINA, 2005), sobre a Proteção Integral dos Direitos das Meninas, Crianças e Adolescentes.

Por fim, cumpre ressaltar que, na Argentina, tratando-se de violência contra mulheres, audiências de mediação ou conciliação são proibidas (artigo 9º, alínea "g")

### **Estudo comparativo entre as ordens jurídicas argentina e brasileira**

Realizada a descrição dos elementos relacionados às leis de proteção à mulher na Argentina e no Brasil, passa-se à análise dos principais pontos de semelhança, em que os diplomas se aproximam, e daqueles em que as normas distanciam-se entre si, registrando-se de plano que as leis foram editadas com uma diferença de cerca de três anos, sendo a brasileira datada de 2006 e a argentina de 2009, ambas como respostas normativas à Convenção de Belém do Pará (OEA, 1994), da qual são os dois países signatários.

Compulsando-se a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) e a Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), denota-se importantes pontos de identidade entre elas. Um aspecto preliminar perceptível é que os legisladores brasileiro e argentino fizeram a opção de não tipificar delitos contra a figura feminina nas leis de regência da matéria, mantendo os crimes com tipicidade determinada pelas respectivas leis penais ordinárias, de forma que crimes como o homicídio de gênero contra a mulher (feminicídio), lesões corporais e ameaças, dentre outros tantos, continuam tipificados exclusivamente pelo Código Penal de cada país. Assim, as leis protetivas envolvem apenas substratos de natureza conceitual, para definir espécies e modalidades de violência de gênero contra a mulher, além de fixação de medidas de prevenção/proteção das quais as autoridades podem lançar mão para buscarem coibir as agressões.

Outro ponto de convergência quase que integral diz respeito à identificação dos tipos de violência qualificados como de gênero, neles constando, em ambas as leis, a física, a psicológica, a sexual e a patrimonial, apenas reportando-se uma breve assintonia quanto à quinta espécie constante em cada qual, pois a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) fala também na violência moral, consubstanciada pela ocorrência de crimes contra a honra, enquanto a Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) insere a violência simbólica, traduzida pela utilização de estereótipos que reproduzam ideias de inferioridade da mulher em relação ao homem.

No que diz respeito, contudo, à abrangência de cada lei, a diferença é bastante acentuada, aí residindo, por certo, o ponto de maior distanciamento entre os diplomas. Isso porque o legislador brasileiro optou por limitar a proteção especial da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) aos casos de violência doméstica e familiar, os identificando como os que ocorrem no ambiente físico do lar, ou pautados por relações familiares ou íntimas de afeto, nos termos antes delineados, ao passo em que o legislador argentino, pela



Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), entendeu por bem ampliar os mecanismos de proteção para além das agressões intrafamiliares e domésticas, incluindo no sistema inibitório da violência de gênero também aquela ocorrida no meio laboral, assim como a institucional e, inclusive, a contra a liberdade reprodutiva, a obstétrica e a midiática .

Dentro dessas modalidades, vale, no entanto, ressaltar a possível maior amplitude da noção de violência íntima de afeto contida na lei brasileira, quando comparada com sua correlata inserta dentro da noção geral de violência doméstica, na lei argentina. Isso porque a Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), embora congregue no conceito [de violência doméstica] relacionamentos vigentes ou finalizados, não exigindo necessariamente convivência, os restringe a relações matrimoniais, uniões de fato, casais e namoros, não parecendo contemplar agressões havidas contra a mulher em situações de extraconjugalidade, tal como a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) parece incluir, a exemplo da agressão de um homem casado contra uma amante. Certo que pode ser um ponto polêmico, mas, da leitura da alínea “a” do artigo 6º da lei argentina, ter-se-ia que produzir interpretação extensiva, para albergar em seu contexto protetivo casos de violência ocorrida contra a mulher em relações extraconjugais, o que não ocorre na lei brasileira segundo o inciso III de seu artigo 5º, já que a convivência ali contida não precisa ser legítima e nem pressupõe coabitação.

Merece destaque, também, como diferença, a categorização da violência midiática como modalidade contida na proteção especial. Nesse aspecto, o legislador argentino incorporou na Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) significativo avanço, visando salvaguardar a mulher da difusão, por qualquer mídia, de mensagens e imagens estereotipadas que venham a afetar sua dignidade, legitimar ou reproduzir desigualdade de tratamento, ou lhe acarretar risco de sofrer violência, notadamente quando tais pendores sejam desencadeados pela via da pornografia. No Brasil, embora a Lei n. 12.737 (BRASIL, 2012), conhecida como “Lei Carolina Dieckmann” tenha feito a inserção de dispositivos no Código Penal (BRASIL, 1940), notadamente o artigo 154-A, tipificando condutas invasivas de dispositivo informático alheio para obtenção de segredos pessoais da vítima, o acréscimo normativo não se restringe à vítima mulher (embora esteja ela, por certo, incluída) e não se conecta com qualquer medida protetiva especial, a exemplo do que ocorre na Argentina.

Há também, ainda, outras semelhanças dignas de registro, tais como:

(a) a possibilidade de requisição de relatório de equipe interdisciplinar, como forma de subsidiar as autoridades no encontro da melhor solução, sobretudo em casos de maior complexidade. Tal possibilidade, na Argentina, segundo o artigo 29 da Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) é reservada apenas ao juiz da causa, porém, no Brasil, é deferida ao juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, conforme o artigo 30 da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006);

(b) a criação de bancos de dados, para fins de estatísticas relacionadas à violência de gênero contra a mulher, prevista no artigo 37 e no artigo 38 das leis argentina e brasileira, respectivamente. No caso da Argentina, esse registro compete à CSJN, que deve manter dados sociodemográficos detalhados sobre mulheres agredidas, assim como dados do agressor, tais quais seu vínculo com a vítima, natureza dos fatos, medidas adotadas e seus resultados, assim como as sanções que lhe tenham sido impostas, ficando o acesso aos dados liberados somente através de decisão judicial, mediante a devida justificção. No Brasil, as estatísticas são incluídas nas bases de dados dos órgãos do Sistema de Justiça e do Sistema de Segurança Pública, a fim de alimentar o sistema nacional de dados e informações sobre a criminalidade de gênero contra a mulher, cuja concentração fica ao encargo do Ministério da Justiça; e

(c) tanto o artigo 37 da Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006) quanto o artigo 38 da Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) preveem a possibilidade de atuação de entidades da sociedade civil organizada na questão da violência de gênero contra a mulher. No caso brasileiro, essa atuação pode se dar por associação civil com atuação na área, constituída regularmente há pelo menos um ano, restringindo-se a atuação, contudo, à defesa de interesses e direitos transindividuais. No caso argentino, a entidade poderá ser solicitada ou aceita como *amicus curiae* do juízo, não havendo qualquer restrição a causas que envolvam interesses individuais ou coletivos.

A respeito das medidas preventivas/protetivas, percebe-se bem mais semelhanças do que diferenças. Tratando-se de violência doméstica e familiar, em ambas as legislações estão previstas providências como o afastamento do agressor do lar comum e seu impedimento de aproximação da vítima, bem como com ela ter qualquer espécie de contato, além da proibição de obter autorização para posse e porte de armas, e de frequentar certos lugares que possam gerar risco de encontro e perigo à ofendida. Também são previstas em ambos os sistemas medidas relacionadas à suspensão da guarda e visitas aos filhos, quando isso revelar-se necessário, bem como

a cominação de prestar alimentos provisórios aos dependentes econômicos e, ainda, medidas que visam à proteção do patrimônio do casal e dos bens particulares da mulher.

Importante reafirmar, ademais, que as medidas preventivas/protetivas relacionadas tanto na Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), em seus artigos 22 a 24, quanto na Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), em seu artigo 26, não são taxativas, podendo, em ambos os sistemas, o juiz ordenar outras, não expressamente previstas, que sejam adequadas às particularidades e exigências de cada situação. No Brasil, como já dito anteriormente, isso se denota na expressão “entre outras”, contida no caput do artigo 22 e no caput do artigo 24; dos termos do parágrafo 1º do artigo 22, no sentido de que “as medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor [...]”; e no caput do artigo 23, quando refere “[...] sem prejuízo de outras medidas”. Na Argentina, determinando que o juiz pode “ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia”, além de também autorizar que o juiz as determine “para hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer”, a alínea “a.7” do artigo 26 também consagra a mesma não-taxatividade existente na lei brasileira.

Por fim, salienta-se ainda que, diante da maior abrangência da lei argentina, que contempla outras modalidades de violência de gênero contra a mulher além da doméstica e familiar (laboral, institucional, contra seus direitos reprodutivos, obstétrica e midiática), as medidas preventivas preconizadas pelas alíneas “a.1” a “a.7” do artigo 26 da Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009) são todas aplicáveis também a tais formatações agressivas. Assim, tratando-se de qualquer modalidade de violência de gênero, incluindo-se a doméstica, aplica-se tais medidas de proteção; tratando-se especificamente de violência doméstica, também podem ser impostas, além daquelas, as medidas das alíneas “b.1” a “b.11” do mesmo dispositivo.

Há, por certo, outras semelhanças e diferenças entres as leis objeto da presente comparação, mas as mais relevantes, mais diretamente ligadas à ideia de operacionalidade dos diplomas normativos analisados, são as acima reportadas.

### **Considerações finais**

Como visto, visando combater o grande problema latino-americano da violência doméstica e familiar contra a mulher, Brasil e Argentina conceberam substratos normativos próprios de enfrentamento, adaptando seus sistemas jurídicos, respectivamente, nos anos de 2006 e 2009, aos acordos internacionais sobre o tema, de que são signatários, especialmente à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará) (OEA, 1994).

Na Argentina, a questão foi tratada pela Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), que não a limita apenas ao âmbito do lar e/ou da família, indo além, para incluir outros ambientes de violência contra a figura feminina, quais sejam o institucional, laboral, contra a liberdade reprodutiva, obstétrico e midiático, nesse aspecto tornando-se mais abrangente do que a Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), que se restringiu a cuidar da questão no âmbito doméstico e familiar, exclusivamente.

Quanto à especificação das formas de violência, ambos os sistemas tratam, além das agressões físicas, psicológicas, sexuais e morais, também da violência de cunho patrimonial. Destaca-se, além disso, a inovação argentina de incluir o que chama de violência simbólica, configurada a partir de matizes consagradores de dominação, desigualdade e discriminação da mulher nas relações sociais.

Acerca das medidas de caráter protetivo (Brasil) e preventivo (Argentina), observa-se grande identidade entre os dois países: além de serem bastante próximas em termos de estruturação, são enunciadas de forma apenas exemplificativa nos dispositivos legais que delas tratam em ambas as leis de referência, deixando a cargo do juiz competente a determinação de outras, não expressamente previstas, que se revelarem adequadas ao caso concreto.

Por fim, cumpre ressaltar que o problema, dados os contornos históricos, culturais, ideológicos e sociais que envolvem a questão, há que demandar a colaboração de outras frentes e de ações mais abrangentes para, quanto aos alarmantes indicadores verificados em tempos atuais, ser superado, não parecendo ser o trato exclusivamente jurídico suficiente para a redução das estatísticas da violência de gênero contra a mulher, sobretudo de cunho doméstico e/ou familiar. De qualquer forma, não há dúvidas, o avanço trazido no Brasil, pela Lei n. 11.340 (BRASIL, 2006), e na Argentina, pela Lei n. 26.485 (ARGENTINA, 2009), constituíram importantes passos para, quiçá um dia, se conseguir trazer os índices a patamares

significativamente menores, consentâneos com os valores ínsitos à dignidade humana da figura feminina.

## Referências

ARGENTINA. **Constituição da Nação Argentina**. 1994. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>> Acesso em: 19 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Penal: Lei n. 11.179, restaurada pela Lei n. 23.077, de 27 de agosto de 1984**. Disponível em <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#2>> Acesso em: 20 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 24.012, de 29 de novembro de 1991**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/411/norma.htm>> Acesso em: 19 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 24.632, de 1 de abril de 1996**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=36208>> Acesso em: 20 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 25.673, de 21 de novembro de 2002**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/75000-79999/79831/norma.htm>> Acesso em: 20 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 25.929, de 17 de setembro de 2004**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/95000-99999/98805/norma.htm>> Acesso em: 20 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 26.061, de 21 de outubro de 2005**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>> Acesso em: 20 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 26.485, de 1 de abril de 2009**. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/150000-154999/152155/norma.htm>> Acesso em: 20 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **OVD [Oficina de Violência Doméstica, criada no ano 2006, pela Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina para dar cumprimento à estabelecido no art. 37 da Lei. 26.485]**. Buenos Aires: 2019. Disponível em: <<http://www.ovd.gov.ar/ovd/>> Acesso em: 20 Set. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 13 Set. 2019.

\_\_\_\_\_. **Código Penal. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em: 14 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Código de Processo Penal. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 17 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1973.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm)> Acesso em: 15 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 [Lei Maria da Penha].** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)> Acesso em: 13 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm)> Acesso em: 14 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm)> Acesso em: 14 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Lei n. 13.104, de 9 de março 2015.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm)> Acesso em: 14 Set. 2019.

\_\_\_\_ **Lei n. 13.827, de 13 de maio de 2019.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm)> Acesso em: 16 Set. 2019.

LA CASA DEL ENCUENTRO. [Organização fundada em 4 de outubro de 2004] **Presentación del informe de feminicidios en Argentina: 1 de enero a 31 de diciembre de 2018. Buenos Aires: 2019.** Disponível em: <<http://www.lacasadelencontro.org>> Acesso em: 27 de set. 2019.

OBSERVE. **Observatório Lei Maria da Penha. Lei Maria da Penha.** [s.l., s.d.] Disponível em <[http://www.observe.ufba.br/lei\\_mariadapenha](http://www.observe.ufba.br/lei_mariadapenha)> Acesso em: 13 Set. 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher ["Convenção de Belém do Pará"]**, celebrada em 6 de setembro de 1994. Disponível em <[http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao\\_belem\\_do\\_para.pdf](http://www.unfpa.org.br/Arquivos/convencao_belem_do_para.pdf)> Acesso em: 13 Set. 2019.

## CAPÍTULO II

### A AUTONOMIA DA VONTADE DO DOADOR DE ÓRGÃOS *POST MORTEM* NO BRASIL

**Juliana Cachoeira Galvane<sup>1</sup>**  
**Andiara Pickler Cunha<sup>2</sup>**  
**Joélia Walter Sizenando Balthazar<sup>3</sup>**  
**Ana Paula Bazo<sup>4</sup>**

**Resumo:** Com o avanço da ciência, o transplante de órgãos e tecidos tornou-se uma possibilidade real da medicina, sendo uma alternativa que viabiliza o salvamento de vidas, além do seu prolongamento, e auxilia na manutenção da qualidade de vida humana. Esse estudo objetivou analisar o respeito à vontade do indivíduo que, em vida, manifestou desejo de deixar seus órgãos e tecidos para doação *post mortem*. Para viabilizar a pesquisa, utilizou-se o método indutivo, a pesquisa pura quanto à natureza, exploratória em relação ao objetivo e bibliográfica no que tange aos procedimentos técnicos. Aprofundou-se, assim, na revisão legislativa e de literatura, buscando significados, motivos, julgamento de valores e contradições em entendimentos normativos sobre o tema. Constatou-se com a pesquisa que, na atual Lei de Transplantes, os direitos da personalidade e o princípio da autonomia da vontade não são, em sua essência, respeitados. Há uma prevalência geral da vontade da família do doador, inclusive quando as vontades do mesmo e da família vão de encontro, desrespeitando a decisão quanto à disposição do próprio corpo.

**Palavras-chave:** Doação de órgãos. Autonomia da vontade da pessoa. Disposição do próprio corpo. Direito à liberdade. Biodireito.

## Introdução

A manutenção da saúde e o bem estar físico do ser humano sempre foi preocupação primordial da sociedade. Trata-se de real prioridade, que independe de lugar e tempo, pois diz respeito ao nosso bem mais precioso – a vida. Com a evolução da ciência da saúde, foi-se cada vez mais aperfeiçoando técnicas para tratar e curar doenças, encontrando-se soluções inclusive para moléstias que eram consideradas fatais. Quando a doença atinge um órgão humano vital fazendo-o perder sua função, a possibilidade que se encontrou e viabilizou foi a do transplante de órgãos.

Entretanto, não só do ponto de vista médico e biológico a prática da doação e transplante de órgãos gera problemáticas, desafios e incertezas. É claro que tal prática traz reflexos no campo jurídico, no que diz respeito aos direitos da personalidade, disposição do próprio corpo, autonomia de vontade e bioética.

O problema apontado na presente pesquisa é: *o sistema de doação de órgãos no Brasil respeita a vontade daquele que pretende ser doador de órgãos post mortem?* Nesse diapasão, o objetivo principal do trabalho é fazer uma análise geral do sistema de doação de órgãos brasileiro, e analisar a efetivação da vontade da pessoa que manifestou seu desejo de ser doadora de órgãos *post mortem*.

Por conseguinte, os objetivos específicos são: apresentar a atual sistemática da doação de órgãos no Brasil, descrever as formas pelas quais é possível manifestar a vontade de ser doador de órgãos, comparar o sistema de doação de órgãos do Brasil com o sistema vigente na Espanha e na França, discutir a autonomia da vontade da pessoa que se declara doadora de órgãos e discutir a possível inconstitucionalidade da necessidade de outorga familiar para ser realizada a doação de órgãos *post mortem*.

O tema se justifica pela necessidade de combater normas, leis e entendimentos que inviabilizem a efetivação da autonomia da vontade da pessoa doadora, desrespeitando direitos fundamentais inerentes a todo ser humano. É preciso buscar a consideração e o respeito em relação ao direito sobre o próprio corpo, ainda mais daquele que pretende realizar ato de puro altruísmo, doando parte de si para aquele que necessita a fim de continuar vivendo.



## Procedimentos Metodológicos

Para a resolução do trabalho científico, necessário se faz o uso de métodos que proporcionem a obtenção dos resultados pretendidos, razão pela qual se utiliza procedimentos tidos como lógicos que devem ser utilizados no processo (GIL, 2008).

Em relação à classificação, principalmente no que diz respeito a sua natureza, a presente pesquisa caracteriza-se como pura, porquanto busca contribuir para o crescimento científico. Conforme Oliveira Netto, a pesquisa pura:

É aquela que procura o progresso científico, a ampliação de conhecimentos teóricos, sem a preocupação de utilizá-los na prática. É a pesquisa formal tendo em vista generalizações, princípios, leis. Tem por meta o conhecimento pelo conhecimento. (OLIVEIRA NETTO, 2008, p. 40)

Ainda, utilizou-se o método de pesquisa exploratória, que é aquele que tem como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos e ideias, tendo em vista a formulação de problemas mais precisos ou hipóteses pesquisáveis para estudos posteriores. Habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso. (GIL, 2008)

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 operacionalizáveis. (GIL, 2008, p. 27)

No mais, como técnica de pesquisa à obtenção dos conteúdos, utilizou-se a bibliográfica, já que, conforme afirma Medeiros (2014, p. 36), a “pesquisa bibliográfica significa o levantamento da bibliografia referente ao assunto que se deseja estudar”. Dessa forma, a presente pesquisa foi realizada em doutrinas, artigos, *sites*, dentre outros, que se referem ao tema.

Ainda, utilizou-se a pesquisa documental, a fim de fazer uma busca normativa (leis, enunciados, resoluções, etc) dentro do assunto proposto. Assim, sobre a pesquisa documental, tem-se:

Essas fontes documentais são capazes de proporcionar ao pesquisador dado em quantidade e qualidade suficiente para evitar a perda de tempo e o constrangimento que caracterizam muitas das pesquisas em que os dados são obtidos diretamente das pessoas. Sem contar que em muitos casos só se torna possível realizar uma investigação social por meio de documentos (GIL, 2010).

## A Sistemática da doação de órgãos no Brasil

## Algumas definições iniciais

Tendo em vista que o presente trabalho acadêmico tem como assunto central a doação de órgãos *post mortem*, necessário se faz trazer a colocação algumas definições pertinentes ao tema.

Doação de órgãos *post mortem* é uma das modalidades de transplante de órgãos, sendo sua característica principal o fato de o doador já se encontrar morto. Assim, segundo Leite (2000, p. 282), “o receptor (sujeito passivo) do transplante é um ser vivo que necessita de um órgão ou tecido proveniente de um cadáver, que figurará como doador (sujeito ativo)”.

Nesse diapasão, o termo “transplante” diz respeito à amputação ou ablação de órgãos, com função própria, de um organismo para instalar-se em outro, a fim de exercer neste as mesmas funções que no anterior. Também são chamados enxertos vitais ou, simplesmente, transplantes. (CHAVES, 1994)

Segundo o artigo 3º da Lei 9.434/97, o “doador”, mais precisamente para os fins desse artigo, o “doador *post mortem*”, é a pessoa que teve a morte cerebral constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL, 1997)

De acordo com a lei anteriormente citada, o “receptor”, por lógica, é aquela pessoa que irá, de forma consentida (art. 10 da Lei nº 9.434/97) receber o órgão doado, tendo dessa forma a oportunidade de melhorar suas condições de saúde ou até mesmo salvar sua vida.

Vistas essas definições iniciais, passamos a analisar o procedimento em si pelo qual se realiza a doação de órgãos *post mortem*, entendendo suas principais etapas e seu trâmite legal.

## Procedimentos gerais e respaldo normativo

No Brasil, a prática dos transplantes integrou inclusive a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 199, §4º, sendo a sua redação:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão

de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Conforme trazido pelo citado artigo, fica a encargo da lei regulamentar as questões que dizem respeito a prática dos transplantes. Tal disposição concretizou-se através da Lei nº 9.434/97, conhecida nominalmente como Lei dos Transplantes.

O assunto da disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante está elencado no Capítulo II da citada lei, entre os artigos 3º e 8º.

O artigo 3º (conforme já citado anteriormente) traz que a retirada *post mortem* dos tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Segundo o site do Governo Federal, a morte encefálica é um quadro irreversível, no qual é diagnosticada a parada total das funções cerebrais. No geral, isso ocorre após traumatismos cranianos ou acidentes vasculares. Apesar da falência do cérebro, o coração continua batendo e a irrigação sanguínea mantém os órgãos viáveis para a doação. (GOVERNO DO BRASIL, 2017)

Os três parágrafos contidos no artigo 3º detalham questões procedimentais do ato cirúrgico:

§ 1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica.

O artigo 4º, sendo o de maior relevância no presente estudo e objeto direto da análise principal deste, será detalhadamente exposto e discutido em seção própria, no tópico 3, “Da Autonomia da Vontade do Doador de Órgãos *Post Mortem*”.

Segundo o artigo 5º, quando a remoção for feita do corpo de pessoa juridicamente incapaz, poderá ser feita diante da permissão expressa de ambos pais ou responsáveis legais.

O artigo 6º proíbe a remoção *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoas não identificadas. Com isso, procura-se evitar que, em se permitindo a retirada, se ocultasse a identificação de alguém, vilipendiando-se seu corpo, ou que se evitasse esforço para descobrir a identidade da pessoa encontrada em algum lugar, para se aproveitar seus tecidos, órgãos ou partes (NAMBA, 2015).

O parágrafo único do artigo 7º (que teve seu *caput* vetado) trata dos casos de morte sem assistência médica, de óbitos em decorrência de causa mal definida ou de outras situações nas quais houver indicação de verificação de causa médica da morte. Nesses casos, somente poderá ser realizada após a autorização do patologista do serviço de verificação de óbito responsável pela investigação e citada em relatório de necropsia.

Finalizando o processo, a disposição do artigo 8º contempla os procedimentos para após a retirada dos órgãos, tecidos e partes do doador. Se ocorrer o caso do parágrafo único do artigo 7º, o cadáver deverá ser imediatamente necropsiado. Em qualquer caso, deverá ser condignamente recomposto para ser entregue, em seguida, os seus parentes ou responsáveis legais para sepultamento.

Ainda, tem-se o Regulamento nº 9.175/17, o qual regulamenta da Lei nº 9.434/97.

O citado regulamento preocupa-se principalmente em estabelecer o SNT (Sistema Nacional de Transplantes) e as CETs (Centrais Estaduais de Transplantes), além de frisar entendimentos já trazidos pela própria lei que regulamenta.

Assim, tendo-se uma visão geral da legislação pertinente ao assunto, passa-se a análise da manifestação de vontade do paciente que quer ser doador de órgãos pós-morte.

### ***Maneiras pelas quais a pessoa pode manifestar o desejo de ser doador***

A doação de órgãos é, em tese, e pela própria conotação semântica, ato voluntário. Assim, será idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito da disposição de seus órgãos e tecidos após a morte. Tratando-se de disposição não patrimonial, a doação de órgãos após a morte poderá ser inserida pelo doador em testamento, como traz Silvio Venosa (2011). Traz ainda que, perante o sistema atual, deve-se concluir que, enquanto não regulamentada diferentemente a disposição, será idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito da disposição de seus órgãos e tecidos após a sua morte.

Maria Helena Diniz comenta que é nítida a consagração do princípio do consenso afirmativo, pelo qual cada um deve manifestar sua vontade de doar seus órgãos e tecidos para depois da morte com objetivo científico, podendo a qualquer momento revogar essa disposição (MALUF, 2013).

Dito isso, passamos a analisar algumas formas idôneas pelas quais se pode manifestar a vontade de doar os órgãos após a morte.

#### *As diretivas antecipadas da vontade*

As diretivas antecipadas da vontade são reguladas pela Resolução nº 1.995/2012 do CFM (Conselho Federal de Medicina)

Em seu artigo 1º, o Regulamento define as diretivas antecipadas da vontade como “conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Interessante destacar que, segundo o §3º do artigo 2º, as diretivas antecipadas de vontade que o paciente manifestar deverão prevalecer sobre os desejos de seus familiares.

Inicialmente, é importante destacar que há diferenças entre a diretiva antecipada de vontade e o testamento vital. “Diretiva antecipada de vontade” constitui gênero, e dentro dele há as espécies, como o testamento vital (ou “declaração prévia de vontade para o fim da vida”), mandato duradouro, entre outros (MABTUM; MARCHETTO, 2015).

Ensina Rizzardo (2008, p. 228) que, “pelo testamento, há a faculdade de estender a vontade do ser humano para depois de sua morte, através de um ato de vontade.”

O problema que surge quanto à prática das diretivas, é que trata-se de prática extremamente nova, e com parca regulamentação jurídica. Entretanto, argumenta-se que “não existe norma no sentido de impedi-lo, ao oposto, o testamento vital é amparado até mesmo pela Constituição Federal, já que segue os princípios do direito à vida e dignidade da pessoa humana.” (DOBARRO, 2016).

Sobre o assunto, explanam Lima, Rocha e Lippman (2016): “O testamento vital também pode abranger questões relativas a disposição do próprio corpo, como o desejo de ser doador – ou não – de órgãos”.

Na mesma linha, expõem Salomão e Jacob (2016) que: “testamento vital tem eficácia para durante a vida, ou em alguns casos especiais, para depois da morte como na hipótese de doação de órgãos e destinação do corpo”.

Portanto, resta claro que as diretivas antecipadas de vontade (através de seus instrumentos, como o testamento vital) constituem instrumento válido para a manifestação, em vida, quanto a vontade de ser doador de órgãos *post mortem*.

#### *Através do Facebook*

Além dos métodos mais tradicionais explorados até então, tem-se que a tecnologia vem em favor do ser humano a fim de facilitar a sua vida, tornando-a mais dinâmica. Sabe-se que, na sociedade atual, o uso das redes sociais e da internet ganha cada vez mais espaço, sendo uma ferramenta através da qual o ser humano pode se comunicar, expressar e manifestar sua opinião.

A plataforma do *Facebook* conta com a opção de manifestar-se como doador de órgãos na Linha do Tempo desde julho de 2012, permitindo que usuários da rede social deixem registrado seu desejo de ser um doador.

Assim, aquele que estiver interessado em deixar registrado na rede social a sua vontade de ser doador, precisa apenas entrar em sua própria linha do tempo, selecionar “acontecimento”, depois “saúde e boa forma” e, por fim, a opção “doador de órgãos” (FACEBOOK, 2018)

#### *Projeto “Doar é Legal”*

Além dos citados meios, existe uma espécie de certidão que, embora não tenha validade jurídica, atesta a vontade do emissor de ser doador de órgãos, tecidos e células.

O programa é coordenado nacionalmente pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e executado pelo TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Para obter o documento, basta preencher um formulário virtual e, após a confirmação, a certidão poderá ser impressa (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018)

### **A Sistemática da doação de órgãos em outros países**

É sabido que cada país possui suas próprias normas, baseadas em seus costumes, cultura, história e cenário político, o que torna o ordenamento jurídico de cada um verdadeiramente único.

Diante das diferenças normativas e de costume (muitas vezes gigantescas entre país X e Y), interessante se faz pesquisar essa heterogeneidade dentro do tema atualmente proposto.

No que tange à vontade do indivíduo quanto à doação de órgãos *post mortem*, ensina Maria Helena Diniz que quatro podem ser os modelos de sistema de doação de órgãos nos diversos ordenamentos jurídicos no mundo.

O primeiro deles é chamado *opting in system* ou “do consentimento”, e ocorre quando há anuência expressa do doador ou de sua família. Pelo princípio do consenso afirmativo, cada um deve manifestar a vontade de doar ou não seus tecidos e órgãos para fins terapêuticos ou de transplante. É adotado no Brasil, Estados Unidos, Canadá, dentre outros.

O segundo é o “da informação”, seguido na Itália, através do qual não havendo manifestações do doador, com seu óbito faz-se uma comunicação à família sobre a intenção de lhe retirarem os órgãos e tecidos para fins de doação.

O da “declaração obrigatória” deixa nas mãos do legislador a disciplina do eventual significado do silêncio.

Por fim, o da oposição ou dissentimento (ou *opting out system*), ou do consentimento presumido (*presumed consent*), utilizado na Áustria, Dinamarca, França, etc, concede ao doador o direito de se opor à retirada *post mortem* de seus órgãos e tecidos (DINIZ, 2014).

Sabendo quais são os quatro sistemas básicos que se relacionam com a vontade do doador de órgãos *post mortem*, passa-se a uma breve análise do sistema vigente em dois países – Espanha e França.

### ***A autonomia da vontade do doador de órgãos post mortem no sistema de doação de órgãos vigente na França***

Na França, o assunto da doação de órgãos é tratado pelo “Code de la Santé Publique” (*Código da Saúde Pública*), no Título III (Organes, “órgãos”), em seu Capítulo II: “Prélèvement sur une personne décédée” (*Retirada de órgãos da pessoa morta*), entre os artigos L1232-1 e L1232-6. Recentemente, o código foi modificado pela Lei nº 2016-41, a qual, dentre outros temas, tratou também dos direitos dos pacientes.

Analisando o citado Código, constata-se que na França segue-se o princípio do *opting out system*, no qual, como já visto anteriormente, o indivíduo deve manifestar sua vontade de *não* ser doador de órgãos, e todos que não o fizerem, serão presumidamente doadores. Segundo o artigo L1232-1:

“Le médecin informe les proches du défunt, préalablement au prélèvement envisagé, de sa nature et de sa finalité, conformément aux bonnes pratiques arrêtées par le ministre chargé de la santé sur proposition de l'Agence de la biomédecine.” (*O médico informa aos parentes do defunto, anteriormente à retirada planejada, da sua natureza e da sua finalidade, conforme as boas práticas estabelecidas pelo Ministro da Saúde, sob proposta da Agência de Biomedicina*).

Destaca-se que os médicos apenas “informam” aos parentes do morto sobre os procedimentos a serem seguidos, sem que estes opinem ou decidam sobre as providências a serem tomadas.

Extrai-se ainda do Código:

“Ce prélèvement peut être pratiqué sur une personne majeure dès lors qu'elle n'a pas fait connaître, de son vivant, son refus d'un tel prélèvement, principalement par l'inscription sur un registre national automatisé prévu à cet effet. Ce refus est révocable à tout moment.” (*Esta imposição pode ser aplicada à pessoa maior de idade que não tenha dado a conhecer, durante a sua vida, a sua recusa de tal imposição, principalmente através do assentamento em um registro nacional automatizado fornecido para este fim. Esta recusa é revogável a qualquer momento*)



Assim, vê-se que será imposta a retirada dos órgãos para doação *post mortem* da pessoa que, maior de idade e, em vida, não registrou a recusa de se submeter a tal processo. Em caso de ter sido feito o registro recusando-se a tal procedimento, é direito do indivíduo revoga-lo a qualquer tempo, caso desejar.

Em matéria publicada no jornal France-Soir, explica-se que a principal maneira de recusar-se quanto à retirada de órgãos e tecidos após a morte é realizar o registro nacional francês de *opt-out* para doação de órgãos. Para simplificar a manifestação dessa vontade, agora já é possível registrar-se *online* pelo site *registrenationaldesrefus.fr*. Outra alternativa é deixar, com um parente ou amigo, um documento por escrito de *opt-out*, datado e assinado. Ainda, é possível comunicar a decisão oralmente para o descendente, o qual terá que confirmar a decisão formalmente com a equipe médica (VALLAT, 2018).

### ***A autonomia da vontade do doador de órgãos post mortem no sistema de doação de órgãos vigente na Espanha***

A Espanha possui um histórico de sucesso quando o assunto é doação e transplante de órgãos. O país conta com um órgão especializado em transplantes (ONT – Organización Nacional de Trasplantes), e, segundo o Ministério da Saúde, Serviços Sociais e Igualdade da Espanha, em 2016 alcançou-se o número de 43,4 doadores por um milhão de pessoas, realizando-se 4.818 transplantes naquele ano. (SARCINELLI, OBREGON, *online*)

No país, o assunto é disciplinado pela Lei 30/1979 e pelo Real Decreto 2070 de 1999, ambos em vigor até a presente data. A questão do consentimento de retirada de órgãos *post mortem* encontra-se no artigo 5.2 da citada lei:

“La extracción de órganos u otras piezas anatómicas de fallecidos podrá realizarse con fines terapéuticos o científicos, en el caso de que éstos no hubieran dejado constancia expresa de su oposición.” (*A extração de órgãos ou outras partes anatómicas dos falecidos poderá ser realizada para fins terapêuticos ou científicos, caso eles não tenham deixado um registro expreso de sua oposição*).

A literalidade da lei, portanto, abraça o *opting out system*, igualmente a como passou a ocorrer na França com a recente promulgação de nova lei sobre o assunto em 2016, conforme visto no tópico anterior.

Entretanto, na prática, é dada atenção e suporte à família do potencial doador, e a própria ONT definiu que a família deve, no mínimo, não se opor à extração dos órgãos (SARCINELLI, OBREGON, *online*).

Nesse sentido, extrai-se de matéria publicada no Jornal do Estado de Minas:

“É preciso ter bastante empatia, delicadeza, respeito”, explica Belén Estébanez, coordenadora de transplantes no Hospital de La Paz.

“Se eles têm dúvidas, lhes perguntamos como a pessoa era, se era generosa, se compartilhava suas coisas. E a partir daí os levamos a pensar um pouco sobre a doação”, acrescenta Damiana Gurría, outra coordenadora, que assegura que há uma sensibilidade crescente sobre o tema.” (AFP, 2017)

Assim, com a presunção de doação, somada ao respeito e suporte à família do potencial doador, uma rede de saúde eficiente para procedimentos de extração e transplante de órgãos, bem como a conscientização da população acerca do tema, a Espanha é referência mundial no assunto.

### **A autonomia da vontade do doador de órgãos *post mortem***

Antes de mais nada, indispensável trazer à baila o artigo 4º da Lei de Transplantes (BRASIL, 1997):

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Assim, segundo a lei, seria imprescindível a autorização expressa da família do doador, inclusive através de documento subscrito por duas testemunhas, para que seja realizada a remoção e doação de órgãos do paciente.

Ocorre que, nem sempre a lei seguiu esse entendimento. Inicialmente, essa era a redação do artigo 4º da Lei de Transplantes:

Salvo manifestação de vontade em contrário, nos termos desta Lei, presume-se autorizada a doação de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para finalidade de transplantes ou terapêutica *post mortem*.

Como visto, a redação se assemelha bastante a atual legislação francesa e espanhola, seguindo os moldes do *opting out system*.

Em relação a essa antiga redação, Maria Helena Diniz levanta o questionamento:

“Outrora, a Lei 9.434/97 [...] consagrou o princípio do consentimento presumido, transformando todos os brasileiros maiores e capazes em doadores presumidos. Com isso não estaria afrontando o direito de autodeterminação, a privacidade e a dignidade da pessoa humana? Não seria uma violência a sua liberdade de decisão? Pareceu-nos que não, pois aquele que não quisesse doar seus órgãos e tecidos devia, segundo os arts. 4º, §§1º e 3º da Lei n. 9.434/97 e 14, §§1º, 6º e 7º do Decreto n. 2.268/97, comparecer a uma repartição oficial de identificação civil, departamento de trânsito ou órgão de classe para gravar em sua carteira de identidade civil, carteira nacional de habilitação ou carteira profissional a expressão “não doador de órgãos e tecidos” (DINIZ, 2014, p. 432)

A antiga redação da lei, com um posicionamento adotando o *opting out system* certamente causa controvérsias, e com razão.

Estaria o *opting out system* presumindo uma renúncia geral, através do silêncio da população, à titularidade dos tecidos e órgãos? Como poderia haver renúncia, através de silêncio, de um direito da personalidade? Se o direito da personalidade ao corpo vivo ou morto apenas poderia ser disponível com a manifestação expressa da vontade de seu titular, como poderia um Estado Democrático ter criado uma vontade presumida de doação de órgãos? Estaria, nesse caso, prevalecendo o interesse social e coletivo, visto que o cadáver seria uma *res communitatis*, e o Estado poderia assim impor a doação de órgãos e tecidos? (DINIZ, 2014)

Muitos são os pontos favoráveis ao *opting out system*, embora ele certamente tenha seus pontos negativos e seja alvo de críticas.

Diante das controvérsias, com a Medida Provisória nº 2.083-32 de 2001, a redação passou a ser a seguinte:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas, para transplante ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização de qualquer um de seus parentes maiores, na linha reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, ou do cônjuge, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Finalmente, extrai-se da atual redação do artigo em tela, com redação dada pela Lei nº 10.211/2001:

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

Nesse sentido, impossível negar que a vontade do paciente que pretende doar seus órgãos não é respeitada, e sequer levada formalmente em conta.

Suponha-se a situação na qual a pessoa tenha manifestado seu desejo de ser doadora de órgãos pós-morte, seja através de algum documento, disposição de última vontade ou até mesmo pelo *Facebook*. Embora a família reconheça e entenda que aquela seja a vontade de seu cônjuge, filho ou parente, poderá simplesmente optar pela não doação, injustificadamente, caindo por terra a manifestação de desejo do doador.

Imagina-se situação diversa, na qual a família tem conhecimento de que o paciente não deseja doar seus órgãos quando vier a falecer, seja por convicções religiosas, filosóficas ou quaisquer outras. Mesmo assim, a família terá o direito de optar pela doação de órgãos *post mortem* dessa pessoa, indo assim em desencontro a sua vontade manifestada em vida.

Nesse ínterim, a determinação da família como tomadora de decisões no âmbito das doações geram alguns óbices no fomento à doação. Essencialmente esses óbices estão atrelados a ideologias religiosas e falta de conhecimento quanto o processo de transplante. Nesse sentido, em âmbito familiar, as diretivas poderão então se apresentar como medida que apazigua as dores dos familiares, já que não serão necessárias as tomadas de decisões, que poderiam acarretar em conflitos e sofrimento, já que a vontade do requerente já estará expressa e gerando efeitos. (GOIATÁ, 2014)

Portanto, diante de todo esse contexto, tem-se que o processo de doação de órgãos é permeado por conflitos éticos e morais, relacionados à cultura, religiosidade, dilemas vivenciados pelos profissionais da área da saúde na tomada de decisões, pela finitude da vida e a validação do processo de doação de órgãos junto à família do potencial doador (NETO, 2016).

Na opinião de Marinho (2011), a atual redação do artigo 4º da Lei n. 9.434/1997 “[...] alija o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos e acaba por privá-lo de completa autodeterminação”, e portanto defende que é necessário haver um documento legal, escrito, que possibilite o potencial doador de se manifestar, de forma livre e circunstanciada, a sua vontade no sentido de ser doador de órgãos ou não.

De outra banda, na opinião de Thais Gomes:

Deve-se perceber que tal mudança no quadro jurídico, onde antes presumia-se que todos eram doadores caso não houvesse

manifestação contrária, para o quadro em que hoje nos encontramos, onde a família deve autorizar a retirada dos órgãos, deve-se à evolução da bioética e do biodireito, onde tal mudança ocorre para garantir o cumprimento de seus princípios, nesse caso em questão, o consentimento da família veio para garantir principalmente o princípio da autonomia, onde o profissional deverá respeitar a vontade do paciente e de seus representantes (GOMES, 2015)

Mas nem tudo é desfavorável à vontade do doador de órgãos *post mortem*. O Enunciado 277 de 2006 do Conselho de Justiça Federal determina o seguinte, em sua redação (CNJ, 2006):

O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador.

Ou seja – de acordo com seu entendimento, a manifestação expressa do doador de órgãos deve prevalecer sobre a vontade da família. A vontade da família, por tanto, apenas seria levada em conta diante do silêncio do potencial doador.

O Enunciado é de enorme relevância na busca pelo respeito e autonomia da vontade do doador de órgãos *post mortem*. Entretanto, por mais favorável que seja o teor em si, vê-se que ele é incompleto e insuficiente, tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista normativo.

Pergunta-se - esse entendimento trazido pelo Enunciado seria válido também para o caso de negativa do potencial doador, que expressamente declarou *não* querer ser doador de órgãos? Nesse caso, prevaleceria sua vontade negativa ou a vontade da família em doar os órgãos?

Ainda, o que seria considerado “manifestação expressa”? A simples postagem no *facebook* seria válida como tal? O testamento vital seria a forma mais correta e segura? Far-se-ia constar a informação em algum documento do potencial doador?

No mais, a força jurídica de um Enunciado do Conselho de Justiça Federal é questionável, ainda mais quando esse parece ir de encontro a uma Lei Ordinária que trata expressamente do assunto debatido.

Assim, em síntese, tem-se que a Lei de Transplantes dita expressamente que é necessária a outorga familiar para a retirada de órgãos e tecidos *post mortem*. Embora o Código Civil e o Enunciado 277 do CJF presem pela vontade da pessoa de ser

doadora ou não, percebe-se que na prática existe lei específica que bloqueia a disposição do próprio corpo nesse sentido, gerando óbice para o exercício integral desse direito.

## **A inconstitucionalidade da necessidade de outorga familiar para doação de órgãos**

### ***Direito fundamental à liberdade***

Existem as mais diversas colocações quanto a expressão “liberdade”. No contexto atual, ela pode ser entendida inclusive como oposição ao autoritarismo do Estado, ou a ausência de coação. De qualquer forma, o que se pode afirmar é que o direito à liberdade em si tem como primazia a proteção e limites a essa liberdade. (RUIZ, 2006)

Assim, o ser humano é fundamentalmente livre, devendo agir dentro dos ditames e limites impostos pela lei e pela sociedade, e a delimitação correta dessa limitação deve respeitar justamente aquilo que o indivíduo tem como certo para si, desde que suas decisões e escolhas não gerem dano para si ou para outros indivíduos.

Complementa-se com os ensinamentos de Regina Maria Macedo Nery Ferrari:

O direito de liberdade, como assento constitucional, só pode ser limitado a partir de disposição expressa na própria Constituição ou, ainda, a partir de previsão legal promulgada nos moldes por ela autorizados. [...] Como dever de abstenção, o Estado não pode afetar a liberdade individual, quer material, quer juridicamente, o que, segundo Canotilho, significa dizer que a liberdade tem, como traço típico, a possibilidade de escolha, a alternativa de um comportamento [...]. Quando se trata de liberdade, se quer referir à possibilidade jurídica de as pessoas serem donas de suas próprias vontades. Considerada como princípio fundamental da ordem democrática, é, portanto, a liberdade garantida jurídico-constitucionalmente. (FERRARI, 2011, p. 585)

Importante destacar que, para verificar a validade do ato realizado pelo indivíduo, é saber se o exercício da liberdade de escolha está sendo autêntico. Se for, o máximo que o Estado pode fazer é desenvolver mecanismos para que o indivíduo tenha perfeita consciência da escolha de seu ato, se interferir na sua escolha, sobretudo quando a decisão não atingir a dignidade de outras pessoas (MARMELSTEIN, 2008).

Nesse sentido, tem-se que a doação de órgãos *post mortem* constitui, em si própria, um ato não apenas de liberdade individual, mas de extenso altruísmo. É um ato de liberdade individual que não prejudica a dignidade de outros indivíduos, mas pelo contrário – surge exclusivamente da vontade de beneficiar o próximo, provendo-lhe com aquilo que ele mais necessita no momento e que não se pode obter por nenhum outro meio se não a doação de órgãos

### **Direito de disposição do próprio corpo**

A disposição do próprio corpo é assunto tratado no Capítulo II do Código Civil, “Dos Direitos da Personalidade”, mais precisamente nos artigos 13 e 14.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Na visão moderna, o direito ao corpo humano representa um direito da personalidade, onde a preservação de sua higidez encontra-se diretamente ligada ao direito à vida, à saúde, à morte e à dignidade psicofísica. Pertence, assim, à esfera dos direitos privados da personalidade os direitos ao corpo vivo – em sua dimensão integral – e morto, quando o cadáver deixa de ser pessoa, e torna-se uma coisa submetida à ordem jurídica, embora não lhe seja permitido adentrar ao universo dos direitos patrimoniais, sendo classificada como bem *extra commercium* (MALUF, 2013).

Segundo Guilherme Peña de Moraes, dentro do direito à integridade física, há o direito às partes separadas do corpo.

O direito às partes separadas do corpo é pertinente à integridade física dos órgãos, asseverado pela possibilidade de coleta, processamento e transfusão de sangue, componentes e derivados, com o desiderato de terapia ou pesquisa, e de remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas, com o desígnio de transplante e tratamento (MORAES, 2016, p. 599-600)

De acordo com Diniz (2014), o direito às partes separadas do corpo vivo ou morto integra a personalidade humana, sendo assim bens (*res*) da personalidade *extra commercium*, não podendo ser cedidas a título oneroso.

No mais, destaca-se que o Código Civil traz também o direito à disposição do próprio corpo como um todo, a qual deve ser gratuita e pode ser revogada a qualquer tempo (conforme artigo 14 do Código Civil). É perfeitamente possível que sejam realizados os dois procedimentos com o mesmo corpo – tanto a doação dos órgãos e tecidos como a doação do corpo como um todo para fins científicos. Primeiramente os órgãos são removidos, e então o corpo é enviado para a instituição a qual foi destinado e será utilizado para estudo por profissionais da saúde de diferentes especialidades (desde enfermeiros até cirurgiões em treinamento). O prazo para a utilização do corpo pela instituição é variável, e há corpos que contribuem por mais de 50 anos para as pesquisas e estudos. Após a utilização, o corpo é devidamente sepultado (SÃO PAULO, 2015)

### ***Autonomia da vontade da pessoa***

A autonomia da vontade da pessoa relaciona-se diretamente com o direito fundamental à liberdade e com o direito de disposição do próprio corpo.

É sabido que há um consenso geral de que os cidadãos adultos dotados de competência normal têm direito à autonomia, ou seja, direito de tomar, por si próprios, decisões importantes para a definição de suas vidas (DWORKIN, 2009).

George Marmelstein define e ilustra com maestria o assunto em seu site *direitosfundamentais.net*, ao que se observa:

A autonomia da vontade é a faculdade que o indivíduo possui para tomar decisões na sua esfera particular de acordo com seus próprios interesses e preferências. Isso significa basicamente o reconhecimento de um direito individual de fazer tudo aquilo que se tem vontade, desde que não prejudique os interesses de outras pessoas. Para ser mais claro: cada um deve ser senhor de si, agindo como um ser responsável por suas próprias escolhas, especialmente por aquelas que não interferem na liberdade alheia (MARMELESTEIN, 2008)

É por isso que a proteção da autonomia da vontade objetiva conferir ao indivíduo autodeterminação, ou seja, ter autonomia quanto ao seu destino, fazendo escolhas no que diz respeito a sua vida e seu desenvolvimento humano (MARMELESTEIN, 2008).



### ***Da inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97)***

Diante de tudo que se expôs sobre o tema até então, resta claro que o artigo 4º da Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97) contraria a Constituição Federal, estando fora de sintonia com os direitos fundamentais garantidos por ela. Nesse sentido, opina Maluf:

O que vislumbramos ao nos depararmos com a lei de doação de órgãos é um dilema entre as garantias individuais de todo ser humano, como a liberdade (para os romanos, a ideia se encontrava no não impedimento, era uma faculdade de se fazer o que se desejava com exceção daquilo proibido por lei – autonomia da vontade), a dignidade da pessoa humana, a indisponibilidade da vida e da saúde e a autoafirmação diante do poder de Estado de buscar o interesse coletivo, de pretender órgãos e tecidos (MALUF, 2013, p. 343).

Conforme se viu ao longo do presente artigo, ao indivíduo é garantido o direito à liberdade, o direito de disposição do próprio corpo, e o direito à autonomia de sua vontade. Delimitando o tema, foi trazido à baila o disposto nos artigos 13 e 14 do Código Civil, o Enunciado 277 do Conselho de Justiça Federal, e o artigo 4º da Lei de Transplantes.

Os entendimentos constantes em cada um dos dispositivos citados vão de encontro entre si, sendo o último deles citado materialmente inconstitucional.

Acerca da inconstitucionalidade material, a qual também é chamada por parcela da doutrina de “nomoestática”, pode-se dizer que:

“A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto a uma regra constitucional [...] ou um princípio constitucional, como no caso da lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (art. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas” (BARROSO, 2009, p. 29)

É quase desnecessário apontar a supremacia que possui a Constituição Federal dentro do ordenamento jurídico pátrio. A Carta Magna encontra-se no topo do sistema jurídico, servindo, nessa condição, como fundamento de validade para todas as demais

normas infraconstitucionais. Assim, somente serão válidas aquelas normas que guardarem, obrigatoriamente, compatibilidade formal e material, normativa e principiológica, com a Constituição Federal, sob pena de estarem maculadas pelo vício da inconstitucionalidade.

Assim, diante de uma lei, artigo (como é o caso em tela), ou mesmo expressão que seja inconstitucional, deve-se providenciar seu afastamento do ordenamento jurídico, através do exercício do controle de constitucionalidade, realizado pelo Poder Judiciário.

### Considerações Finais

De acordo com o preceito kantiano do Estado, deve-se respeitar a liberdade ética do homem em decidir ou objetar, enquanto vivo, a retirada dos seus órgãos para depois da sua morte (MALUF, 2013).

Todavia, concluindo a presente pesquisa, constatou-se que, no Brasil, a vontade do potencial doador de órgãos *post mortem* não é, em sua essência, respeitada, havendo óbices para o exercício dos direitos à liberdade, à disposição do próprio corpo e à autonomia da vontade da pessoa.

No decorrer do presente estudo, procurou-se expor resumidamente o sistema de doação de órgãos brasileiro. Buscou-se também analisar detidamente o espaço, dentro do ordenamento jurídico, para a manifestação da vontade do doador de órgãos pós-morte. Foi feita uma breve análise do assunto dentro das legislações espanhola e francesa, e foi levantada a possibilidade de o artigo 4º da Lei de Transplantes estar imbuído de inconstitucionalidade.

Diante de toda essa análise, chega-se à conclusão que o sistema de doação de órgãos brasileiro não respeita a vontade daquele que quer ser doador de órgãos *post mortem*. Isso se dá principalmente pela necessidade de outorga familiar para a retirada dos órgãos, expressamente elencada na Lei de Transplantes.

Inicialmente, a legislação que trata do assunto tornou presumida a doação de órgãos, fazendo com que aqueles que não quisessem ser doadores tivessem que se manifestar nesse sentido. Entretanto, após mudanças legislativas, o posicionamento tomado foi o do *opting in system*, devendo haver anuência expressa da família para a retirada dos órgãos. Assim, até o presente momento, embora existam caminhos para o

potencial doador manifestar a sua vontade, a palavra final será sempre a da família, que pode ou não seguir a determinação dada em vida pelo potencial doador.

Embora para alguns autores o *opting out system* invada a esfera de direitos fundamentais e da personalidade por impor uma renúncia tácita de direitos, não se pode negar que esse sistema de doação de órgãos é eficaz e utilizado em países conhecidos pela alta taxa de sucesso na área de transplantes. Conforme se analisou do cenário espanhol, mesmo adotando-se o *opting out system*, existe a participação e apoio à família do doador, e, na prática, os órgãos não são removidos se a família apresentar motivos para barrar o procedimento. Ou seja, a colaboração, na prática, entre a legislação e a ética médica acaba sendo benéfica a todos.

No Brasil, segundo dados da ABTO (Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos), no ano de 2017, foram realizados 27 mil transplantes, alcançando-se uma taxa de 16,6 doadores efetivos por milhão de pessoas (pmp). Os números vêm aumentando e o país vive o melhor cenário para as doações em vinte anos. Isso significa que as famílias vêm se sensibilizando quanto ao assunto, e os doadores em potencial que manifestaram o interesse na doação tiveram a vontade respeitada. Entretanto, ainda há cerca de 30 mil adultos e mil crianças em filas aguardando transplantes. (BRASIL, 2018)

A necessidade dessas pessoas poderia ser suprida e os números poderiam ser ainda mais positivos, caso houvesse a segurança de que a vontade do potencial doador seria respeitada após a sua morte, e se houvesse maior divulgação e sensibilização da população quanto ao assunto.

No mais, vários outros estudos poderão ser explorados a partir da presente pesquisa, principalmente no campo bioético. Será possível a comparação da Lei de Transplantes brasileira com a vigente em outros ordenamentos jurídicos, ampliando o assunto no âmbito do direito comparado. Ainda, poderá ser aprofundada a questão da inconstitucionalidade do artigo 4º da Lei de Transplantes, com a possibilidade de o artigo ser alvo de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, bem como o necessário ajuste da legislação a fim de buscar maior respeito e autonomia à vontade do doador de órgãos *post mortem*.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª Ed. Saraiva, 2009.

BRASIL. **Entenda as etapas do processo de doação de órgãos**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2016/06/entenda-as-etapas-do-processo-de-doacao-de-orgaos>> Acesso 15 setembro 2018.

BRASIL. **Doação de órgãos: Brasil salva número recorde de vidas**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/saude/2018/06/doacao-de-orgaos-brasil-salva-numero-recorde-de-vidas>> Acesso em 26 outubro 2018.

CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transplantes**. 2 ed. Ver. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CONSELHO de Justiça Federal Enunciados. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227>> Acesso em: 11 dezembro 2018.

CONSELHO Nacional de Justiça. **Projeto “Doar é Legal”**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/doar-e-legal>> Acesso em: 03 outubro 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOBARRO, Sérgio Leandro Carmo. **O testamento vital e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njk3MA==>> Acesso em: 16 setembro 2018

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 384p

ESPANHA. **Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos**.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

FRANÇA. **Code de la Santé Publique**. Legifrance – Le servisse public de la diffusion du Droit.

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

GOIATÁ, Sarah Rêgo. **As diretivas antecipadas de vontade na política de doação de órgãos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33626/as-diretivas-antecipadas-de-vontade-na-politica-de-doacao-de-orgaos>> Acesso em: 18 setembro 2018.

GOMES, Thais. **Doação e transplante de órgãos - A interpretação jurídica da lista de espera à luz dos princípios da bioética**. Disponível em: <<https://thaitaa.jusbrasil.com.br/artigos/186156152/doacao-e-transplante-de-orgaos>> Acesso em: 11 outubro 2018.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Transplantes de órgãos e tecidos e direitos da personalidade**. São Paulo: Editora. Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Transplantes de órgãos. In: CAVALCANTI, A.; LIMA, C. (Org.). Cartilha – **Início, desenvolvimento e terminalidade da vida**. São Paulo. Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. Diretivas antecipadas de vontade como dissentimento livre e esclarecido e a necessidade de aconselhamento médico e jurídico. In: **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade** [online]. São Paulo: Editora UNESP, 2015, pp. 89-131.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARINHO, Alexandre. Transplantes de órgãos no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 11, n. 3, p.120-122, fev. 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13224/15039>>. Acesso em: 26 setembro 2018.

MARMELSTEIN, George. **Existe um direito fundamental de dispor sobre o próprio corpo?** Disponível em: <<https://direitosfundamentais.net/2008/11/03/existe-um-direito-fundamental-de-dispor-sobre-o-proprio-corpo/>> Acesso em: 15 setembro 2018

MEDEIROS, Joao Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas**. 12. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2014.

### CAPÍTULO III

#### **NÃO É UMA QUESTÃO DE SANGUE: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV, DO ARTIGO 64, DA PORTARIA Nº 158, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE.**

**Luis Carlos de Melo**<sup>1</sup>  
**Andiara Pickler Cunha**<sup>2</sup>  
**Fabício Trevisol Bordignon**<sup>3</sup>  
**Milena Cruzetta**<sup>4</sup>

**Resumo:** Doar sangue é um gesto que vai muito além do que um simples ato de caridade, doar sangue constitui em contribuir para manutenção do bem mais relevante do ser humano, que é o direito à vida. E mesmo com os avanços tecnológicos da medicina o Ministério da Saúde tem adotado políticas cada vez mais rígidas afim de proteger os receptores de sangue. Essa proteção se dá através de Portaria que regula e redefine os procedimentos hemoterápicos de todo o país. A última Portaria foi a de número 158 de 2016, nela o inciso IV do artigo 64, que tornam inaptos temporariamente homens que mantiveram relações sexuais com outros homens a doarem sangue, tem sido alvo de questionamento quanto a sua constitucionalidade. O presente trabalho traz que o referido inciso conflita com princípios constitucionais, que vão muito além do que uma simples questão de sangue, para isso optou-se em se utilizar o método dedutivo e comparativo, a pesquisa foi qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental.

**Palavras-chave:** Portaria. Princípios. Discriminação. Inconstitucional.

### **INTRODUÇÃO**

A doação de sangue é um ato voluntário e não remunerado, é um procedimento seguro tanto para quem doa, quanto para quem recebe. No Brasil atualmente apenas 1,8% da população doam sangue, sendo que o ideal para a ONU é entre 3 a 5% da população. Em média são coletados 450 ml de sangue de cada doador, esse sangue antes de ser disponibilizado para os receptores passam por inúmero exames, além de seu manejo e estocagem seguirem rígidas regras internacionais visando a proteção do doador, bem como a do receptor.

Vários são os motivos que levam o Brasil a estar fora do índice considerado ideal de população doadora de sangue, entre eles estão: o medo das pessoas em doarem, que

se dá pela falta de informação, além do rol de restrição trazidas pelo Ministério da Saúde que proíbem ou tornam inaptas temporariamente pessoas a doarem sangue. Essas restrições estão na Portaria Nº. 158 de 04 de fevereiro de 2016, emitida pelo Ministério da Saúde redefinindo regras para o funcionamento e procedimentos que devem ser adotados por hemocentros e hospitais responsáveis por captação de sangue em todo o país.

Elegemos como situação problema do presente trabalho umas dessas vedações, essa expressa no inciso IV do artigo 64 que torna inaptos temporariamente homens que mantiveram relações sexuais com outros homens, por um período de doze meses. Seria (in) Constitucional o inciso IV do artigo 64 da Portaria de nº 158 do Ministério da Saúde?

É o que tem sido questionado constantemente, para os defensores da medida tipificada na Portaria nº. 158 é adequada principalmente nesse momento que os índices de infecção por HIV/AIDS e outras doenças sexualmente transmissíveis são crescentes entre homens homossexuais.

Já para os que defendem a inconstitucionalidade do inciso IV a medida tem caráter discriminatório, visto que não é o gênero que define um grupo de risco, mais sim a conduta das pessoas, independentemente de serem homens ou mulheres.

Portanto nosso objetivo geral é adentrar no inciso IV do artigo 64 da Portaria nº158 e analisar se o referido inciso é constitucional ou não. Sendo que para se chegar a essa definição primeiramente é necessário verificar se a Portaria possui força de Lei e posteriormente analisar os princípios constitucionais como o da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, sendo esses nossos objetivos específicos.

O tema desse trabalho possui uma grande relevância social, visto que é sabido que são altos os índices negativos de estoques de sangue em todo o país sendo, portanto de suma importância que se de uma solução a essa questão o mais rápido possível, essa é uma das bandeiras levantadas pelos grupos ativista GLBTS.

Como procedimentos metodológicos foi utilizado os métodos dedutivo e comparativo, o primeiro valeu-se de uma leitura detalhada dos artigos da Constituição Federal que tratam dos Princípios da Igualdade e da Dignidade da Pessoa Humana, da Portaria nº 158, principalmente o artigo 64, além de doutrinas de direito administrativo e constitucional.

O segundo o método dedutivo, veio da necessidade de se comparar os aspectos subjetivos dos objetivos para que se chegasse mais contundente ao resultado pretendido com o trabalho.

Optou-se por uma pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica e explicativa, visto que se recorreu as diversos materiais, como livros doutrinários, texto de Lei e Constituição, além de sites de especializados.

Explorar a fundo o contexto do inciso IV do artigo 64, da Portaria 158, levou a uma interpretação até então pouco conhecida, ou divulgada, e apesar de já ser objeto de algumas discussões, somente analisando o preceito da norma fazendo um comparativo com a doutrina e principalmente com o texto da Constituição Federal 1988 foi que levou de fato ao objetivo central desse trabalho.

Utilizou-se de fontes secundarias, como leituras doutrinárias, revisões bibliográficas, e Lei Seca, onde deu ao presente artigo a característica descritiva.

Chegou-se ao resultado final do deste de forma qualitativa pois o mesmo se concentrou em trazer uma reflexão diferente ao conceito inicial do inciso IV da Portaria do Ministério da Saúde.

## **ATOS ADMINISTRATIVOS**

Como o tema desse trabalho é analisar a constitucionalidade de uma portaria, e essa por sua vez é uma espécie de conteúdo de ato administrativo, é extremamente importante inicialmente conceituar atos administrativo, para que se chegue então a uma clareza maior sobre as portarias de modo geral.

Conceituar atos administrativos não é nada fácil visto que é há uma enorme diferenciação pelos autores, e essas diferenças entre eles não são meramente em palavras mais sim em conteúdo. Enquanto alguns autores acham que certas realidades são atos administrativos outros pensam que não são, ou seja, tratam de conceitos diferentes. E ao conceituar de maneira diferente vão classificar de maneira diferente, dar características diferentes, por fim chegando à conceitos completamente diversos.

Celso Antônio Bandeira de Melo conceitua atos administrativo como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo um concessionário de serviço público), que no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgãos jurisdicional (2015, p.393)



Se entende pelo conceito de Celso Antônio Bandeira de Melo que o ato administrativo depende da manifestação de alguém que não necessariamente seja praticado pelo Estado, visto que o Estado pode delegar para que outros façam o seu papel, podendo ser essa delegação por lei, por um contrato ou até por um ato unilateral.

O regime jurídico do direito administrativo do interesse público se sobressai ao interesse privado em prerrogativas e privilégios que o mundo privado não tem, fazendo que o ato administrativo tenha por característica o fato de ser regido pelo regime de prerrogativas que além de privilegiar o direito público dá limites ao direito o privado, complementando a lei lhe dando uma aplicabilidade mais eficaz.

Na visão de Hely Lopes Meirelles, José Emanuel e Carla Rosado ato administrativo se conceitua em:

O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato jurídico todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. (2016, p.173).

Os autores igualam o conceito de ato administrativo ao de ato jurídico, e portanto, dando ao Estado o poder e prerrogativas de controlar esses atos de acordo com finalidade do mesmo.

## PORTARIA

A Portaria é uma espécie de atos administrativo é um dos meios que a administração pública tem para exteriorizar sua vontade. Esses meios “são veículos de expedição do atos” (BANDEIRA, 2014, p 453.), onde de maneira formal e expressa o Estado dita sua vontade aos seus subordinados.

Ao contrário das divergências quanto ao conceito de ato administrativo, o mesmo não acontece com essa espécie de ato. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p233), “resolução e portaria são formas de que se revestem os atos, gerais ou individuais, emanados de autoridades outras que não o chefe do Executivo”. Na mesma direção, porém, separando os conceitos de Portaria e Resolução, Bandeira de Mello traz que:

Portaria é uma fórmula pela qual autoridade de nível inferior ao do Chefe do Executivo, sejam qualquer escalão de comandados que forem, dirigem-se a seus subordinados, transmitindo decisões de efeito interno, quer com relação ao andamento das atividades que lhe

são afetadas, quer relação a vida funcional de servidores [...]. (2014, p. 453).

Tanto Maria Sylvia quanto Celso Antônio trazem como requisitos principal da Portaria que as autoridades na qual elas se destinam sejam subordinadas ao Chefe do Executivo ou subordinados desses. Cabe, portanto, a autoridade imediata utilizar-se dessa espécie de ato administrativo para comunicar suas decisões, regulamentos entre outros de determinados procedimentos.

E foi através de portaria que foi redefinido o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.

#### PORTARIA Nº 158

Utilizando-se de Portaria o Ministério da Saúde através do então Ministro Dr. Marcelo Castro, redefiniu o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos para todo país. Tal conduta se dá a cada quatro anos ou quando houver necessidade de qualquer alteração pertinentes a atividade hemoterápica.

A Portaria de número 158 de 04 de fevereiro de 2016, tem seu objetivo principal expresso no artigo 2º da mesma que versa:

Art. 2º O regulamento técnico de que trata esta Portaria tem o objetivo de regulamentar a atividade hemoterápica no País, de acordo com os princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, Componentes e Derivados, no que se refere à captação, proteção ao doador e ao receptor, coleta, processamento, estocagem, distribuição e transfusão do sangue, de seus componentes e derivados, originados do sangue humano venoso e arterial, para diagnóstico, prevenção e tratamento de doenças.(BRASIL, 2016).

Uns dos objetivos principais dessa Portaria é a proteção tanto do doador quanto ao receptor de sangue criando regras e condutas para aplicabilidade adequada dessa atividade.

Outro ponto em destaque como objetivo da Portaria está no § 3º que expressa:

Os serviços de hemoterapia promoverão a melhoria da atenção e acolhimento aos candidatos à doação, realizando a triagem clínica com vistas à segurança do receptor, porém com isenção de manifestações de juízo de valor, preconceito e discriminação por orientação sexual, identidade de gênero, hábitos de vida, atividade

profissional, condição socioeconômica, cor ou etnia, dentre outras, sem prejuízo à segurança do receptor. (BRASIL, 2016)

Verifica-se que a Portaria assegura a proteção do receptor. Por outro a medida também garante os direitos de quem se prontifica a ser doador, esse não podendo sofrer quaisquer forma de preconceito ou discriminação no momento da doação.

Adentrando na Portaria Nº 158 do Ministério da Saúde, principalmente no artigo 64, há um rol de condutas praticadas pelos candidatos a doadores que os levam a ser considerados inaptos a doarem sangue por um período de 12 meses. São esses:

Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:

I – que tenha feito sexo em troca de dinheiro ou de drogas ou seus respectivos parceiros sexuais;

II – que tenha feito sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos ou seus respectivos parceiros sexuais;

III – que tenha sido vítima de violência sexual ou seus respectivos parceiros sexuais;

IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes;

V – que tenha tido relação sexual com pessoa portadora de infecção pelo HIV, hepatite B, hepatite C ou outra infecção de transmissão sexual e sanguínea;

VI – que tenha vivido situação de encarceramento ou de confinamento obrigatório não domiciliar superior a 72 (setenta e duas) horas, durante os últimos 12 (doze) meses, ou os parceiros sexuais dessas pessoas; VII – que tenha feito “*piercing*”, tatuagem ou maquiagem definitiva, sem condições de avaliação quanto à segurança do procedimento realizado;

VIII – que seja parceiro sexual de pacientes em programa de terapia renal substitutiva e de pacientes com história de transfusão de componentes sanguíneos ou derivados; e IX – que teve acidente com material biológico e em consequência apresentou contato de mucosa e/ou pele não íntegra com o referido material biológico. (BRASIL,2016)

Observar-se que o rol de restrição é taxativo, a começar por aqueles que fizeram sexo em troca de dinheiro ou drogas, com um ou mais parceiros a quais não se conhecem ou que pratiquem sexo ocasional, além daqueles que fizeram sexo com portadores de doenças transmissíveis sexualmente.

A restrição desse artigo também atinge vítimas de estupro, sequestros, aqueles que se submeteram a colocação de *piercing*, ou que fizeram tatuagens ou maquiagem definitiva, bem como os seus respectivos parceiros. Restringe ainda para parceiros de pessoas que passaram por tratamento de hemodiálise e aqueles que tiveram contato

com materiais biológicos. Ressalta-se que todas essas restrições mencionadas trazidas pelo artigo 64 não fazem menção a gênero ou orientação sexual.

Já o inciso IV se diferencia em sua restrição aos demais por fazer menção ao gênero, quando torna inaptos temporariamente homens que fizeram sexo com outros homens e seus ou suas parceiras.

## **CONTEXTO HISTORICO DA PROIBIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HOMOSSEXUAIS**

A primeira vez que surgiu a proibição de doação de sangue para gays no Brasil foi em 1993, através da Portaria de número 1366 de 1993. Essa proibição se deu em virtude de todo um acontecimento mundial, que foi uma explosão da epidemia de AIDS na década de 80.

Várias pessoas dos Estados Unidos começaram a apresentar sinais de uma doença ainda desconhecida que a princípio foi tratada como Sarcoma de Kaposi, uma pneumonia que comprometia o sistema imunológico levando a morte em pouquíssimos meses.

Com altos índices de pessoas infectadas vários foram os estudos na esperança em se descobrir qual era o agente causador da doença que estaria matando tantas pessoas em tão pouco tempo.

Logo se concluiu que se tratava de um tipo novo de vírus até então não identificado e que suas principais vítimas eram homens homossexuais, razão pela qual suspeitou-se de que a transmissão do vírus se dava através do ato sexual, recebendo o tão temido vírus o apelido de peste gay. Foi um período histórico de muita intolerância, principalmente por parte da imprensa que diariamente publicava reportagens com apologia a discriminação contra os homossexuais Como se vê em alguns títulos de matérias do jornalista José Augusto Bebert:

A solução para acabar com a AIDS é a erradicação dos transmissores da peste gay; Matar veados não é homicídio, é caçada; Mantenha Salvador limpa: mate uma bicha todo dia (COLAÇO, 2012)

Com a descoberta de que uma das formas de contágio era através da transfusão de sangue os governantes passaram a editar medidas hemoterápicas afim de combater

a transmissão desenfreada do vírus. Com isso nos anos 2000 a proibição para que homens homossexuais doassem sangue já era uma realidade em boa parte do mundo.

Em 2002 após o controle da Aids no Brasil está visivelmente controlada, a Associação Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA órgão ligado ao Ministério da Saúde editou a Resolução de número 343 de 13 de dezembro onde passou a adotar não mais uma proibição definitiva, porém temporária. E desde então essa proibição temporária está presente nas Portarias que redefinem o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos.

### **Princípio de Igualdade**

A ideia de igualdade acompanha o homem desde suas origens, porém existe uma questão de que na natureza humana não há uma igualdade de fato, que não existem por exemplo dois indivíduos com duas células iguais, nem mesmo os gêmeos univitelinos são iguais, podem ser até similares mais jamais iguais, e mesmo não existindo uma igualdade concreta, de qualquer forma essa sempre foi buscada e perseguida ao longo do tempo.

Filósofos importantes como Sócrates, Platão e Aristóteles viam a questão da igualdade com severas reservas. Principalmente Sócrates que foi um dos maiores críticos da democracia, que se baseava justamente na igualdade.

Aristóteles era considerado um classista para ele estrangeiros e escravos eram simplesmente habitantes assim como defendia que as mulheres não podiam participar da vida social de onde habitavam.

Mais à frente, não adentrando na questões religiosas, surge a figura de Jesus Cristo, que trouxe um elemento importante dentro de um contexto social da igualdade, que era passar seus ensinamentos para todos, sem que houvesse qualquer distinção, ou seja Cristo traz uma ideia de igualdade para aquilo que estava propondo.

Fustel de Coulanges (1830-1889) em uma passagem de sua obra A Cidade Antiga, referente a vinda de Cristo escreveu que:

O estrangeiro já não profana o templo, já não mancha o sacrifício pela sua presença, o templo passou a estar aberto a quem quer que crer em Deus, um Deus único, um Deus universal, um Deus para todos, que não tinha povo eleito e não distinguiria nem raças, nem famílias, nem estados. (COULANGES, 1961, p. 204).

Com o desenvolvimento do direito inevitavelmente houve a separação da religião das normas, e de todo modo foram os ensinamentos de Cristo que possibilitaram esse desenvolvimento do direito.

Avançando no tempo chegando ao início Idade Média, já havia se passado a queda do Império Romano em 476 da era atual, surgiu uma divisão no trato da questão da igualdade social em diversos pontos, muito embora já se tivesse uma estratificação diferente, se tinha o soberano que era o rei, a nobreza e o clero, essa estruturação perdurou até a Idade Moderna e apesar de já haver algum avanço, falar em igualdade ainda era difícil.

Outro momento importante foi Magna Carta de 1215, publicado por George Hamilton Lins(2009), um marco no sentido da ideia de igualdade, que foi muito além do direito humano, pois limitou o poder político. Essa limitação desse poder político manifestado na Magna Carta também se espalhou no direito oferecido as pessoas. Um exemplo era o artigo 40 que dizia: “Nós não venderemos, recusaremos, ou protelaremos o direito ou a justiça para quem quer que seja” Um marco muito importante pois o acesso à justiça já tinha lá sua origem, algo que é tão importante no sistema atual.

Vários foram os avanços ao longo do tempo na questão da igualdade, tivemos em 1789 a Declaração do Direitos do Homem e do Cidadão um documento extremamente importante que foi elaborado ao final da Revolução Francesa, onde já no seu artigo 1º diz: “os homens nascem e são livres e iguais em direito”, (UOL, 2006) já se tendo na declaração aí uma ideia bastante clara na questão da igualdade.

Para a questão da igualdade esse artigo 1º da Declaração do Direitos dos Homens e do Cidadão é extremamente importante, visto que ele iguala as pessoas, algo que vai ser repetido em diversos outros documentos ao longo da história do desenvolvimento do estado e da sociedade.

Desde então a igualdade é posta dentro de uma categoria de princípio, visto que até então era considerada uma ideia, um conceito importante, porém não se havia a noção de princípio.

Quando a igualdade alça a essa categoria e passa a ter um tratamento específico pelo universo do direito, ela torna-se algo jurídico, dando ensejo para uma série de outras estruturações da qual ela se tornará parte.

No Brasil já em sua primeira Constituição, promulgada por Dom Pedro I em 25 de março de 1824, trazia mesmo que formal, pois a mesma não era aplicada efetivamente, um ensejo de que todos teriam iguais condições. O inciso XIII, do artigo 179 que expressava: “A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um”. (BRASIL.1824).

Por outro lado, apesar de traçar alguns direitos entendidos como uma possível igualdade, como no inciso mencionado, a mesma Constituição legalizava a escravidão além de outros pontos contradizentes, como por exemplo o inciso I do artigo 95 que fundava os direitos políticos em critério de renda.

A Constituição de 1891 já com o fim da monarquia, apesar de ainda se mostrar apenas formal, trouxe a igualdade no § 2º do artigo 72 da mesma que versava: “Todos são iguais perante a lei” (BRASIL. 1891), pondo fim em alguns privilégios dados pela Constituição anterior aos membros da monarquia, porém esses privilégios ainda continuavam a existir e essa regra do artigo do parágrafo 2º do artigo 72 não tinha a efetividade devida.

A Constituição de 1946 inovou no que se refere aos direitos individuais dos cidadãos, trazendo um rol de direitos elencados em 38 parágrafos do seu artigo 141, porém somente na Constituição de 1967 que de fato consolidou o princípio da igualdade. O parágrafo 1º do artigo 150 trazia que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.” (BRASIL. 1967).

Em 1969 com o Regime Militar esses direitos foram suprimidos, onde por mais que os direitos individuais tivessem sido mantidos, com a justificativa de se combater os subversivos a liberdade foi restringida aos civis.

E por mais que a igualdade fizesse parte de um seleto grupo de princípios era preciso ainda mais para que seu efeito alcance a todos, e foi o objetivo de nossa atual Constituição que tem a igualdade como um dos objetivos de sua promulgação, seu Preâmbulo expressa que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias,

promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.(BRASIL.1988).

Como um dos objetos central da Constituição de 1988, o Princípio da Igualdade surge para coibir possíveis desigualdades impostas nas normas. Alexandre de Moraes(2016.p36) afirma que: “A desigualdade da Lei se produz quando a norma distingue de forma não razoável ou arbitrária um tratamento específico a pessoas diversas. Para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatória [...]”.

E para fazer valer o direito a igualdade, excluindo qualquer forma de preconceito e favorecimentos na legislação, a Carta Magna de 1988 traz em seu artigo 5º 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 [...].” (BRASIL.1988)

O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 traz um rol de inúmeros direitos e deveres individuais e coletivos, visando o bem estar de toda a sociedade, evitando que a Lei possa estabelecer regras acobertadas por discriminações.

Nesse sentido San Tiago Dantas já ensinava que:

Quanto mais progridem e se organizam as coletividades, maior é o grau de diferenciação a que atinge seu sistema legislativo.

A Lei raramente colhe o mesmo comando todos os indivíduos, quase sempre atende a diferenças de sexo, profissão, de atividade, de situação econômica, de posição jurídica, de direito anterior; raramente regula do mesmo modo a situação de todos os bens, quase sempre se distingue conforme a natureza, a utilidade, a raridade, a intensidade de valia que ofereceu a todos. (DANTAS, 1948, p.357)

Desse modo a sociedade estará protegida e preparada para lidar com as situações apresentadas no seu cotidiano, conseguindo então que a Lei corresponda satisfatoriamente as diversas circunstâncias de interesse geral, sem que para isso trate de maneira diferente os indivíduos.

## **PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**



O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana se tornou um consenso ético relevante sobre tudo depois da Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo passou a buscar valores da centralidade da pessoa humana, do restabelecimento dos direitos fundamentais em um mundo que fora profundamente ferido. De modo que boa parte dos documentos internacionais, tratados e convenções foram celebrados posteriormente ao fim da Guerra, como a Declaração Universal dos direitos Humanos em 1948, portanto partir da década de 40 do século passado as principais Constituições modernas a começar pela da Alemanha passaram a consagrar a dignidade da pessoa humana como um dos seus valores centrais.

Ocorre que desde então a aplicação de direitos humanos passou a enfrentar algumas problemáticas, como as controvérsias entre os que os evocam, ou seja cada um acabava interpretando o que correspondia aos seus próprios valores. E é por isso que cada que dessas controvérsias levavam a necessidade de se dar ao princípio uma objetividade, até porque a ideia de dignidade da pessoa humana está na origem de todos os direitos materialmente fundamentais.

O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira de 1988 está expresso no inciso III do artigo 1º que versa:

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

[...]

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

É um princípio que deu origem aos demais direitos fundamentais, não sendo ele propriamente um direito fundamental, pelo justo motivo de evitar conflitos com outros princípios, já que esses podem se conflitar dependendo do caso concreto.

Pode –se dizer então que a dignidade da pessoa humana é um valor moral que ingressa no direito e, portanto, se transformando em um princípio constitucional e sendo um princípio é a fonte de onde se irradiam os direitos fundamentais.

De todo o modo o princípio da dignidade da pessoa humana não tem um conceito que seja consenso entre os operadores do direito, aos olhos do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal se divide em três grandes conteúdos:

A dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário) (BARROSO, 2013, p.72).

Para Barroso o valor intrínseco da pessoa humana identifica a posição especial que cada indivíduo possui no universo, sendo as pessoas diferentes das coisas e dos animais, essas diferenças baseiam-se na inteligência, na sensibilidade e na capacidade de comunicação, ou seja, a singularização de homens e mulheres.

Immanuel Kant também distinguia pessoa e coisa:

Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo aos meios, e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples e que, por conseguinte, limita nessa medida todo arbítrio (e é objeto de respeito). (KANT,2004,p.68.)

A filosofia Kantiana ensina que as coisas têm valor um preço, já as pessoas, tem dignidade, essa dignidade gratuita que não tem preço. Isso é o que se entende filosoficamente por valor intrínseco da pessoa humana.

Ainda tomando como base a filosofia Kantiana Luís Roberto Barroso extrai dois postulados importantes, no que se refere ao valor intrínseco da dignidade da pessoa, um postulado anti-utilitarista, e um postulado anti-totalitário.

O postulado anti-utilitarista, que “como consequência, cada ser racional e cada pessoa existe como um fim em si mesmo, e não como um meio para o uso discricionário de uma vontade externa.” (BARROSO, 2013, p.72). O indivíduo como dono de suas vontades de sua própria existência, não como um objeto onde a sociedade e as outras pessoas se utilizem para realização de seus propósitos.

Já o postulado anti-totalitário afirma que nenhuma pessoa deve ser tratada como “súdito” do estado, visto que o estado não é um fim de si mesmo, mas um meio para a realização dos projetos existenciais e promoção da felicidade das pessoas em geral.

Passando da filosofia para o plano jurídico o valor intrínseco da dignidade da pessoa humana é a fonte de um conjunto de direitos fundamentais, o principal deles o direito à vida, que se confunde com a própria dignidade. Nele também repousa o direito da igualdade sendo todas possuidoras do mesmo valor intrínseco, portanto todas tem direito ao igual respeito e consideração.

A integridade física é outro direito fundamental que decorre do valor intrínseco da pessoa humana, e portanto é vedada em nome da dignidade da pessoa humana, a tortura, o trabalho escravo e as penas excessivamente cruéis.

Por fim do valor intrínseco da pessoa humana resulta também o direito a integridade moral, o direito a honra, o direito a imagem e o direito à privacidade.

O segundo conteúdo referente a dignidade de pessoa humana trazido pro Barroso é a que se refere a autonomia, nesse trata-se da razão e da capacidade de ter vontade, de fazer valorações morais, e de poder fazer escolhas. A autonomia como componente da dignidade da pessoa humana significa que como regra geral as pessoas tem o direito de fazer suas escolhas existenciais e de pautar sua conduta de acordo com o valores que escolhem.

Do ponto de vista jurídico a autonomia significa autonomia privada ou autonomia pública. A ideia de autonomia privada está ligada ao conjunto de liberdades essenciais do indivíduo. A liberdade de ir e vir como regra geral, a liberdade de expressão e a liberdade de religião, todos esses componentes fazem parte da ideia de autonomia privada.

Ao lado da autonomia privada está a autonomia pública, essa traz o direito de que todas as pessoas tem em participar da vida pública, do processo de elaboração da ordem jurídica a qual a pessoa vai se submeter.

Ainda no que tange a autonomia há um conceito mais atual, para que as pessoas possam exercer a autonomia privada de maneira efetiva sua liberdade, e para que as pessoas tenham a autonomia pública participando efetivamente da deliberação pública é necessário que elas tenham atendidas condições mínimas de sobrevivência em matéria de educação, saúde e de matéria de renda.

E por fim Barroso coloca um terceiro conteúdo chamado por ele de “valor comunitário”, nele a autonomia que é o segundo componente que a dignidade humana apresenta, pode ser legitimamente limitada em nome dos interesses do estado ou do interesse da sociedade. Isso para assegurar o direito outrem, para proteger a pessoa de si própria e para impor determinados valores sociais.

Para o ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes a limitação do estado as garantias constitucionais no que tange a dignidade da pessoa tem que ser a mínima possível, afirmando:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, que constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros, aparecem como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. (MORAIS,2003, p.63.)

Sendo assim a dignidade da pessoa humana tem valor absoluto, e qualquer que seja a norma essa tem que garantir o mínimo possível de interferência na vida privada e nos direitos dos indivíduos.

### **PROJETO DE LEI 6297/2016**

Tramita na Câmara dos Deputado Federal o Projeto de Lei 6297/2016 de autoria do Deputado Federal Jean Wyllys do PSOL pelo Rio De Janeiro, tal Projeto de Lei foi apensado ao PL 287/2003 de autoria da Deputada Laura Carneiro então pertencente ao extinto PFL também pelo Rio de Janeiro.

O parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal De 1988 que versa:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

[...]

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização. (BRASIL. 1988)

A atual Lei que regulamenta o parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal é a de número 10.205 de 21 de março de 2001. A PL 6297/2016 tem como objetivo caso aprovado acrescentar junto ao atual artigo 14, esse que expressa acerca dos princípios e diretrizes da Política Nacional de Sangue, o seguinte inciso XIII:

Obrigatoriedade de adoção de critérios baseados em evidências científicas na triagem clínica do doador, vedados a exclusão de doadores ou o preconceito pela etnia, cor, gênero, orientação sexual ou qualquer outro pretexto discriminatório. (PL.9297.2016).

O inciso XIII visa claramente combater qualquer que seja o preconceito existente dentro da norma, que os candidatos a doadores sejam impedidos de doar não por sua condição mais sim por seu comportamento. Segundo o Deputado autor da PL, “Os critérios eleitos devem se pautar pelo nível de proteção da atividade sexual, tanto para heterossexuais como para homossexuais”, ponto um fim nas “políticas discriminatórias e ineficazes” (Wylllys, 2016)

Ainda não há uma previsão de quando o Projeto de Lei será apreciado pelo Plenário da Câmara do Deputados.

### **ADI 5543**

Além do Projeto de Lei 6297/2016 tramita no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade de número 5543 de autoria do Partido Socialista Brasileiro, cujo objeto é a Inconstitucionalidade é o inciso IV do artigo 6 da Portaria 158 do Ministério da Saúde, bem como a Resolução da Diretoria Colegiada nº 34/2014 da Agencia Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA onde ambas tratam no do mesmo tema.

Até o momento votaram o Ministro Edson Fachin, que é relator da ação, esse votou que as normas são inconstitucionais. Em seu voto o relator disse compreender que: “essas normativas, ainda que não intencionalmente, resultam por ofender a dignidade da pessoa humana na sua dimensão de autonomia e reconhecimento, porque impede que as pessoas por ela abrangidas sejam como são”. (FACHIN, 2017)

Acompanhando o voto de relator votaram o ministro Luís Roberto Barroso, Ministra Roda Weber, bem como Ministro Luis Fux.

Já o ministro Alexandre de Moraes votou pela procedência parcial da ação, destacando que o sangue coletado de homens que fazem sexo com outros homens só podem ser utilizadas depois dos devidos testes imunológicos e serem realizados logo após fechar-se a janela sorológica definida pela autoridade de saúde. Logo após o voto do Ministro Luís Fux um pedido de vista do ministro Gilmar Mendes suspendeu o julgamento da ação.

### **A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DA PORTARIA Nº158 DO MINSTÉRIO DA SAÚDE**

O sangue que circula nas veias do corpo humano é a prova mais cabal de que pertencemos a mesma espécie, portanto nos habilita a compartilharmos este, de forma gratuita como maneira de ajudar ao próximo a preservar o bem maior que é o direito à vida.

E por isso que a exclusão, a princípio de qualquer grupo de pessoas da possibilidade de se praticar tal ato, como doar sangue, deve ser vista com atenção redobrada, devendo esta ser dotada de ampla, racional e aprofundada justificativa, pois toca a parte essencial do núcleo mais íntimo que se pode considerar da dignidade da pessoa humana, fundamento maior de nossa Constituição.

Estabelecer um grupo de risco ao invés de uma conduta de risco, incorre em discriminação, pois lança mão de uma interpretação inconsequente desmedida apenas em razão da orientação sexual.

O IV da artigo 64 da Portaria n<sup>o</sup> 158, parte da ideia homens que fazem sexo com homens estão expostos a um maior contágio de enfermidade, levando a interpretação este maior suposto maior contágio é inerente a orientação sexual e não pela conduta de quem pratica determinados atos.

Não cabe valer-se da violação de direitos fundamentais de grupos minoritários para maximizar outros interesses, mesmo que em favor de uma maioria valendo-se para tanto de preconceito e discriminação, pois ao atribuir a partir da sexualidade a conduta de desviante gera uma externalidade negativa, criando uma falsa ótica de que as enfermidades transmissíveis pelo sangue, são frutos apenas de relações entre dois homens, propagando assim não apenas preconceito mais as próprias doenças cujo a transmissão se almeja evitar. Esta responsabilidade a uma construção do direito posto para tornar a justiça

Mesmo que o inciso IV não seja uma clausula proibitiva, ao se exigir um lapso temporal de doze meses passa esta condição como uma negação de qualquer possibilidade do exercício desse ato maior de alteridade para todos que exerçam a sua liberdade e também igualdade de condições. Essa restrição que advém dessa normativa consiste praticamente em quase uma vedação, violando uma forma de ser e de existir dessas pessoas e também violando o fundamento próprio de nossa comunidade, do respeito a diversidade que é a própria dignidade da pessoa humana.

O inciso IV do artigo 64 afrontam a autonomia e reconhecimento daqueles que querem doar sangue, não por outras razões justificáveis do ponto de vista da medicina

e da saúde, mais sim em razão da orientação sexual, limitados pelas previsões normativas na Portaria. O conteúdo dessa normativa afronta a autonomia daqueles que impedem fazer a doação de sangue, pois restringem a forma dessas pessoas de serem como são e existirem autonomamente. Exigir que somente possam doar sangue após o período de doze meses é impor também que caso queiram fazê-lo devem se abster de exercer a sua própria liberdade.

A precaução e segurança que são parâmetros inseparáveis no que se refere a doação de sangue devem ser seguradas, mais não apenas em relação a orientação sexual. De tal maneira que não comprometa a autonomia de ser e de existir dessas pessoas e todos as pessoas.

A não presença na normativa do texto que torna inaptos temporariamente homens que fazem sexo como outros homens, não geram prejuízos ou danos a coletividade, mesmo porque, a todos independente do gênero ou orientação sexual terão que ser aplicadas exigências e condições a todos os candidatos a doadores de sangue, pouco importando o que são, mais sim as condutas praticadas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O objetivo do presente trabalho foi analisar a (in) constitucionalidade do inciso IV do artigo 64 da Portaria 158 editada em 2016 pelo Ministério da Saúde, como visto tal portaria tem como objetivo normatizar regras e condutas em prol da segurança de doadores e principalmente receptores desses sangue recebido.

Dentre esses regramento um deles está a inaptidão por tempo determinado em doar sangue de homens que fizeram sexo com outros homens, algo que desde então tem sofrido duras críticas por partes de grupos sociais organizados defensores dos direitos humanos e objeto junto ao Supremo Tribunal Federal de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade.

O artigo 64 da Portaria 158 traz um rol taxativo dos inaptos temporários por doze meses candidatos que tenham diversas praticadas condutas elencadas em seu nove incisos.

Ocorre que dentre esses nove incisos apenas o IV menciona a condição de gênero de determinada conduta, nesse para os agentes homens, em todos os demais incisos do artigo 64 nenhum deles trata o gênero como condição de inaptidão a doação de sangue.

Ao criar uma norma seja ela via Congresso ou de ofício aos órgãos da União como no caso das Portarias deverá essa necessariamente se respaldar nas diretrizes trazidas pela atual Constituição, não afrontando nenhum dos princípios nela contida.

Para Alexandre de Moraes:

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com valores que a Constituição, como norma suprema, proclama. (MORAES, 2016, p.36)

O tratamento desigual existente no inciso IV do artigo 64 está em atribuir somente aos homens determinada conduta, no caso entendido como a penetração anal. Tal ato sexual não se pode delegar apenas aos homens que fazem sexo com outros homens, visto que essa conduta também estão presentes nas relações sexuais de casais heterossexuais, bissexuais ou de mulheres que fazem sexo com outras mulheres utilizando-se de objetos próprios para o ato.

Ademais a união civil homoafetivas já é um direito adquirido no Brasil através da Resolução 175 de 14 de maio de 2013 que veta as autoridades competentes a recusa na habilitação de registro de casamento civil para casais homossexuais país.

O Supremo Tribunal Federal também já se posicional favorável ao casamento entra pessoas de mesmo sexo:

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em



sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétreia.

3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de

não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade família como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADPF: 132 RJ, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

O reconhecimento de que casais homossexuais constituem uma família onde a base é formada na relação duradoura entre duas pessoas, leva a interpretação que o inciso IV do artigo 64 da Portaria é dotado de preconceito, pois o Ministério da Saúde

no mesmo artigo trouxe no inciso II a conduta de se praticar sexo com um ou mais parceiros ocasionais ou desconhecidos, sem fazer qualquer alusão a gênero.

Da mesma forma ao atribuir a conduta de homens que fazem sexo com outros homens ao risco de contaminação do HIV/AIDS o Ministério da Saúde sustenta uma triste imposição associada aos gays no anos 80 conhecida então como a peste gay. O que leva o inciso IV ser inconstitucional ao ferir a honra dos homens que praticam sexo com outros homens, um dos alicerces da dignidade da pessoa humana.

Ademais a conduta de praticar sexo com pessoas portadores de HIV/AIDS bem como outras infecções transmitas através do ato sexual já está elencada em outro inciso do artigo 64 esse também não imputando a conduta a determinado gênero.

Cabe ainda ressaltar que portaria 158 obriga a realização de exames laboratoriais no sangue doado, o artigo 130 expressa que “É obrigatória a realização de exames laboratoriais de alta sensibilidade a cada doação” (Brasil, 2016).

Se todo o sangue coletado obrigatoriamente há de se passar por uma triagem antes de ser disponibilizado ao receptor, o nível de segurança desse sangue é altíssimo, ainda assim podem estar expostos as janelas imunológicas de doenças comuns a todos os indivíduos e não apenas aos homens que praticam sexo com outros homens.

O Ministério da Saúde adota 30 (trinta) dias como janela imunológica do HIV, esse seria o intervalo de tempo decorrido entre a infecção do vírus até a primeira detecção dos anticorpos produzidos pelo sistema de defesa do organismo. Portanto estando fora do período imunológico seria detectado pelos exames obrigatoriamente feito em qualquer coleta, não fazendo sentido a determinação de tornar inaptos por 12 (doze) meses homens que fizeram sexo com outros homens, mesmos que esses estejam no topo dos índices de portadores do vírus HIV/AIDS.

O Ministério da Saúde também reconhece que não há mais de se falar de grupo de risco e sim em conduta de risco, logo ao taxar no inciso IV o gênero masculino contraria seus próprios conceitos, além de afrontar a Constituição Federal ao ferir a dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da Igualdade.

Com intuito de dar segurança aos receptores de sangue o Ministério da Saúde ao longo de todo o artigo 64 da Portaria 158 aponta um rol de condutas que tornam inaptos por 12 (doze) meses os indivíduos que praticarem algumas dessas condutas.

A segurança dos receptores de sangue é inquestionável, porém é inadmissível que se atribua uma conduta passível de ser praticada por todos indivíduos a apenas um determinado grupo de pessoas, nesse caso aos homens, visto que qualquer casal não importando a composição, se de homens ou mulheres podem praticar o sexo anal.

O Inciso IV do artigo 64, da Portaria 158 não quer assegurar que o receptor receba sangue de quem pratica o sexo anal, mais sim assegurar que ele não receba o sangue de um homem que faça sexo com outro homem.

Nenhum estudo que comprove que o ato sexual praticado tanto por casais de homens quanto por casais heterossexuais, possam no primeiro caso trazer a inaptidão do sangue ao contrário do segundo. Diante disso não estamos tratando de nenhum ato de segurança, nem de nenhuma questão de sangue e sim de um ato de discriminação e puro preconceito aos homens gays, afinal como menciona o Ministro Edson Fachin a dar seu parecer favorável a inconstitucionalidade do referido inciso “Orientação sexual não contamina ninguém, o preconceito sim”. (FACHIN, 2017)

## Referências

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**.32ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2015, p 393, 453.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil**.1988. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 28 de setembro de 2017.

BRASIL. **Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil** (De 18 De Setembro

De 1946).

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm)>. Acesso em: 22de out. de 2017.

**BRASIL. Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil (De 24 De Fevereiro De 1891).**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)>. Acesso em: 22de out. de 2017.

**BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1967.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm)>. Acesso em: 22de out. de 2017.

**BRASIL. Constituição Da República Federativa Do Brasil.1988.** Promulgada em 05 de outubro de 1988.

Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 28 de setembro de 2017.

**BRASIL, Constituição Política Do Imperio Do Brazil (DE 25 DE MARÇO DE 1824).**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)>. Acesso em: 22 de out. de 2017.

BARROS JR., Carlos S. de. **Introdução ao Direito Administrativo.** São Paulo, 1954.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** tradução Humberto Laport de Mello. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.72 e ss.

## CAPÍTULO IV

### **A ILEGALIDADE DAS CONTRATAÇÕES DE PROFESSORES TEMPORÁRIOS DA ESCOLA MUNICIPAL PROFESSOR ANTÔNIO ROHDEN DE BRAÇO DO NORTE/SC NO PERÍODO DE 2015-2018**

Ana Luisa Santos Volpato<sup>1</sup>  
Fabrício Trevisol Bordignon<sup>2</sup>  
Michele Barreto Cattaneo<sup>3</sup>  
Andiara Pickler Cunha<sup>4</sup>

**Resumo:** Sabe-se que no âmbito da administração pública, a regra para contratação de servidores públicos é permanente e efetiva. Porém, há a possibilidade de contratações temporárias de servidores para atender demanda de necessidade excepcional e temporária. Esse artigo possui como objetivo geral analisar a legalidade das contratações temporárias na escola Professor Antônio Rohden. Os objetivos específicos foram identificar os requisitos constitucionais autorizadores para realizar-se uma contratação temporária, quais sejam, excepcionalidade e temporariedade, e ainda, detectar o número de vagas disponibilizadas para contratação temporária na escola em um período de quatro anos (2015-2018). A metodologia proposta no artigo foi uma pesquisa bibliográfica e quantitativa com caráter exploratório e descritivo, possuindo como fundamento coleta de dados fornecidos pelo Órgão Administrativo do município estudado. Do estudo realizado verificou-se a ilegalidade em boa parte das contratações temporárias de professores na escola Professor Antônio Rohden na cidade de Braço do Norte.

**Palavras-chave:** Contratação Temporária. Legalidade. Administração Pública.

### **Introdução:**

Sabe-se que no âmbito da administração pública, a regra pra contratação de agentes públicos é efetiva e permanente, e a forma de ingresso destes funcionários em qualquer Órgão Público se dá mediante concurso público de provas ou provas e títulos, e ainda, por livre nomeação, nos termos da lei.

Porém, a exceção desta regra se encontra nas contratações temporárias, as quais terão que atender os requisitos da excepcionalidade, ou seja, um fato atípico na administração pública que não acontece rotineiramente, e também, da temporariedade, levando em conta que a administração pública deverá manter estas contratações por um curto período de tempo, até sanar a situação excepcional que ensejou a contratação.

Entretanto, segundo a doutrina majoritária, o que vem acontecendo hoje é que os administradores vêm se utilizando da contratação temporária, para suprir necessidade permanente e duradoura da administração pública, por ser uma contratação mais acessível economicamente do que uma contratação efetiva, ferindo assim, os princípios constitucionais administrativos, tais como, legalidade, igualdade, moralidade, impessoalidade. (MARINELA, 2016)

Isto posto, a questão que este trabalho pretende responder é: existe (i)legalidade nas contratações temporárias dos professores na Escola Municipal Professor Antônio Rohden localizada no Município de Braço do Norte/SC?

Num primeiro momento analisaremos o conceito de agentes públicos e suas subdivisões em agentes políticos, temporários, agentes de colaboração, servidores governamentais, servidores públicos, agentes militares e honoríficos. Após, traremos a definição de cargo, emprego e função pública, bem como suas características e peculiaridades.

Em seguida, faremos uma explanação sobre as contratações temporárias, quais são as hipóteses autorizadas, suas características, requisitos, e ainda, a excepcionalidade de burla ao concurso público nas contratações temporárias, pois a forma de ingresso de agentes temporários nos Órgãos Públicos deve-se dar por meio de contratação direta ou processo seletivo simplificado.

Por último, será demonstrado o resultado obtido com a pesquisa quantitativa acerca das contratações temporárias ocorridas na Escola Municipal Professor Antônio Rohden do Município de Braço do Norte/SC, e discutidos os dados por meio de tabelas e gráficos.

O trabalho justifica-se pela necessidade de entender o motivo de abertura de processos seletivos na área da educação, no Município de Braço do Norte, de forma reiterada, verificando assim, se os mesmos respeitam os requisitos da contratação temporária, quais sejam necessidade e temporariedade da situação.

## **Agentes Públicos**

A nossa Carta Magna de 1988, ao regular o serviço público, preocupou-se em trazer regras, baseadas em princípios basilares do nosso ordenamento jurídico e demais fontes, a fim de que houvesse uma uniformização em todas as áreas dos serviços prestados e conseqüentemente regras e ditames acerca das pessoas que prestarão estes serviços para a administração pública.

O Estado, órgão de existência necessária para uma vida em sociedade organizada, tanto em maior quanto menor grau possui uma pluralidade de atribuições e funções que deverão ser exercidas por uma massa de pessoas físicas, chamadas: agentes públicos. Portanto, representantes do ente estatal. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018).

Um conceito do que é agente público, de forma objetiva, encontra-se na Lei n. 8.429/92, que dispõe sobre improbidade administrativa em seu art. 2º:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Portanto, agentes públicos são todas as pessoas que prestam serviços à administração pública direta ou indireta, em troca ou não de remuneração pecuniária. Não importando aqui qual seja o vínculo dessa pessoa com o órgão público, seja por nomeação, contratação, designação ou convocação, e ainda, pode estar ocupando um cargo temporário ou permanente. (MARINELA, 2016)

Como bem enfatiza Gasparini:

“Podem ser definidos como todas as pessoas físicas que sob qualquer liame jurídico e algumas vezes sem ele prestam serviços à Administração Pública ou realizam atividades que estão sob sua responsabilidade.” (GASPARINI, 2012, pg. 191)

Gasparini (2012, p. 207) também cita que há seis espécies de agentes públicos, quais sejam: Agentes políticos; Agentes temporários; Agentes de colaboração; Servidores Governamentais; Servidores Públicos; Agentes Militares.

### ***Agentes Políticos***

Os agentes políticos compõem o governo nos seus primeiros escalões e ocupam cargos, empregos, funções, mandatos, entre outros. Exercem funções governamentais, e atuam com liberdade funcional, possuindo prerrogativas e responsabilidades próprias para desempenhar suas atribuições. (MEIRELLES, 2016).

Para que alguém se torne um agente político não é necessário que tenha um vínculo profissional com a administração pública, e sim, um vínculo político, uma vez que o que os capacita para o desempenho de suas funções é a qualidade de cidadãos, podendo ser eleitos ou nomeados. (GASPARINI, 2012)

Desses agentes são exemplos o Presidente da República e Vice, Governador e Vice, Prefeito e Vice, ministros de estado, secretários estaduais e municipais, senadores, deputados estaduais e federais, vereadores, etc. (MELLO, 2014)

### ***Agentes Temporários***



São aqueles contratados por tempo determinado, a fim de suprir necessidade excepcional de interesse público. Possuem uma relação funcional de direito público com a administração pública, com natureza jurídico-administrativa, tendo em vista que o contrato utilizado para realizar a admissão destes agentes tem natureza de direito público, e não trabalhista. Exercem uma função, mediante contraprestação remuneratória pelos seus serviços. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018)

Estes agentes, segundo entendimento do STF, são regidos por um regime jurídico administrativo especial, ou seja, nem totalmente celetista e nem totalmente estatutário, e sim uma mistura dos dois, pois como veremos no decorrer do trabalho, o regime celetista nunca será aplicado em sua total essência na administração pública. (MARINELA, 2016)

Para Di Pietro (2010, p. 514), os agentes temporários são providos por tempo determinado, para suprir o interesse público referente à necessidade temporária e excepcional da contratação. Ocupam função pública, e não estão vinculados a cargos ou empregos públicos. Cada unidade de federação, através de lei, deverá ditar um regime jurídico especial para essa espécie de contratação.

### ***Agentes de Colaboração***

São agentes que exercem uma função pública dentro da administração, ainda que por curto período de tempo. São divididos em três espécies, quais sejam, agentes de colaboração por vontade própria; por compulsão; por concordância da administração pública. (GASPARINI, 2012)

#### ***Agentes de Colaboração Por Vontade Própria***

Para a maioria da doutrina, estes agentes são chamados de gestores de negócios, tendo em vista que, de forma espontânea, assumem determinada função pública em um momento de emergência. (DI PIETRO, 2010) O autor Mello (2014, p. 258), ainda, utiliza para caracterizar estes agentes, a expressão “sponte propria”, ou seja, os agentes de colaboração por vontade própria assumem a gestão da coisa pública, perante situações anômalas.

Estes agentes nada recebem em forma de contraprestação de seus serviços, e não possuem nenhum vínculo empregatício com a administração pública. Porém, para

fins penais, são considerados funcionários públicos e respondem pelos seus atos. (GASPARINI, 2012)

#### *Agentes de Colaboração Por Compulsão*

Os agentes por compulsão são aqueles requisitados pela administração pública, e forçados a prestarem um serviço ou uma função, sem receber remuneração, na maioria das vezes, pelo serviço prestado. São considerados funcionários públicos, apenas para fins penais. São eles os mesários eleitorais, os jurados do tribunal do júri, os recrutados para o serviço militar obrigatório. (DI PIETRO, 2010)

Para a maioria da doutrina, estes agentes são chamados de honoríficos, e são livremente designados pela administração pública, em razão de sua condição cívica, honorabilidade ou notória capacidade profissional, para colaborarem com o Estado mediante a prestação de serviços específicos. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018)

#### *Agentes de Colaboração com a Concordância da Administração Pública*

Di Pietro (2010, p. 518) chama estes agentes de particulares em colaboração com o poder público mediante delegação. Exercem função pública, sem vínculo empregatício, mas sujeitos a uma fiscalização dos serviços prestados por parte do ente público contratante. São eles os empregados das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, os que exercem serviços notariais e de registro, leiloeiros, tradutores e intérpretes públicos.

Os agentes de colaboração com concordância recebem remuneração em razão da prestação de seus serviços, e são considerados, para fins penais, funcionários públicos, respondendo assim, por todos os seus atos. (MEIRELLES, 2012)

#### **Servidores Governamentais**

São aquelas pessoas que ocupam emprego público e possuem uma relação empregatícia profissional e duradoura com as empresas públicas, sociedade de economia mista ou fundações privadas, mediante contraprestação remuneratória de

seus serviços. Estes servidores são regidos pela CLT, e ingressam nestas empresas governamentais por meio de concurso público. (MELLO, 2014)

Para Marinela (2016, p. 658), os servidores governamentais se equiparam aos servidores públicos em alguns aspectos, conforme se extrai:

“Esses servidores não são considerados servidores públicos, todavia equiparam-se a eles em alguns aspectos:

- a) Estão sujeitos ao concurso público para preenchimento dos empregos, salvo as exceções expressar em nosso ordenamento jurídico (art. 37, II, da CF);
- b) Submetem-se ao regime de não cumulação de cargos e empregos, salvo nas hipóteses permitidas pelo texto constitucional (art. 37, XVII, da CF);
- c) Estão limitados ao teto remuneratório dos servidores previsto no art. 37, XI, da CF, salvo quando não receberem recursos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal (da Administração Direta) para o pagamento de despesas de pessoal ou para custeio em geral (art. 37, §9º, da CF);
- d) Respondem por improbidade administrativa, com base na Lei n. 8429/92, art. 2º;
- e) São considerados funcionários públicos para fins penais, conforme previsão do art. 327 do Código Penal, e, por conseguinte, respondem pelos crimes contra a Administração Pública;
- f) Submetem-se aos remédios constitucionais, tais como mandado de segurança, ação popular, mandado de injunção e outros.” (MARINELA, 2016, p. 658)

Estes servidores não possuem estabilidade, como os demais servidores públicos, porém, não podem ser demitidos ao livre arbítrio da administração pública. Necessita, para seu desligamento, de uma razão de interesse público que justifique sua demissão, com o devido processo regulamentar, respeitando o princípio do contraditório e ampla defesa. (GASPARINI, 2012)

### ***Servidores Públicos***

Servidores públicos são os agentes que atuam na administração pública, por meio de vínculo jurídico de direito público e ingressam no cargo mediante concurso de provas ou provas e títulos, e também por livre nomeação, nos termos da lei. Subdividem-se em servidores estatutários e celetistas. (JUSTEN FILHO, 2015)

### *Servidores Públicos Estatutários*

Os servidores estatutários se ligam à administração pública por um regime institucional, não seguem as regras previstas na CLT, e sim do estatuto de cada ente público contratante, e ainda se refere aos servidores públicos ocupantes de cargo público. (GASPARINI, 2012)

Marinela (2016, p. 653) opina que o regime estatutário é, sem dúvidas, aquele mais benéfico aos servidores públicos, pois lhes garante mais direitos, tais como regime próprio de aposentadoria, o direito à estabilidade expressa no art. 41 da CF, o direito à reintegração e à disponibilidade remunerada, etc.

“Esses direitos garantem aos servidores maior segurança e conforto para o exercício de suas funções, o que representa, ao menos na teoria, uma maior eficiência, moralidade e impessoalidade nos serviços públicos. Acredita-se que, se o servidor estiver seguro, satisfeito e feliz, ele não vai se submeter aos esquemas de corrupção, fraude e também não terá medo de perder o cargo quando tomar as suas decisões em busca do interesse público, prejudicando os interesses de alguns administradores corruptos.” (MARINELA, 2016, p. 653)

Por fim, na maioria das doutrinas, encontra-se o regime estatutário como sendo o mais benéfico aos servidores públicos, pois atende as características de uma relação que dá atenção, não só aos interesses empregatícios, mas também aos interesses públicos básicos, pois os servidores representam o Estado como tal na busca do que é melhor para a coletividade. (MARINELA, 2016)

### *Servidores Públicos Celetistas*

São aqueles ocupantes de emprego público, possuindo um vínculo contratual com a administração pública, e em decorrência desta espécie de vínculo obedecem as regras contidas na CLT. (GASPARINI, 2012). Em outras palavras, para Justen Filho (2015, p. 1064), são servidores que se subordinam ao regime trabalhista, mas atuam no âmbito de pessoa jurídica de direito público.

Para Gasparini (2012, p. 225), com a modificação do art. 39 da Constituição Federal nos termos da Emenda Constitucional n. 19/98, feita pelo STF no julgamento da ADI n. 2.135, de 02/08/2007, não se admite a livre escolha do regime jurídico, muito menos, a simultaneidade de regime jurídico estatutário e celetista, voltando a ter um único regime possível para os servidores públicos.

Ainda, para o autor Justen Filho (2015, p. 1.065), o regime celetista, no âmbito da administração pública, nunca será aplicado em sua total essência, pois o vínculo jurídico que liga um servidor ao órgão estatal não vai se submeter as mesmas regras de um vínculo privado, por exemplo. Portanto, não de existir inúmeras normas trabalhistas afastadas em virtude do regime inerente à atividade administrativa estatal.

### ***Agentes Militares***

Os agentes militares são as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas Brasileiras (marinha, exército e aeronáutica), e também às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. São agentes estatutários, sujeitos a um regime próprio, com suas respectivas regras, tais como, vedação ao exercício de greve, proibição de filiação sindical e também vedação de atividade-político partidária. (DI PIETRO, 2010)

Para Justen Filho (2015, p. 899), os agentes militares não são considerados servidores públicos, uma vez que a emenda complementar n. 18 de 1998 alterou a Constituição Federal no tocante à Seção II do Capítulo VII Título III, passando a dispor esses artigos de lei somente sobre os servidores públicos, e os agentes militares foram remetidos para o art. 142, 3º, da CF.

Ingressam no quadro mediante recrutamento, quando o homem, maior de 18 anos é obrigado a prestar serviço militar, ou por concurso público nos cursos de formação de sargento e oficiais, policial militar e corpo de bombeiros militar. (GASPARINI, 2012)

### ***Cargo Público***

Para Mello (2014, p. 261), cargos públicos são as mais simples unidades de competência a serem exercidas por um agente. São criados por lei, em número certo e com denominação própria. Os titulares serão providos mediante concurso público ou livre nomeação, nos termos definidos e lei e regidos pelo respectivo estatuto.

O art. 2 da lei n. 6.745/85, a qual dispõe acerca do Estatuto dos Funcionários Públicos civis do Estado de Santa Catarina, traz um conceito de cargo público:

Art. 2º - Funcionário Público, para os fins deste Estatuto, é a pessoa legalmente investida em cargo público criado por lei, de provimento

efetivo ou em comissão, com denominação, função e vencimento próprios, número certo e pagamento pelo erário estadual.

Meirelles (2016, p. 524) faz uma distinção entre função permanente da administração pública e função transitória. A função permanente, segundo o autor, somente será exercida por titulares de cargos públicos. Já a transitória, será exercida por aqueles servidores designados, admitidos ou contratados precariamente.

Ainda, de acordo com o doutrinador os cargos públicos se dividem em classes e carreiras, e também em cargos de carreira; cargos isolados; cargos técnicos; cargos em comissão; cargos de chefia:

*Classe* – É o agrupamento de cargos da mesma profissão, e com idênticas atribuições, responsabilidades e vencimentos. As *classes* constituem os degraus de acesso na carreira.

*Carreira* – É o agrupamento de classes da mesma profissão ou atividade, escalonadas segundo a hierarquia do serviço, para acesso privativo dos titulares dos cargos que a integram, mediante provimento originário. O conjunto de carreiras e de cargos isolados constitui o *quadro permanente do serviço* dos diversos Poderes e órgãos da Administração Pública. As carreiras iniciam-se e terminam nos respectivos *quadros*.

*Quadro* – É o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou poder. O *quadro* pode ser permanente ou provisório, mas sempre estanque, não admitindo promoção ou acesso de um para outro.

*Cargo em carreira* – É o que se escalona em classes, para acesso privativo de seus titulares, até o da mais alta hierarquia profissional.

*Cargo isolado* – É o que não se escalona em classes, por ser único na sua categoria. Os *cargos isolados* constituem exceção no funcionalismo, porque a hierarquia administrativa exige escalonamento das funções para aprimoramento do serviço e estímulo aos servidores, através da promoção vertical. Não é o arbítrio do legislador que deve predominar na criação e cargos isolados, mas sim a natureza da função e as exigências do serviço.

*Cargo técnico* – É o que exige conhecimentos profissionais especializados para seu desempenho, dada a natureza científica ou artística das funções que encerra. Nesta acepção é que o art. 37, XVI, "b", da CF o emprega, sinonimizando-o com *cargo científico*, para efeito de acumulação.

*Cargo em comissão* – É o que só admite provimento em caráter provisório. São declarados em lei de livre nomeação (sem concurso público) e exoneração (art. 37, II), destinando-se apenas às atribuições de direção, chefia e assessoramento (CF, art. 37, V). Todavia, pela EC 19, o preenchimento de uma parcela dos *cargos em comissão* dar-se-á unicamente por servidores de carreira, nos casos, condições e percentuais mínimos previstos em lei.

*Cargos em chefia* – É o que se destina à direção de serviços. Pode ser de carreira ou isolado, de provimento efetivo ou em comissão, tudo dependendo da lei que o instituir." (MEIRELLES, 2016, pg. 525)

Ainda, Marinela (2016, p. 668) opina que existe uma terceira classificação de cargos públicos, qual seja cargo vitalício, que segundo a autora, são os mais seguros dentro da administração pública, tendo em vista que o desligamento dos servidores deste cargo só acontecerá via procedimento judicial. Os ocupantes destes cargos dependem de prévia aprovação em concurso público, salvo as exceções previstas na CF, tais como Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas.

A extinção dos cargos públicos se dará de formas diferentes em cada poder do estado. No executivo será extinto o cargo na forma da lei ou decreto, quando editado com base em lei que disciplina, de acordo com o art. 4º do Decreto federal n. 3.151 de 23 de agosto de 1999. Já no legislativo, o cargo será extinto mediante resolução, e no judiciário é a lei que extingue o cargo público. (GASPARINI, 2012)

### ***Emprego Público***

Já empregos públicos, segundo a lei n. 9.962/2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, são núcleos de trabalho permanentes e seus titulares são agentes contratados para desempenhá-los, submetidos ao regime Celetista. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018)

Os empregos públicos estão localizados em toda a administração pública, porém, nas sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações de direito privado, os empregos públicos são exclusivos, tendo em vista que por concorrerem com outras empresas do ramo privado, esses servidores não poderão ser regidos pelo regime estatutário, e sim, celetista. (MELLO, 2014)

Ressalvados os casos de empregos em comissão, a forma de provimento nos empregos públicos se dá por concurso público de provas ou provas e títulos, a fim de assegurar a moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público, e ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam os requisitos fixados em lei. (MEIRELLES, 2016)

Os empregos públicos, quando a pessoa jurídica for de direito público, deverão ser criados e extintos por lei, de igual forma com o que acontece com os cargos públicos. (MARINELA, 2016)

### **Função Pública**

Por outro lado, funções públicas correspondem a encargos de direção, chefia ou assessoramento, exercidas por servidor de cargo efetivo, ou da confiança da autoridade que as preenche. São da mesma forma, criadas por lei e muito se assemelham com cargos em comissão, porém a diferença é que o titular de cargos comissionados poderá ser pessoa estranha ao serviço público. (MELLO, 2014)

Para Marinela (2016, p. 664), função pública é um conjunto de atribuições designadas a um servidor, ou seja, é a atividade em si mesma, correspondendo a inúmeras tarefas que devem ser desenvolvidas por um agente público. Da mesma forma, a criação e extinção das funções públicas se dão por meio de lei.

### **Contratação Temporária no âmbito da Administração Pública**

A constituição Federal de 1988 elencou em seu art. 37, IX, a possibilidade de contratação temporária e servidores públicos para suprir necessidade temporária e excepcional da administração pública. Vejamos:

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 da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:  
IX – a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público.

O art. 37 da Constituição Federal é uma norma de eficácia limitada, que reconhece uma hipótese de contratação de pessoal, porém só poderá ser exercida após o advento da lei que estabelece a contratação temporária, de acordo com a excepcionalidade e temporariedade de cada ente público. (MARINELA, 2016)

Orienta José dos Santos Carvalho Filho que:

“Segundo disposição constitucional, a lei estabelecerá os casos de contratação desses servidores. Assim dizendo, só se pode entender que o Constituinte pretendeu caracterizar essa relação funcional como de natureza contratual. Cuida-se, de fato, de verdadeiro contrato administrativo de caráter funcional, diverso dos contratos administrativos em geral pelo fato de expressar um vínculo de trabalho subordinado entre a Administração e o servidor.” (CARVALHO FILHO, 2009 apud MARINELA, p. 728, 2016)



Para Gasparini (2012, p. 213) necessidade temporária é aquela que é passageira, e não permanente. Um exemplo trazido pelo autor é em um caso de surto de epidemia, que são contratados agentes temporários para realizar a vacinação na população. No dicionário, temporariedade significa característica, estado ou particularidade do que é momentâneo, temporário ou transitório; transitoriedade. (FERREIRA, 1986)

Da mesma forma, Gasparini (2012, p. 213) entende como necessidade excepcional, aquela situação de exceção, que não é rotineira da administração pública e nem necessariamente será ligada a ideia de urgência. Excepcionalidade, no dicionário, significa característica ou particularidade do que é excepcional. (FERREIRA, 1986)

A lei 8.745/93 enumera várias hipóteses de contratações temporárias excepcionais em seu art. 2º, em especial para este trabalho utilizamos os incisos IV, V, VI, alínea "I", VII, e ainda, alguns casos em que poderá ser prorrogado o prazo para contratação temporária, em seu art. 4º, pois como veremos a diante, a regra é a existência de prazo final do contrato pré-estabelecido pela administração pública.

Art. 2º Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público:

IV - admissão de professor substituto e professor visitante;

V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro;

VI – atividades:

I) didático-pedagógicas em escolas de governo;

VII - admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação.

Ainda, a administração pública deverá demonstrar a impossibilidade de suprir a necessidade transitória e excepcional com o quadro de agentes públicos efetivos. Como bem ensina Mello (1991, p. 82):

“Cumpra que tal contratação seja indispensável; vale dizer, indubitavelmente não haja meios de supri-la com remanejamento de pessoal ou redobrado esforço dos servidores já existentes.”

A justificativa da administração pública para contratação temporária é indispensável. O órgão público deverá certificar a situação temporária e excepcional que dá ensejo a contratação, sob pena de o ato ser caracterizado como nulo,

juntamente com punição à administração pública, com base no art. 37, § 2º, da CRFB/88. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018)

Outra exigência trazida pela Carta Magna é que essas contratações sejam por tempo determinado, com prazo pré-estabelecido, para que a administração pública dê fim à situação que ensejou a contratação. (GASPARINI, 2012). De acordo com Marinela (2016, p. 732), o prazo da contratação temporária pode variar dependendo da lei instituidora, o que no âmbito federal pode chegar até 5 (cinco) anos, como ocorre com o Sistema de Vigilância da Amazônia.

### **Burla ao Concurso Público**

O concurso público é um procedimento conduzido por autoridade determinada imparcial, subordinado a um ato administrativo prévio, com base nos princípios constitucionais administrativos, tais como, impessoalidade, igualdade, moralidade, publicidade, legalidade, entre outros. (JUSTEN FILHO, 2015)

Em nomeações para cargos em comissão e contratos temporários para suprir necessidade temporária e excepcional, fica o concurso público, dispensável, devendo ficar a critério do gestor público identificar as situações em que é preciso utilizar-se desse procedimento de admissão. (GASPARINI, 2012)

De acordo com Mello (2014, p. 292), a ideia de dispensa de concurso público para contratações temporárias é um escândalo, pois hoje há no nosso ordenamento jurídico várias leis que estabelecem prazos razoavelmente consideráveis de contratações temporárias que chegam até 36 meses, o que é o caso de admissão de pessoal técnico nas agências reguladoras. Indo a contratação direta destes agentes temporários contra os princípios administrativos constitucionais da impessoalidade, moralidade, além de não dar oportunidade igual a todas as pessoas de ingresso nessas funções públicas que são de longa duração.

Porém, segundo Alexandrino & Paulo (2018, p. 358), mesmo que as contratações temporárias possam ser de livre nomeação, atualmente leis federais vêm exigindo processo seletivo simplificado como modalidade de admissão, em razão de respeitar os princípios elencados acima, com destaque ao da impessoalidade e igualdade, o que é o caso da lei nº 8.745/93, com força em seu art. 3º, o qual só dispensa o processo seletivo simplificado nos casos de calamidade pública, emergência ambiental e emergência em saúde pública:

Art. 3º O recrutamento de pessoal a ser contratado, nos termos desta Lei, será feito mediante processo seletivo simplificado sujeito a ampla divulgação, inclusive através do Diário Oficial da União, prescindindo de concurso público.

§ 1º A contratação para atender às necessidades decorrentes de calamidade pública, de emergência ambiental e de emergências em saúde pública prescindirá de processo seletivo.

Como bem enfatiza MELLO (2014):

“O tal processo seletivo terá de apresentar características similares às de um concurso público, podendo apenas simplifica-lo naquilo que não interfira com a necessária publicidade, igualdade dos concorrentes e possibilidade de aferirem a lisura do certame. Será obrigatório, ainda, que as provas ou provas e títulos guardem relação com a natureza e a complexidade do emprego. (MELLO, 2014, p. 80)

Por fim, para se respeitar os princípios constitucionais da igualdade, moralidade e impessoalidade, é justificável e compreensível o uso de processo seletivo simplificados para algumas contratações temporárias, ainda mais que, como vimos atualmente, muitos Órgãos Públicos não estão respeitando os princípios que regem este tipo de contratação, quais sejam, a excepcionalidade da situação na administração pública juntamente com a temporariedade da função que será exercida. (MELLO, 2014)

### **Ilegalidade das contratações temporárias que não respeitam os requisitos temporariedade e excepcionalidade**

A contratação temporária deverá ser a modalidade utilizada, justamente, quando houver situação excepcional na administração pública, com tempo determinado a fim de que o gestor público cesse essa situação que ensejou a contratação, seja porque ela teve um fim literalmente falando, ou porque foi criado concurso público, pelo poder público, a fim de atender a demanda que surgiu. (MEIRELLES, 2016)

É o que diz Gasparini (2012) ao comentar sobre o assunto:

“o inciso IX do art. 37 da Constituição Federal, criador dos agentes temporários, exige que a contratação seja por tempo determinado, isto é, por prazo suficiente para pôr fim à situação transitória que lhe deu causa.”

Nesta toada, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE CARAZINHO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA FUNÇÃO PERMANENTE. BIBLIOTECÁRIO. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DA EXCEPCIONALIDADE E DA TEMPORARIEDADE. BURLA AO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Contratação de bibliotecário. Caso concreto que não caracteriza situação excepcional decorrente de circunstâncias imprevisíveis pela Administração. Burla ao princípio da universalidade de acesso aos cargos públicos, o que se dá pela via do concurso. Ofensa aos arts. 37, IX, da CF e 19, IV, da CE. ADIN JULGADA PROCEDENTE. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70023177694, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 28/07/2008)

Portanto, contratações temporárias que não atendam os requisitos previstos no art. 37, IX da Constituição Federal, quais seja, temporariedade e excepcionalidade, serão consideradas indevidas e ilegais. O STF já posicionou entendimento na matéria, entendendo que a natureza da função, se permanente ou transitória, por si só, não determina a constitucionalidade, ou não, da lei que institui a contratação temporária em determinada função pública. Até mesmo funções permanentes, desde que devidamente justificadas por situação fática excepcional, e somente por este motivo, podem admitir esta espécie de contratação. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018)

Relata Marinela (2016, p. 732/733) que, atualmente os administradores estão se utilizando da contratação temporária de maneira errônea, pois muitas vezes há contratação com caráter temporário, porém em razão das sucessivas prorrogações desses vínculos, descaracteriza a natureza excepcional e temporária das admissões.

As contratações temporárias reiteradas podem comprometer sua validade ou até caracterizar ato de improbidade administrativa. Da mesma forma, é importante frisar que, quando devida a prorrogação dos vínculos temporários, deve ser feita de maneira transparente e devidamente motivada, evitando assim a prática de desvio de finalidade. (MARINELA, 2016)

Há nas nossas jurisprudências um acervo enorme de demandas que veiculam sobre o assunto abordado, é o caso do julgamento do RE n. 658.026 em sede de repercussão geral, em que o STF decidiu que é inconstitucional lei municipal que admite

contratações temporárias de servidores em desacordo com os requisitos da excepcionalidade e temporariedade:

Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. 3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração. 4. É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência. Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de la culture de gestion, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para ‘cultura de gestão estratégica’) que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social. (STF - RE: 658026 MG, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 09/04/2014, Tribunal Pleno,

Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

Por fim, infelizmente, o que se percebe é que a administração pública se utiliza, muitas vezes, dessas contratações para obtenção de privilégios pessoais, tendo em vista que é muito mais acessível economicamente uma contratação temporária do que uma contratação efetiva, pois o contrato de agente temporário é somente de, no máximo, 11 meses, ou seja, o administrador pagará férias e 13º salários proporcionais, por exemplo, e não pagará nenhuma espécie de indenização por rescisão contratual, pois o contrato é por tempo determinado, o que gera um custo bem menor para o Órgão Público. (MARINELA, 2016)

Isto posto, fica evidente que essas contratações temporárias reiteradas para suprir necessidade permanente e duradoura da administração pública, geram nulidade contratual e caracterizam desvio de finalidade com visível violação a diversos princípios administrativos elencados na Constituição Federal, tais como, isonomia, moralidade, legalidade, entre outros. (ALEXANDRINO & PAULO, 2018).

### **Procedimentos Metodológicos**

O presente artigo trata-se de revisão bibliográfica e pesquisa quantitativa com caráter exploratório e descritivo. Foram utilizados na pesquisa dados fornecidos pela Prefeitura de Braço do Norte, Secretaria de Educação do Município de Braço do Norte e pela Administração Escolar, a fim de conhecer o número de contratações temporárias (vagas reais) de professores na Escola Municipal Professor Antônio Rohden nas disciplinas de português, matemática, geografia, história, educação física, inglês, ensino religioso, ciências, artes e ECA. Os dados coletados foram devidamente tabulados para uma melhor análise acerca das informações prestas pela instituição de ensino público.

Para Marconi e Lakatos (2010, p.167) a revisão bibliográfica não se trata de “mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras”. A revisão bibliográfica se deu por meio de livros, artigos científicos, jurisprudências e legislações, buscando-se através do método dedutivo, demonstrar alguns posicionamentos de diversos autores sobre o tema proposto.

Na pesquisa quantitativa, Fonseca (2002) cita que os resultados podem ser quantificados, centrando-se na objetividade. Neste tipo de pesquisa os resultados são tomados como se constituíssem um retrato real de toda a população alvo da pesquisa.

Em relação ao caráter da pesquisa, destaca-se que a exploratória é desenvolvida no sentido de proporcionar uma visão geral acerca de determinado fato. Esse tipo de pesquisa é realizada, sobretudo, quando o tema escolhido é pouco explorado e torna-se difícil formular hipóteses precisas e operacionalizáveis. (GIL, 1999)

Já a pesquisa descritiva caracteriza-se por descrever um fenômeno ou situação em detalhe, especialmente o que está ocorrendo, permitindo abranger, com exatidão, as características de um indivíduo, uma situação, ou um grupo, bem como desvendar a relação entre os eventos. (SELLTIZ, 1965)

## Resultados e Discussão

Foi realizada uma pesquisa quantitativa na Escola Municipal Professor Antônio Rohden do Município de Braço do Norte para apurar o número de professores efetivos e temporários entre um período de tempo (2015 a 2018) nas disciplinas trabalhadas durante todo o ano letivo, como Língua Portuguesa, Matemática, Geografia, História, Educação Física, Inglês, Ensino Religioso, Ciências, Artes e ECA, a fim de verificar a legalidade das contratações temporárias das mesmas.

**Tabela 1** – Número de funcionários efetivos e temporários por disciplina e por ano

DISCIPLINA	Nº DE EFETIVOS *	CONTRATAÇÕES TEMPORÁRIAS			
		2015	2016	2017	2018
Português	3	1	2	1	1
Matemática	3	1	1	1	1
Geografia	2	2	2	2	2
História	2	1	1	1	0
Educação Física	5	1	2	2	2
Inglês	2	3	4	3	3
Ensino Religioso	0	2	2	1	1
Ciências	3	0	1	0	1
Arte	0	1	2	2	2
ECA	0	2	2	2	2
<b>TOTAL</b>	<b>20</b>	<b>14</b>	<b>19</b>	<b>15</b>	<b>15</b>

Fonte: Elaboração do autor (2019). \*Número de efetivos não oscilou entre o período analisado.

De início, destaca-se que os professores tanto efetivos quanto temporários, além de necessitarem da aprovação em concurso público ou processo seletivo, precisam ter formação específica em ensino superior para serem habilitados a lecionarem determinada disciplina escolar, como por exemplo, o professor de matemática precisa ser formado em ensino superior no curso de matemática.

No entanto, na disciplina de Língua Inglesa, no período pesquisado, não houve nenhuma contratação de professores via processo seletivo, somente contratação direta por currículo, justamente porque nenhum candidato aprovado em processo seletivo possuía formação em ensino superior para lecionar a determinada matéria.

Ressalta-se também que não foram contabilizadas, na respectiva pesquisa, as contratações temporárias realizadas para suprir falta de servidores efetivos, que por inúmeros motivos não estão ocupando o seu devido cargo, seja por motivo de licença ou remoção, como, por exemplo, um professor efetivo que está assumindo a diretoria da escola ou outro cargo administrativo. Isto justifica o termo vaga real, utilizado na tabela demonstrada para identificar vagas preenchidas somente por servidores temporários em funções criadas exclusivamente para estes servidores, as quais sem eles, não existiriam.

Na Tabela 1, temos o número de servidores efetivos em cada disciplina analisada e verifica-se, por exemplo, que as matérias de artes, ensino religioso e ECA (estatuto da criança e do adolescente) não possuem nenhum professor efetivo. Levando em conta que estas matérias são obrigatórias na grade curricular do ensino educacional da escola municipal, a contratação de professores deveria ser por meio de concurso público, tornando-os efetivos, e não, por meio de contratação temporária como vem sendo praticado pela administração pública, conforme Tabela 1 que mostra estes e demais casos de contratações temporárias.

Por meio da tabela acima, demonstram-se os comparativos das contratações temporárias reiteradas na administração pública, frisando ainda mais, a ilegalidade dos atos, de acordo com o art. 37, IX, da Constituição Federal, tendo em vista que sempre houve todos os anos contratações para suprir necessidade permanente da escola pública.



Na disciplina de Língua Inglesa, por exemplo, foram abertas no ano de 2015 três vagas para contratação temporária. Já no ano de 2016 o número de vagas aumentou para quatro. No ano de 2017 e 2018 voltaram para três vagas respectivamente. Portanto, verificou-se que neste período sempre abriram, no mínimo, três vagas para a disciplina, ou seja, o caráter excepcional e temporário da contratação se perdeu, passando a ser uma necessidade permanente da administração pública a contratação de, ao menos, três professores para lecionar Língua Inglesa na escola pública.

Na disciplina de matemática, da mesma forma, do ano de 2015 até o ano de 2018 sempre estava disponível uma vaga para contratação temporária de professor para lecionar esta matéria. Ou seja, se sempre abriu uma vaga todos os anos, o caráter destas contratações não é mais temporário e muito menos excepcional, passando a ser um fato reiterado na administração pública, a contratação de professor para lecionar matemática nos anos estudados.

Em geografia também, o número de vagas que abriram de 2015 até 2018 foram sempre duas, o que se constatou, como nas outras disciplinas, a necessidade permanente que tem a administração pública em contratar dois professores para lecionar geografia nessa escola pública, tendo em vista que durante quatro anos o órgão público abriu duas vagas todos os anos para contratação temporária de professores nesta matéria.

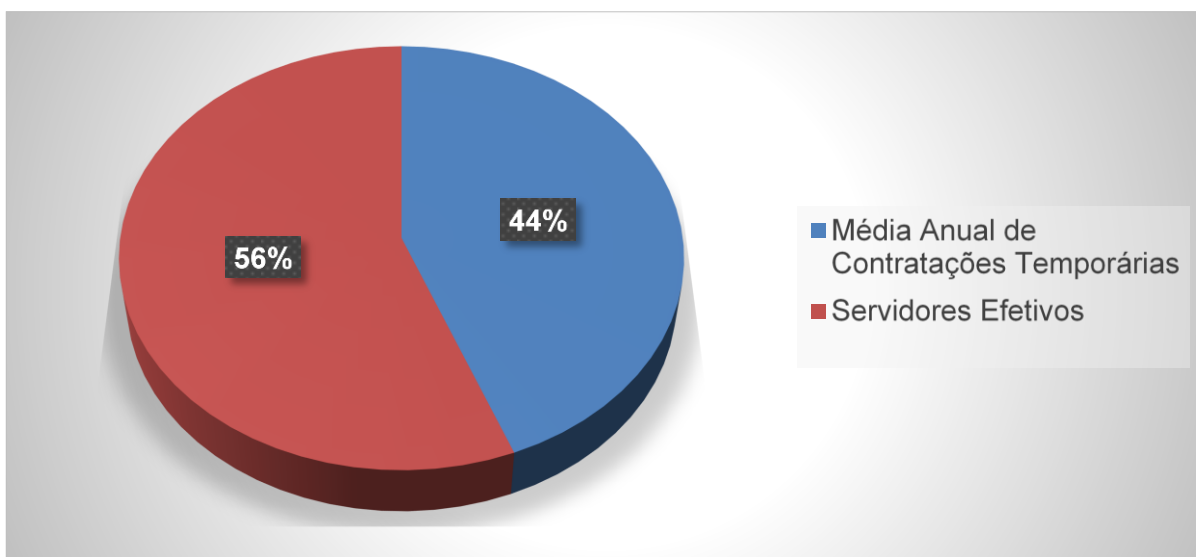
O que não aconteceu na disciplina de ciências, por exemplo, a qual houve abertura de uma vaga no ano de 2016 e uma no ano de 2018. Nos anos de 2015 e 2017 não houve contratações temporárias. Aqui está clara a legalidade das contratações temporárias ocorridas no ano de 2016 e 2018, pois ficou evidente a excepcionalidade e temporariedade da situação, tendo em vista que foram admissões isoladas, não rotineiras.

Em suma, verificou-se que alguns números de contratações oscilam pelo motivo de aumento ou desmembramento de turmas da referida escola pública, mas sempre há uma média de contratações temporárias em cada ano. Essa média é o número de contratações reiteradas da administração pública, o que justifica que o Órgão Público tem uma necessidade permanente em contratação efetiva de professores em determinadas matérias, e está se utilizado da contratação temporária de modo errôneo e ilegal.

Totalizando as contratações temporárias demonstradas na tabela 1, nota-se que nos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018 houveram 12, 19, 15 e 15 contratações respectivamente. Fazendo uma média de admissões deste período, chegou-se ao número de 15,75 vagas abertas anualmente.

O gráfico a seguir, realça que a média de contratações temporárias do período de quatro anos quase alcança o número de servidores efetivos da escola, ficando com uma diferença muito pequena analisando as porcentagens.

**Gráfico 1** – Servidores Efetivos x Média Anual de Contratações Temporárias



Fonte: Elaboração do autor (2019).

Fica, de fato, incontestável a ilegalidade de boa parte das contratações temporárias de professores que acontecem nesta escola ora pesquisada, pois o administrador não está levando em conta os requisitos básicos e essenciais destas contratações, quais sejam, a excepcionalidade, ou seja, um fato atípico na administração pública que não acontece rotineiramente, e também, a temporariedade, levando em conta que a administração pública deverá manter estas contratações por um curto período de tempo, até sanar a situação excepcional que ensejou a contratação.

O procedimento correto a ser adotado seria a abertura de concurso público para preenchimento das vagas temporárias demonstradas que abrem todos os anos letivos, fazendo assim, a contratação efetiva de professores nas determinadas disciplinas, para suprir necessidade duradoura e permanente do órgão público.

Ademais, há de se ressaltar que, se por um lado, é mais vantajoso para a administração pública contratar um agente temporário, por outro lado o servidor encontra-se prejudicado, pois além de não ter uma estabilidade empregatícia, não receberá de forma integral seus direitos trabalhistas. Enfatiza-se também que este sistema de contratações temporárias facilita a alta rotatividade de professores na instituição de ensino, o que pode ser prejudicial ao ensino dos alunos, uma vez que a adaptação do professor no ambiente escolar é fator crucial para um melhor processo de ensino-aprendizagem.

### **Considerações Finais**

Como vimos, o Estado como ente organizador de uma sociedade civil, possui inúmeras atribuições elencadas na CF/88 que serão exercidas pelos cidadãos que ingressam na administração pública para cumprir as devidas funções, chamados de agentes públicos. Estes agentes, segundo alguns autores, podem ser subdivididos em agentes políticos, servidores governamentais, agentes de colaboração, servidores públicos, agentes militares e agentes temporários, que ocuparão cargos, empregos ou funções públicas.

Entre as formas de ingresso na administração pública, encontram-se as contratações temporárias que não precisarão ser efetivadas mediante concurso público, pois há, neste caso, uma burla ao procedimento, sendo possível a contratação de agentes temporários mediante currículo ou processo seletivo simplificado. Esta última hipótese, vem criando força atualmente, tendo em vista que oferece oportunidades iguais a todos os candidatos, e respeita os princípios administrativos, tais como, igualdade, isonomia, impessoalidade e legalidade.

Estas contratações, ainda, visam suprir apenas necessidade excepcional e temporária, de acordo com o art. 37, IX, da CF/88. Entende-se como excepcional o que é fora do comum, que ocorre além dos limites do que é normal, e como temporário aquilo que dura apenas um certo tempo, provisório. Neste artigo, foram analisadas as contratações de professores temporários ocorridas na Escola Municipal Professor Antônio Rohden, localizada no Município de Braço do Norte/SC, por um período de quatro anos (2015-2018), as quais, na sua maioria, foram feitas a seleção de servidores, por meio de processo seletivo.

Após análise dos resultados obtidos, verificou-se que as contratações temporárias ocorridas no período analisado oscilaram pelo aumento ou desmembramento de turmas, mas sempre existiu um número mínimo de contratações temporárias em cada ano, o que mostra que boa parte destas contratações reiteradas foram feitas para suprir necessidade permanente de professores efetivos em determinadas matérias.

Encontrou-se um número de 12, 19, 15 e 15 contratações temporárias, nos anos de 2015, 2016, 2017 e 2018 respectivamente, sendo que todas estas contratações citadas são para vagas reais, ou seja, que não são para substituição de servidores efetivos que por algum motivo não estavam ocupando seus cargos. Fazendo uma média de admissões destes quatro anos, chegou-se ao número de 15,75 vagas reais abertas anualmente, o que consideramos ser um número próximo da necessidade de contratações efetivas de professores nesta Escola pesquisada.

Com os resultados obtidos neste artigo, conclui-se que a forma de contratação utilizada pelo órgão público para admissão de professores temporários da rede municipal de ensino é considerada, na sua maioria, ilegal, uma vez que violam os requisitos elencados no artigo 37, IX, da Constituição Federal, quais sejam, excepcionalidade e temporariedade, já que foram feitas, conforme discutido, de forma sucessivas durante os anos pesquisados para suprir demanda de caráter permanente e duradouro.

Além da ilegalidade do processo de contratação, verifica-se também um prejuízo aos professores contratados temporariamente, uma vez que não possuem estabilidade empregatícia, e à própria instituição de ensino que não possui um quadro fixo de professores, dificultando um trabalho mais coordenado e afinado entre os professores e alunos.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. 1198p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, p. 22-23.

BRASIL. **Decreto-lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União. Senado Federal, 18 de abril de 1991.

BRASIL. **Decreto-lei nº 8.249, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função na administração direta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 2 de junho de 1992.

BRASIL. **Decreto-lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, nos termos do inciso IX do art. 37, da Constituição Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 9 de dezembro de 1993.

BRASIL. **Decreto-lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000**. Disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 22 de fevereiro de 2000.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70023177694**. Juiz Relator: José Aquino Flores de Camargo. Rio Grande do Sul, 28 de julho de 2008. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8076448/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-70023177694-rs?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 30 de out de 2018.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. 1150 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010. 875 p.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838 p.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002. Apostila.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1180 p.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 1999. 200p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 1517 p.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. 311p.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1151 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016. 975 p.

MINAYO, M. C. S.; MINAYO-GOMÉZ, C. Dífceis e possíveis relações entre métodos quantitativos e qualitativos nos estudos de problemas de saúde. *In*: GOLDENBERG, P.; MARSIGLIA, R. M. G.; GOMES, M. H. A. (Orgs). **O clássico e o novo: tendências, objetos e abordagens em ciências sociais e saúde**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003. p. 117-42.

NEVES, José Luiz. Pesquisa Qualitativa – Características, usos e possibilidades. **Caderno de pesquisas em administração**. São Paulo, v. 1, n. 3, 1996.

SANTA CATARINA (estado). **Decreto-lei nº 6.745, de 28 de dezembro de 1985**. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Diário Oficial do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 28 de dezembro de 1985.

SELLTIZ, C.; WRIGHTSMAN, L. S.; COOK, S. W. **Métodos de pesquisa das relações sociais**. São Paulo: Herder, 1965.

## CAPÍTULO V

### ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA E A (NÃO) OBRIGATORIEDADE

Débora Helário <sup>1</sup>  
Marcia Zomer Rossi Mattei <sup>2</sup>

**Resumo:** O presente estudo busca apresentar as questões relativas ao dever de alimentos dos genitores para com o filho menor, quando estabelecida a guarda compartilhada nas dissoluções de União Estável e Casamento. Sabe-se que após a implantação do referido instituto, sobrevieram vastas discussões acerca da prestação de alimentos, inclusive quanto à possibilidade de exoneração do dever, haja vista tratar-se de um instituto em que ambos terão responsabilidades e encargos. Portanto tem-se como objetivo, demonstrar se a pensão alimentícia é de cunho obrigatório nos casos de guarda compartilhada e quais fatores são observados para sua fixação. O método de abordagem utilizado foi o qualitativo, analisando julgados a respeito do tema. Concluindo ao final que o instituto da guarda compartilhada não exonera a obrigação alimentar, pois se fixou jurisprudência, definindo residência única, com responsabilidades compartilhadas, devendo aquele genitor em que não se fixou residência, auxiliar financeiramente nas demais despesas de manutenção, enquanto não onerado nas permanentemente residenciais.

**Palavras-chave:** Direito de Família. Guarda Compartilhada. Alimentos.

#### Introdução

Após a implantação da Guarda Compartilhada, pelo Novo Código Civil em 2002, a ser aplicada nas dissoluções de União Estável e Casamentos em que existam filhos menores, surgiram muitas discussões acerca do tema, principalmente no que toca ao ônus alimentar advindo do Poder Familiar, a ser suportado por ambos os genitores.

Como norte a ser guiado, o tema foi problematizado a fim de permitir o aprofundamento da pesquisa, de forma a admitir a descoberta de possíveis respostas para o seguinte questionamento: Sabe-se que ambos os pais permanecem guardiões dos filhos no referido instituto, então a quem compete o dever de prestar alimentos e como tal obrigação ocorre na prática?

Para se elucidar sobre tal problema, faz-se indispensável o alcance do objetivo geral, que se define em demonstrar se a pensão alimentícia é obrigatória nos casos de guarda compartilhada e quais fatores são observados para sua fixação. Para tanto,

se faz indispensável conhecer na teoria sobre este tipo de guarda; discutir acerca da pensão alimentícia e seus requisitos para imposição; extrair dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina como este direito-dever tem-se definido.

Considerando a importância e a relevância para o bom convívio entre os entes de uma família que se desconstituiu, mas ainda ligados pela filiação que deles dependa, e também por envolver um aspecto delicado para os genitores quanto a possibilidade financeira de cada um a ser projetada para o bem maior do filho menor, sentiu-se a necessidade de ampliar conhecimentos a respeito do tema, até mesmo para que este estudo possa servir de orientação às famílias que se encaixem no perfil aqui estudado. Ademais, a resposta perseguida nesta pesquisa tende a suprir anseios do estudante de Direito, já que tecnicamente, a lei não é objetiva neste contexto, permitindo inúmeras observações e interpretações, sempre de acordo com cada caso concreto. Por fim, a necessidade de construir conhecimento e novas teorias científicas é papel do pesquisador, e tal tema por deixar lacunas interpretativas circunstanciais, clama por definições mais claras e precisas a fim de exalar maior segurança jurídica no campo das ciências humanas.

### **Procedimentos Metodológicos**

A pesquisa científica procura auxiliar no avanço do conhecimento humano, devendo ser cuidadosamente planejada, desenvolvida e levada a efeito seguindo os passos pré-determinados. Ela se divide em pura e aplicada, e tem como objetivo principal contribuir para o progresso da ciência (MEDEIROS, 2014).

Ainda de acordo com Medeiros (2014, p.31), “a realização da pesquisa científica exige a utilização de métodos que são classificados em dedutivo e indutivo”.

Utilizou-se neste artigo o método dedutivo, no qual parte do estudo de uma regra geral para que se compreenda um caso particular, nesse caso o estudo do instituto da guarda compartilhada para que posteriormente se compreenda acerca da obrigação alimentar.

Quanto ao procedimento o estudo teve como base a pesquisa bibliográfica e a de campo. Conforme Medeiros (2014, p.36), a “pesquisa bibliográfica significa o levantamento da bibliografia referente ao assunto que se deseja estudar”. Portanto, o desenvolvimento do trabalho foi baseado em livros, legislações pertinentes ao tema.



A pesquisa de campo se concentrou no tipo documental, através da análise de julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para casos reais pertinentes ao assunto.

Quanto à abordagem, utilizou-se nesse trabalho a forma qualitativa, enquanto se procurou analisar os problemas ainda enfrentados na guarda compartilhada, no tocante a obrigatoriedade da prestação de alimentos.

## **Do Poder Familiar**

Ao longo dos tempos, o plano familiar foi se modificando e se adequando aos novos modelos de família, que surgiram em decorrência dos avanços da vida em sociedade.

Segundo Gama (2008, p.252), os antecedentes da família moderna, bem como a estrutura familiar, tiveram origem na civilização romana, com as modificações advindas posteriormente, particularmente da família canônica e da germânica.

Sabe-se que a família para o direito romano era tão somente para procriar e dar continuidade a espécie, não havendo qualquer laço afetivo entre os membros, conforme preceitua Lisboa (2002, p.27-28):

No direito Romano, assim como no grego, o afeto natural, embora pudesse existir, não era o elo entre os membros da família, que era concebida como um dever cívico, para que os jovens pudessem servir aos exércitos de seus países, visando assim, a constituição da prole, principalmente masculina, com a finalidade de perpetuação da espécie.

Com base nesse modelo familiar, no Brasil recém-República, o Pátrio Poder era exercido pelo ascendente mais antigo do sexo masculino. O poder exercido aos membros era um poder absoluto, tanto que o patriarca da família detinha o direito de vida e morte sobre os familiares, além de, punir e vender seus componentes, e escolher a religião. Somente na falta ou impedimento deste passava o pátrio poder a ser exercido pela mulher, porém se houvesse divergência prevalecia a decisão do marido.

Com o decorrer do tempo, o pátrio poder perdeu o caráter de domínio sobre os filhos que detinha no Código Civil de 1916, ficando o chefe de família proibido de decidir sobre o direito de vida e morte de seus descendentes.

Posteriormente, com a criação da Lei 4.121 de 27 de agosto de 1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, houve o rompimento parcial da supremacia masculina com os demais membros, pois trouxe em seu bojo a igualdade jurídica da mulher, a quem foi conferida plena capacidade civil quando casada, tornando-a capaz de colaborar na sociedade conjugal. Entretanto, em relação aos filhos, os poderes de pai e mãe não foram igualados, sobressaindo ainda a vontade do marido.

Art. 380. Durante o casamento compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade.

Parágrafo único. Divergindo os progenitores quanto ao exercício do pátrio poder, prevalecerá a decisão do pai, ressalvado à mãe o direito de recorrer ao juiz, para solução da divergência. (BRASIL, 1962, s.p.).

Neste sentido, Venosa (2007, p.15) dispõe que:

A lei 4.121, de 27.8.1962, Estatuto da Mulher Casada, que eliminou a incapacidade relativa da mulher casada, inaugura entre nós, a era da igualdade entre os cônjuges, sem que, naquele momento, a organização familiar deixasse de ser preponderantemente patriarcal, pois algumas prerrogativas ainda foram mantidas com o varão.

Ainda sobre as inovações da lei, discorre Monteiro (1968, p.138):

(...) a mãe que contrai novas núpcias não perde o direito de ter consigo os filhos do primeiro casamento, conservando, assim, todos os direitos, podendo tê-los em sua companhia e guarda, bem como velar pela sua criação e orientar-lhes a formação. No entanto, o segundo marido é um estranho o qual não exerce nenhuma autoridade sobre os enteados.

Com a vinda da Constituição Federal em 1988, caracterizada como um grande marco na história do poder familiar, exatamente no inciso I do artigo 5º impôs-se o Princípio da Igualdade, que define homens e mulheres serem iguais em direitos e obrigações.

Além disso, a Carta Magna dedicou em seu bojo um capítulo à família, à criança, ao adolescente e também ao idoso, fazendo com que o Pátrio Poder perdesse força, dando lugar ao novo modelo, o Poder Familiar.

Em seguida, o Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (Lei.n. 8.069/1990),

veio regular a disposição constitucional, não deixando dúvidas sobre a igualdade de direitos e obrigações dos genitores para com os filhos menores, induzindo o universo jurídico a abandonar definitivamente a expressão “pátrio poder” à alternativa “Poder Familiar”.

Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. (alterado) (BRASIL, 1990, s.p.).

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p.372) ensina que: “poder familiar é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores.”

Já segundo Rodrigues (2004, p.356) “é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”.

Preleciona Gonçalves (1955, p.307):

Os filhos adquirem direitos e bens, sem ser por via de sucessão dos pais. Há, pois, que defender e administrar esses direitos e bens; e para este fim, representa-los em juízo ou fora dele. Por isso, aos pais foi concedida ou atribuída uma função semi-pública designada por poder paternal ou pátrio poder, que principia desde o nascimento do primeiro filho, e se traduz por uma série de direitos-deveres, isto é, direitos em face de terceiros e que são, em face dos filhos, deveres legais e morais.

Conforme entendimento extraído, trata-se o poder familiar de direitos e deveres atribuídos aos genitores de forma igualitária e esses o exercem sobre os filhos e seus bens, até obterem capacidade plena.

O Código Civil de 2002 dispõe no art. 1.631 acerca da competência no poder de família: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”.

Quanto as obrigações inerentes a essa competência, encontram-se previstas no art. 1.634:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:  
I - Dirigir-lhes a criação e a educação;

- II - Exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;
- III - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;
- V - Conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;
- VI - Nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;
- VII - Representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
- VIII - Reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- IX - Exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (BRASIL, 2012, s.p.).

O Poder Familiar não suporta o exercício da renúncia, ou seja, os pais devem cumprir com as obrigações para com os filhos, sob pena de sofrer punições, como a suspensão do poder familiar ou até mesmo a extinção, como se expõe nos artigos 1.635, 1.637 e 1.638 do Código civilista.

## Da Guarda

O instituto da guarda conceitua-se como fonte de proteção e assistência dos pais sobre os filhos menores.

Segundo Grisard Filho (2005, p.55) guarda significa um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais.

Nesse sentido, preceitua o artigo 33 do Estatuto da Criança e Adolescente (1990):

Art. 33. A guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.

§ 1º A guarda destina-se a regularizar a posse de fato, podendo ser deferida, liminar ou incidentalmente, nos procedimentos de tutela e adoção, exceto no de adoção por estrangeiros.

§ 2º Excepcionalmente, deferir-se-á a guarda, fora dos casos de tutela e adoção, para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável, podendo ser deferido o direito de representação para a prática de atos determinados.

§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.

§ 4º Salvo expressa e fundamentada determinação em contrário, da

autoridade judiciária competente, ou quando a medida for aplicada em preparação para adoção, o deferimento da guarda de criança ou adolescente a terceiros não impede o exercício do direito de visitas pelos pais, assim como o dever de prestar alimentos, que serão objeto de regulamentação específica, a pedido do interessado ou do Ministério Público.

O artigo 227 da Constituição Federal (1988) demonstra em seu caput os deveres inerentes a essa assistência. Tais deveres também se encontram previstos no artigo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1988)

Ou seja, a guarda seria uma espécie de subdivisão no exercício do Poder Familiar, de uma prerrogativa àquele que vivenciará cotidianamente com a prole, aquele que efetivamente exercerá em primeiro plano os direitos e deveres que envolvem o Poder Familiar.

Enquanto há vínculo conjugal o poder familiar permanece preservado, sendo exercido por ambos os genitores. Quando ocorre a dissolução do vínculo, o poder familiar continua sob a responsabilidade dos separados, porém a guarda não mais, recaindo sobre aquele que assumir a convivência ininterrupta com o dependente.

E por se tratar de direito indisponível à vontade livre dos genitores em conflito de interesses, sobre o poder de decisão quanto à pessoa do filho, criança ou adolescente, que ainda não detém capacidade civil plena nem cognição perfeita e completa sobre o bem e o mal, muito menos entende amplamente as suas necessidades físicas, psicológicas e financeiras, é que a lei exige que tomada de decisão para o fracionamento do exercício do Poder Familiar por meio da guarda, se dê com a chancela do Poder Judiciário, precedido da fiscalização do Ministério Público que tem o ônus protetivo dos direitos do menor, submetendo então os

genitores à esfera judicial como meio para regularizar a guarda.

Mesmo assim, não há fórmula objetiva para se determinar a quem competirá a guarda da prole. O critério maior a ser observado pelos guardiões da lei é a constatação, caso por caso, de quem poderá exercer a “melhor guarda”, em sintonia com a garantia do “melhor interesse do menor”, princípio estampado no artigo 1º do ECA, ainda que os genitores estabeleçam amigavelmente entre si o exercício deste direito-dever.

## **Dos Tipos de Guarda**

A guarda idealizada na ciência jurídica e pela psicologia se subdivide em alternada, compartilhada e unilateral, amparadas cada qual em formas diferentes de distribuição dos direitos e deveres advindos do Poder Familiar.

### **Guarda Alternada**

A guarda é fixada a ambos os pais e ocorre de forma alternada, ou seja, passam um período com um e outro. Amaral (1997, p.168) ensina que:

A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, conseqüentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período, os papéis invertem-se.

Este modelo não possui previsão legal, tornando-se quase inutilizável na maioria dos casos de dissolução conjugal. Para que seja fixada a alternância na guarda, é necessário que os pais expressem essa vontade por requerimento e que o juiz fique convencido de que essa vontade dos pais obedece ao melhor interesse ao menor.

Muitos doutrinadores são contrários a esse tipo de guarda e nesse sentido Akel (2009, p.94) apresenta seu pensamento:

Com efeito, não nos parece ser saudável criar uma situação de “pingue-pongue” que impede que as crianças criem laços afetivos e

emocionais com seus pais, pois, quando se adapta a convivência com um dos genitores, a guarda é transferida ao outro e vice-versa. É necessário que o menor sinta-se protegido, convivendo numa relação segura e estável, habitando um lar certo e determinado, o que não é possível no exercício da guarda alternada. cremos que a alternância entre lares e guardiões impede que ocorra a consolidação dos hábitos diários, da própria rotina existente nos ambientes familiares e dos valores daí decorrentes, tão importantes para a vida e desenvolvimento da prole.

Compreende-se então, que o instituto da guarda alternada acarreta danos aos filhos, tendo em vista que, cotidianamente aquele ser em formação precisa de tempo para adquirir hábitos e cumprir com regras de convivência de comportamento, e frequentemente vai-se modificando estas exigências com a transferência da guarda ao outro genitor, submetendo-o a outros padrões, de forma a gerar confusão e desorientação, principalmente na primeira infância.

### **Guarda Unilateral**

A guarda unilateral conforme conceito do artigo 1583, § 1º do Código Civil é “aquela atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua”.

Nessa modalidade caberá ao juiz atribuir a guarda ao genitor que ofereça melhores condições de proteção aos direitos do menor, sempre em consonância com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Após decretada a guarda, será fixado o direito de visitas e as obrigações inerentes ao bom desenvolvimento do menor. Há que se observar quanto ao período de visitas, de tal modo que o filho não fique muito tempo sem a presença do genitor não guardião.

É dever do genitor que não possui a guarda, supervisionar os interesses dos filhos, bem como acompanhar o desenvolvimento físico, psicológico e a educação, solicitando informações ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações a envolver os filhos, conforme prevê o artigo 1583, §5º do Código Civil.

Compreende-se então que, a guarda unilateral é atribuída somente a um genitor, sendo aquele que oferece melhores condições, permanecendo ao não guardião, direitos e deveres para com os filhos.

## Guarda Compartilhada

Com a prática, notou-se que a guarda unilateral nem sempre obedecia ao interesse do menor, pois aos poucos ocorria o afastamento daquele não guardião, a quem competia o direito de visitas. Dessa forma, passou a serem discutidas novas modalidades de guarda que não trouxessem prejuízos ao desenvolvimento da prole.

Logo, o instituto da guarda compartilhada surgiu com o advento de lei própria, Lei 11.698/2008. Antes disso, tal instituto obtinha amparo em previsões legais de outras fontes jurídicas como Portugal, Espanha e outros.

Nesse sentido, Grisard Filho (2010, p.115) expõe:

A origem da guarda compartilhada é inglesa. Ocorrida há pouco mais de 20 anos, trasladando-se para a Europa Continental, sendo desenvolvida, primeiramente, na França, para atravessar o Atlântico, atingindo o Canadá e Estados Unidos, observando-se, atualmente sua aplicação na Argentina e Uruguai.

Utilizava-se também como base a Constituição Federal e o Código Civil brasileiro. O artigo 229 da Carta Magna dispõe sobre os deveres dos pais para com seus filhos menores: “Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.”

Já o art.1.583, §1º do Código Civil traz o conceito de guarda compartilhada: “(...) a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.”

A criação da referida lei foi um grande avanço e de suma importância para o Direito de Família, em especial ao capítulo destinado à proteção dos filhos. Preleciona Maria Berenice Dias (2008, p.26):

É assegurado a ambos os genitores responsabilidade conjunta, conferindo-lhes, de forma igualitária, o exercício dos direitos e deveres concernentes a autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC, art. 1589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se a pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA, art. 249).

A guarda compartilhada consiste então, no dever de ambos os genitores



exercerem conjuntamente as responsabilidades perante ao filho, proporcionando ao menor educação, proteção, representação, podendo exigir em troca respeito e obediência.

Para a imposição da guarda se deve observar o interesse e possibilidade dos pais e o melhor interesse do menor. Quando esses aspectos forem observados e obtiverem resultado satisfatório, não se vê impedimento quanto a aplicação da guarda. Vejamos:

[...] o sucesso da aplicação da guarda compartilhada depende de vários aspectos, [...] como o dever de avaliar se os filhos têm preferência em morar com um dos pais etc. [...] deve ficar bem esclarecido que o espírito da “guarda compartilhada” vai muito além da simples combinação para aumentar as possibilidades de visitas [...] a ideologia da nova lei visa, sobretudo, reforçar uma segurança afetiva nos filhos [...]. (ZIMERMAM, 2009, p.110).

Portanto, é necessário que os genitores compreendam o sentido e objetivo da guarda compartilhada e assumam as funções estabelecidas quando da adoção desta modalidade.

As medidas cabíveis para a sua aplicação estão elencadas no artigo 1.584 do Código Civil, o qual abre caminho para poder ser requerida conjuntamente, por consenso, ou por qualquer dos genitores, e será decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho e em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe. O juiz informará aos genitores sobre todos os aspectos envolvidos à guarda compartilhada, inclusive quanto aos direitos e deveres atribuídos e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.

Um aspecto contido na norma e que se deve ressaltar é quanto a fixação desta modalidade em caso de não acordo entre os genitores, conforme se constata no §2º do artigo referido:

§2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (BRASIL, 2012, s.p.).

Cumpra-se destacar acerca do sentido de obrigatoriedade contido no referido artigo, porém é notório que em muitos casos, por conta das causas que levaram à separação do casal, não é possível se manter um diálogo sadio, prejudicando na

administração conjunta da guarda, o que acaba por fracassar o objetivo requerido em lei. Nessa situação torna-se a guarda unilateral a melhor escolha.

Neste mesmo sentido, Teyber (2007, p.177) diz:

A Guarda Conjunta é uma abordagem nova e benéfica, que funciona bem para a maioria dos pais cooperativos, e muitas vezes tem êxito quando o diálogo entre os pais não é bom, mas eles são capazes de isolar os filhos de seus conflitos... Esse sistema tem sido frequentemente adotado de forma equivocada por casais amargos e em conflito, nessas condições ele fracassa redondamente.

Em observância ao princípio do melhor interesse do menor, idealiza-se que a melhor guarda seria a compartilhada. Explica melhor Venosa (2014, p.191):

A ideia é fazer com que os pais separados compartilhem da educação, convivência e evolução dos filhos em conjunto. Em essência, essa atribuição reflete o compromisso dos pais de manter dois lares para seus filhos e cooperar de forma conjunta em todas as decisões.

Portanto, o objetivo do compartilhamento de guarda é fazer com que os pais administrem juntos o desenvolvimento do filho, seja na educação, saúde e em aspectos psicológicos.

O artigo 1583, § 2º do Código Civil estabelece sobre o tempo de convívio dos filhos com os pais: “Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.” Ou seja, o objetivo dessa divisão de tempo de convívio é proporcionar aos genitores a possibilidade de acompanhar o desenvolvimento educacional, psicológico e social de seu filho, sem que haja qualquer distinção de preferência, tendo como consequência positiva a preservação dos laços afetivos.

Outra característica dessa modalidade de guarda é referente a cidade base de moradia do menor, referida no § 3º do referido artigo, indicando aquela que melhor atender aos seus interesses. A partir dessa previsão legislativa, levantou-se a questão do duplo domicílio, eis que a legislação não faz qualquer menção a residência fixa e admite a pluralidade de residências. Para a aplicação dessa medida é de extrema importância que os pais possuam residência no mesmo município, evitando dificuldades com deslocamentos e escassez de tempo. Vejamos o entendimento de

Boulos (2011, p.89):

Se no compartilhamento da guarda os pais decidirem pelo duplo domicílio, compatível com o sistema da corresponsabilidade, os domicílios de ambos os pais representarão para os menores dupla segurança, e não a perda de referência.

Ou seja, o duplo domicílio oferece ao filho segurança para conviver em dois locais diferentes, podendo continuar a ter um relacionamento próximo e saudável com os pais, sem ter que escolher um deles. Tal medida faz com que o filho não perca a referência de seus pais e também de seu lar, sendo que o outro domicílio será apenas uma extensão do domicílio que este convivia com os pais.

Muitos doutrinadores dizem que a alternância de domicílios dispõe de pontos negativos, visto que a alternância acarreta mudanças no estilo de vida, ocasiona problemas de adaptação nos lares e a estilos de vidas diferentes, fazendo com que o menor perca algumas referências, devido a instabilidade.

Gonçalves (2010, p.285) ensina que “na guarda compartilhada, a criança tem o referencial de uma casa principal, na qual vive com um dos genitores, ficando a critério dos pais planejar a convivência em suas rotinas quotidianas e, obviamente, facultando-se as visitas a qualquer tempo.

Criticando a imposição obrigatória para o compartilhamento, inclusive de residências, Rolf Madaleno (2017) se posiciona:

Para aqueles contrários à guarda compartilhada, o sistema olvida o real interesse do menor, que é necessitado de maior proteção, **não existindo qualquer possibilidade de estabelecer a custódia compartilhada por imposição judicial, como, neste sentido se identificam as leis da Espanha e do Brasil acerca da custódia compartilhada e nesta direção tem se encaminhado a jurisprudência dos dois países, que tem sido considerada como uma medida excepcional, sendo difícil compartilhar uma guarda entre aqueles que não mais vivem juntos**, pois adotá-la, faria supor uma invasão na esfera privada de um progenitor em relação ao outro, **num contínuo peregrinar dos filhos de um lugar ao outro**, concluiu a Sección 24<sup>a</sup> da Audiência Provincial de Madrid e como neste mesmo rumo vem apontando a jurisprudência pátria, como sucedido no Agravo de Instrumento n°70025244955, da 7<sup>a</sup> Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar inviável deferir pedido unilateral de guarda compartilhada, quando ausente qualquer harmonia entre o casal, faltando por conta deste dissenso, as condições favoráveis de atenção e apoio na formação da criança, **porque a custódia compartilhada só poderá ser adotada quando ambos os progenitores estão de acordo em levá-la a efeito**,

**sendo imprescindível uma boa e saudável comunicação entre ambos, trocando informações sobre os filhos comuns e suas necessidades, de modo a unificar suas pautas de comportamento dos filhos e, deste modo ofertar-lhes uma estabilidade emocional.** (grifado)

Conforme Rosa (2015, p.103), fixada a base de moradia do infante com um dos genitores, caberá àquele que não residir com o menor prover os alimentos necessários para a alimentação, educação, lazer, vestuário entre outros, contemplando o que for necessário para viver de modo compatível com a sua condição social. Senão vejamos.

A determinação da base de moradia (art. 1.583, § 3º, do CC), ou seja, qual dos genitores exercerá a custódia física da prole, acarretará, em consequência, a obrigação de prestar alimentos do outro progenitor. Aquele que detém o filho em sua custódia física alcançará o atendimento das necessidades da prole de forma direta (e, muitas vezes, despendendo valores maiores do que o genitor que paga o pensionamento). (ROSA, 2015, p.103)

Ao ser fixada a guarda compartilhada os genitores assumem o dever de acompanhar conjuntamente o desenvolvimento da prole, obtendo em razão disso também o direito de supervisão desta. Com o compartilhamento ocorre a divisão de tarefas, o duplo domicílio e o tempo de convívio, e acompanhado dessas atribuições surge então a indagação quanto a obrigatoriedade no dever de prestar alimentos.

Há muitas controvérsias quanto a prestação de alimentos na guarda compartilhada, sendo inclusive entendida de forma errônea como o instituto que exonera a pensão alimentícia, por haver divisão de domicílio e o convívio constante, presumindo que ambos os genitores contribuiriam financeiramente com os custos que envolvem a manutenção da prole.

### **Da Obrigação Alimentar na Guarda Compartilhada**

Ao analisar a prestação de alimentos na guarda compartilhada verifica-se que há controvérsias e uma vasta discussão sobre o tema. Surge a ideia errônea de que por se tratar de compartilhamento de guarda, não se faz necessário o dever de alimentos.

Para que se possa esclarecer as circunstâncias acerca da obrigação alimentar na guarda compartilhada faz-se necessário comentar sobre os aspectos dessa

obrigação, o que se faz a seguir.

A prestação de alimentos por base o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade, sendo que este último atribui o ônus da prestação de alimentos uns em favor de outros, com o objetivo de amparar aquele que não pode prover sua subsistência sozinho. O artigo 1.694 do Código Civil de 2002 é claro nesse sentido:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia. (BRASIL, 2012, s.p.).

Logo, o não guardião tem o dever de prestar alimentos ao filho menor, fixados de acordo com o binômio necessidade e possibilidade. Portanto, compreende-se com facilidade que na guarda unilateral não há divergências quanto a fixação de alimentos.

Porém, na guarda compartilhada a questão da obrigação alimentar está cercada de grandes discussões, por haver, em tese, compartilhamento das necessidades proporcionais ao tempo de convivência com o filho, não se fazendo necessário o dever de alimentos a ser depositado em mão de um dos genitores.

Nesse sentido, Grisard Filho (2005, s.p.) em entrevista ao Instituto Brasileiro de Direito de Família, esclarece:

Entende-se por guarda compartilhada, na dicção legal, a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres, por ambos os pais, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns, não se refere apenas à tutela física, mas também aos demais atributos do múnus a eles atribuídos, criar, assistir, sustentar os filhos menores de idade. No cumprimento desses deveres, o de pagar alimentos – prestação à subsistência digna - não desaparece.

Ainda conforme entendimento de Conrado Paulino da Rosa (2015), a obrigação alimentar não é extinta quando da adoção da guarda compartilhada, pois na maioria dos casos, os pais não dispõem da mesma condição financeira e dessa forma o referido instituto autoriza a fixação de alimentos em favor do melhor interesse da criança. Nesta senda, como então fixar a quantia e quem a administrará?

Para definir tal obrigação é necessário que se faça uma análise da situação fática envolta ao caso, com base no binômio necessidade/possibilidade e sempre observando o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade. A partir dessa análise é possível entender quais são as necessidades daquele filho e o ônus alimentar poderá recair sobre apenas um genitor ou a ambos, definido consensualmente ou à indicação do juiz, com base na necessidade do menor e nas possibilidades dos genitores.

Nesse sentido, Rosa (2015, p.104) expõe:

O direito de família é fortemente caracterizado por ser um direito de caso concreto. Em se tratando de pensão alimentícia, essa característica se acentua ainda mais, vez ainda, que a prestação alimentar é fixada de acordo com a capacidade financeira de cada genitor, o que varia de caso a caso.

Diante de todo o exposto, compreende-se que a guarda compartilhada em nenhum momento isentou ou atenuou a obrigação alimentar, devendo esta ser fixada sempre que for aplicado o compartilhamento e existirem necessidades especiais do menor, bem como diferença razoável no padrão financeiro entre os genitores.

## Resultados e Discussão

A seguir são apresentados os resultados obtidos por meio da pesquisa de campo, realizada mediante análise jurisprudencial relativa ao tema.

Para viabilizar a análise dos acórdãos, algumas circunstâncias compuseram o instrumento de pesquisa, investigados em cada julgado, a saber:

- 1º Se o compartilhamento é exatamente igual, com duas residências, ou se concentrou mais guarda há um dos genitores, com residência única;
- 2º Se os alimentos foram mantidos com o compartilhamento da guarda;
- 3º Quais os fundamentos judiciais para manter ou não o dever alimentar.

**1º Processo:** 4008214-10.2016.8.24.0000 (Acórdão)

Relator: Fernando Carioni

Origem: São José

Julgado em: 25/07/2017

Classe: Agravo de Instrumento

Ficou decidido neste caso pela guarda compartilhada. Dessa forma o desembargador fixou como residência base a casa da genitora, pois esta melhor atende aos interesses da prole, resguardando ao pai o direito de visitas. Quanto aos alimentos decidiu o julgador que o ônus alimentar não ficará somente à genitora, quem já arcará com os custos envolvidos com a residência, devendo o genitor contribuir financeiramente com as despesas provenientes das necessidades das filhas, mantendo-se o percentual de 30% de seus rendimentos.

Compreende-se que a presente decisão segue os parâmetros ditados pela teoria, pois embora a lei não mencione quanto a fixação de residência base, este é o caminho seguido por muitos julgadores, imperando o entendimento que dessa forma o menor não perderá as referências familiares, poupando-os de um contínuo peregrinar de um lugar ao outro. Tal decisão acompanhou parte da doutrina que se filia a condenação quanto a alternância de domicílios, visto que a alternância acarreta mudanças no estilo de vida, ocasiona problemas de adaptação nos lares e a estilos de vidas diferentes, fazendo com que o menor perca algumas referências, devido a instabilidade, podendo trazer consequências negativas ao seu desenvolvimento. O dispositivo legislativo acerca do convívio equilibrado entre genitor e prole também foi obedecido. Diante deste julgado, compreende-se que a exoneração de alimentos não é aplicada, o que poderá ocorrer é a mitigação do valor perante a comprovação de impossibilidade financeira do genitor, em observância ao binômio necessidade e possibilidade, previsto no art. 1.694, §1º do Código Civil.

**2º Processo:** 0500410-60.2012.8.24.0026 (Acórdão)

Relator: Luiz Cesar Medeiros

Origem: Guaramirim

Julgado em: 30/05/2017

Classe: Apelação Cível

Neste caso ficou fixada a Guarda Compartilhada. Manteve-se como base de moradia, a residência da genitora, resguardando ao genitor o período de convivência

com o filho. Sobre os alimentos fixou-se o percentual de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo que deverá ser pago pelo genitor em prol do filho.

Nesta decisão o desembargador também aplica o direito de acordo com o que expõe as teses doutrinárias, fixando residência única em favor do menor, aplicando o direito de convívio equilibrado entre genitor e filho e fixando a prestação alimentar com base na necessidade do menor e possibilidade do genitor, de acordo com o que preceitua o artigo 1.694, §1º do Código Civil.

**3º Processo:** 2015.078854-0 (Acórdão)

Relator: Eládio Torret Rocha

Origem: Içara

Julgado em: 14/04/2016

Classe: Agravo de Instrumento

No presente julgado ficou fixada a guarda compartilhada aos genitores, bem como a residência base será a da genitora. Os alimentos permaneceram fixados no importe de 20% (vinte por cento) sobre o benefício previdenciário do genitor.

Há que se comentar que nesta decisão o desembargador cumpriu com o preceito contido no instituto da guarda compartilhada, qual seja, sempre viabilizar o melhor interesse do menor, de modo que, levou em consideração quando da análise de fixação ou não de residência única, o relato da menor, que mencionou em entrevista o interesse de residir com sua mãe, haja vista o duplo domicílio lhe causar muitos transtornos. Diante disso, o julgador fixou como residência base a casa da genitora e manteve o percentual já fixado referente aos alimentos, pois entende que a menor necessita de auxílio financeiro do genitor devido as necessidades inerentes ao seu desenvolvimento.

É importante esclarecer que à mingua de posicionamentos diversos sobre esta matéria, o Tribunal de Justiça acaba firmando a sua jurisprudência no sentido de adaptar a guarda compartilhada com residência única, abrindo caminho para a fixação de alimentos por aquele genitor em que não se estabelece residência. Além das opiniões de que a variação de estabelecimentos residenciais traz prejuízos ao desenvolvimento do menor, nota-se que no julgado não fica evidente a idade da prole, fator importante para a adaptação ou não deste modelo de guarda, bem como para a



fixação de pensão alimentícia.

Ademais, impor a ambos os genitores a administração conjunta das necessidades financeiras dos filhos, nem sempre é uma tarefa fácil, pois se o relacionamento entre estes dois não for cercado de confiança e boa fé, um acabará mais onerado pela inércia ou negligência do outro. Pois mesmo que se dividam despesas domésticas com a divisão de residências, no modelo padrão de guarda compartilhada, se exigirá ajuste contínuo entre os genitores para custeio de vestuário, lazer, saúde, educação, etc. podendo haver prejuízos à um ou outro quando há divergência de opiniões sobre o que comprar, prioridades com as despesas, desequilíbrio financeiro entre os mesmos, favorecendo maior oneração de um deles, o que trará, certamente, conflitos e prejuízos na má administração de um modelo que somente deveria trazer benefícios.

### **Considerações Finais**

Com a realização desse trabalho, pode-se concluir que a nova lei da guarda compartilhada cumpre com o objetivo proposto, qual seja atender ao melhor interesse do menor, quando este está a enfrentar traumas por conta da separação de seus pais.

Diante das análises dos julgados colacionados neste estudo, pode-se concluir que tanto os juízes como os desembargadores procuraram fixar ou manter a guarda compartilhada mesmo quando um dos genitores requeria a guarda unilateral, consubstanciados no melhor interesse da criança.

Quanto a pluralidade de domicílio, ficou evidente que os julgadores não adotam essa modalidade, haja vista os julgados versarem sobre a fixação de residência única, mesmo quando a legislação não tece comentários sobre tal aspecto.

Ainda que a pesquisa tenha se concentrado em apenas três julgados, notou-se na jurisprudência catarinense imperar este posicionamento, eis que nenhuma outra posição foi encontrada, ao menos no ano corrente.

Entre todos os julgados vistos e o que estão aqui expostos, verificou-se que se tem adotado como residência fixa a casa da genitora, em atenção ao sentimento de que o estabelecimento de duas residências não contribui com o desenvolvimento da prole, eis que os hábitos permanentes como alimentação, higiene, horários e disciplinas podem variar de lar para lar, causando confusão na fixação de rotinas,

logo, esta situação, ainda que favoreça a convivência mais ampla com ambos os genitores, não atende ao melhor interesse da criança. Por isso, a fixação de residência única, mesmo sem previsão legal, é entendida como fundamental para que a guarda compartilhada realmente só traga benefícios, restando ao genitor menos onerado com as despesas fixas da casa, o dever de prestar alimentos à prole, a fim de ou outro poder administrar as demais necessidades financeiras que os filhos demandam.

Foi possível extrair que os julgadores não exoneram a obrigação alimentar quando se é fixada a modalidade de guarda compartilhada em dissoluções de União Estável ou Casamento, o que pode vir a ocorrer é se após a fixação dos alimentos sobrevier mudanças na situação financeira do genitor, então este poderá reclamar pela exoneração ou redução do valor fixado, porém o julgador irá analisar criteriosamente o caso, optando pela mitigação do valor de modo que atenda ao melhor interesse do menor e não comprometa a subsistência do genitor. A alteração do valor fixado se dará com base no binômio “necessidade e possibilidade”, contido no artigo 1694, §1º do Código Civil, ou seja, para realizar o arbitramento do valor se levará em consideração as necessidades que o menor possui e as possibilidades financeiras do genitor.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a adoção da guarda compartilhada não exonera o dever de alimentos, isto porque a residência do menor é fixada de forma única, cabendo ao outro que não se onera com a permanência em residência o dever de complementar os custos com a manutenção do filho em outros aspectos.

A produção deste artigo se deu de forma limitatória, haja vista o tema proposto se tratar de um aspecto gerador de discussões após a implantação da lei. Porém, ainda restam vastas considerações que devem ser discutidas sobre o tema, de forma geral.

Assim, encerra-se a pesquisa com o incentivo de que a mesma sirva como base para novos estudos referente a tudo que foi abordado no presente estudo e principalmente em relação à discussão sobre o dever alimentar envolto no instituto da guarda compartilhada.

## Referências

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada: um avanço para a família.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio.** Lisboa: Cosmos, 1997.

BOULOS, Katia. **Da Guarda “Com-Parte-Ilhada” à Guarda Compartilhada: Novos Rumos e Desafios.** In: NETO, Theodureto de Almeida Camargo; SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coords.). **Grandes Temas de Direito de Família e das Sucessões.** 1.ed. v.1. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.069/1990.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 06 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.698/2008.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11698.htm)>. Acesso em: 27 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.058/2014.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm)>. Acesso em: 27 set. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada: uma solução para os novos tempos.** **Revista Jurídica Consulex**, n.275, p.26, jun., 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família.** São Paulo: Atlas S/A, 2008. p.252.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família.** 7.ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro: direito de família.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Luís da Cunha. **Direitos de família e direitos das sucessões.** Lisboa: Edições Ática, 1955.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: RT, 2005.

\_\_\_\_\_. **Guarda Compartilhada.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

IBDFAM, Instituto Brasileiro de Direito de Família. **Entrevista: Guarda Compartilhada e obrigação alimentar.** 2013. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/5103/entrevista%3A+guarda+compartilhada+e+obriga%C3%A7%C3%A3o+alimentar>>. Acesso em: 10 out. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil: direito de família e das sucessões.** 2 ed. ver. Atual. v.5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MADALENO, Rolf. **Alguns apontamentos sobre a guarda compartilhada.** 2017. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=668>>. Acesso em: 05 nov. 2017.

MEDEIROS, João Bosco. **Redação científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas.** 12.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito de família.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil.** 28.ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROSA, Conrado Paulino da. **Nova Lei da Guarda Compartilhada.** 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio.** In: GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ZIMERMAM, Davi. **Aspectos psicológicos da guarda compartilhada.** In: DELGADO, Mario; COLTRO, Mathias (coord). **Guarda compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

## CAPÍTULO VI

## LIBERDADE RELIGIOSA X DIREITO À VIDA E DIREITO AO TRABALHO

Rafael Lunardi Monteiro <sup>1</sup>  
Marcia Zomer Rossi Mattei <sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo aborda o estudo dos Direitos Fundamentais apresentados a partir das colisões do direito à liberdade religiosa, o direito à vida e ao trabalho, tomando por norte as crenças denominadas “Testemunha de Jeová” e “Adventista do Sétimo Dia” que se dão o direito, a primeira, de impedir seus seguidores a não aceitar a transfusão sanguínea e, a segunda, a determinar o não trabalho aos sábados, não prevalecendo o poder de escolha dos seguidores. Objetiva-se abordar questões sobre os costumes adotados pelas crenças, por meio de pesquisa qualitativa e bibliográfica. Analisam-se os argumentos das referidas Crenças a partir da interpretação dos Direitos Fundamentais, segundo os princípios da unidade, proporcionalidade e harmonização. Conclui-se que o Direito à Vida e ao Trabalho deverão prevalecer, eis que mais amplos neste aspecto e o bom senso indica de nada valer a religião se não tivermos a vida dignificada com o trabalho, para vivê-la e exercitá-la.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Liberdade Religiosa. Direito à Vida. Direito ao Trabalho. Dignidade Humana.

**Introdução****Introdução**

Este estudo tem por tema “A Proibição de Transfusão Sanguínea e o Trabalho aos Sábados, Impelidos por Crenças Religiosas”, abordagens com várias discussões descritas em trabalhos realizados com a mesma linha de pesquisa. Sabe-se que a sociedade contemporânea está representada por uma diversidade cultural, social, religiosa muito intensa, entende-se que este tema gera grande polêmica por se tratar de reflexões que vão contra aos direitos fundamentais em específico “o direito à vida” do ser humano.

Com a finalidade de discutir a respeito da recusa de transfusão sanguínea e do Direito ao Trabalho do cidadão por parte de crenças religiosas e atentando aos seus direitos, aborda-se a seguinte problemática: “Até que ponto as religiões tem o poder de limitar e proibir o direito garantido e firmado por lei como é o “Direito a Vida” e o “Direito ao Trabalho” para que o cidadão venha a ser prejudicado, sofrendo punições por causa de uma questão impelida pela igreja e seus dominantes?”. Como

a todo cidadão é esperado que seus direitos sejam garantidos pela legislação e jurisprudência, ou seja, a instituição religiosa não poderá impor algo que irá contra o Direito à Vida que está descrito na Constituição Federal (1988). Nos casos, onde a crença determina a possibilidade do tratamento de saúde do cidadão, é inaceitável que esta venha impedir tal método, pois caberá a equipe médica avaliar o procedimento, sobretudo, sabendo que o Direito à Vida deverá prevalecer. Da mesma forma, limitar a jornada de trabalho aquém da legal, pode trazer dificuldades na manutenção ou conquista do posto de trabalho, gerando desordem financeira ao indivíduo, refletindo em sua dignidade.

Justifica-se este estudo com o intuito de trazer uma discussão mais precisa sobre o referido tema pesquisado, proporcionando uma maior compreensão sobre as relações entre a transfusão de sangue, os direitos fundamentais do ser humano e o Direito ao Trabalho aos sábados impedidos pela crença Adventista do Sétimo Dia. Tecendo informações minuciosas sobre a norma apresentada na Constituição Federal, no artigo: 5º VI o qual estipula ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantindo, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias. Colidindo com o mesmo artigo da Constituição artigo 5º, caput da Constituição Federal Brasileira onde se garante ao cidadão o Direito ao Trabalho, a proteção à vida que é um direito inviolável. Se a igreja tem o direito em suas liturgias persuadir seus seguidores a não aceitarem a transfusão de sangue, então está indo contra o direito à vida que também se encontra garantido por lei e inviolável. Abordando ainda sobre os líderes religiosos adventistas que proíbem os seus seguidores a trabalharem aos sábados, estão impedindo um direito fundamental para que os cidadãos tenham uma vida digna para viver em sociedade. Além disso, buscou-se analisar argumentos baseados em discussões de autores conforme o que se augura na legislação brasileira.

Esta pesquisa qualitativa utilizou-se de um extenso referencial teórico fundamentado em autores que descreveram e argumentaram sobre os seguidores das religiões sob estudo, expondo algumas informações vivenciadas de acordo com a problemática pesquisada, oportunizando uma amostragem do processo social/cultural e da legislação envolvida.

Para Bento (2005, p.99) a orientação ética da liberdade, nasceu como “liberdade de em face de toda forma de autocracia. [...] em termos de liberdade para.

Livres para que? Uma liberdade que não é orientada pelos valores da verdade e da justiça se degrada em libertinagem e gera opressão”.

Assim, foram aqui examinados e discutidos a liberdade religiosa, direito à vida, direito ao trabalho e a dignidade do ser humano, no que se refere a colisão entre esses direitos que estão descritos na Constituição Federal como fundamentais. Por meio desta pesquisa bibliográfica buscou-se compreender e determinar qual destes direitos fundamentais prevalecerá, influenciando diretamente na vida daquele que deles dependa.

### **Procedimentos Metodológicos**

Parte-se da problemática construída após o exame de diversas discussões em outros estudos com o referido tema: Até que ponto a liberdade religiosa tem o poder de limitar e proibir o direito garantido e firmado por lei como é o “Direito a vida dignificada pelo trabalho” mesmo sabendo que esta tal “Liberdade” estará prejudicando o cidadão, no caso da não aceitação da Transfusão de Sangue ou pela restrição à jornada de trabalho aos sábados, sofrendo impunidades por causa de uma questão de costume impelida pela igreja e seus dominantes?

De acordo com Nóbrega (2012), as experiências vivenciadas, crenças e influências com pessoas e o ambiente precisam ser levadas em conta, atentando ao que representa o ponto de vista sociológico em diferentes áreas do conhecimento.

Após análise dos referenciais teóricos, constatou-se que as duas crenças colocam seus princípios acima de qualquer outro direito do ser humano. Visto que, os seus seguidores são iludidos a acreditar que o homem não poderá fazer o procedimento da transfusão de sangue, ou exercer qualquer trabalho aos sábados, porque estariam aborrecendo a Deus. Mesmo sabendo que seus seguidores podem chegar a óbito, ou tornarem-se miseráveis economicamente, despindo-os de meios para a autosobrevivência, acreditam que este é o sacrifício que o seu Deus gostaria que se cumprisse.

Por meio das metodologias utilizadas para analisar os casos em questão, destaca-se que o direito à vida com dignidade deverá prevalecer sobre qualquer outro direito em julgamento, mesmo que este esteja garantido por lei como é caso da Liberdade Religiosa. Vê-se a necessidade de pesquisadores estudarem a Lei buscando alternativas existentes na legislação para que se possa concluir os casos

analisando a luz da Constituição Federal, para que possam assim garantir que os procedimentos adotados venham priorizar o Direito à Vida e a Dignidade Humana.

### **Recusa de Transfusão de Sangue**

No Brasil, este argumento demanda dos magistrados uma maior precaução e discussão sobre tema, em decorrência dos direitos fundamentais protegidos pela Carta Magna. Nota-se que a “vida e a Liberdade Religiosa” se chocam constantemente nos tribunais legalísticos, por consistir claramente conflitantes de se harmonizarem.

A análises em estudos que exista a preferência de um direito sobre o outro não poderão ser afrontados de qualquer maneira, caberá aos envolvidos, uma apreciação das atuais decorrências funestas à saúde intelectual do doente, designadas em consequência de uma transfusão de sangue não aprovada.

Sobre a aplicação de regras jurídicas conflitantes, Gilmar Mendes (2008,s.p.), referindo Gomes Canotilho, ensina:

As regras correspondem às normas que, diante da ocorrência do seu suposto de fato, exigem, proíbem ou permitem algo em termos categóricos. Não é viável estabelecer um modo gradual de cumprimento do que a regra estabelece. Havendo conflito de uma regra com outra, que disponha em contrário, o problema se resolverá em termos de validade. As duas normas não podem conviver simultaneamente no ordenamento jurídico.

Recentemente, o Brasil vem seguindo uma metodologia ao mesmo tempo sedimentada e unificada quanto aos doentes que renunciam a terapias em que se exija a utilização de sangue. O órgão de classe que regula as condutas médicas nacionais, pautado nas diretivas do Comitê de Ética Médica Brasileira resolução nº 1.931/09, pondera estas duas circunstâncias:

**1** - Subordinado à Constituição Federal e à legislação brasileira, o novo Código reafirma os direitos dos pacientes, a necessidade de informar e proteger a população assistida. Buscou-se um Código justo, pois a medicina deve equilibrar-se entre estar a serviço do paciente, da saúde pública e do bem-estar da sociedade. O imperativo é a harmonização entre os princípios das autonomias do médico e do paciente. Permeando o novo Código, esse é o contrato tácito e implícito de todo ato médico.



**2** - Entre outros momentos, isso se materializará na tomada de decisões profissionais, quando, de acordo com os ditames de sua consciência e as previsões legais, o médico aceitar as escolhas de seus pacientes relativas aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos propostos. E também na proibição de que deixe de obter o consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em iminente risco de morte. As inovações estendem-se ao nível de se recomendar a obtenção do assentimento de menor de idade em qualquer ato médico a ser realizado, pois a criança tem o direito de saber o que será feito com o seu corpo, e à possibilidade de recusa de pacientes terminais a tratamentos considerados excessivos e inúteis. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2009, p.25)

No entanto, quando precisa-se discutir e determinar que o direito há de prevalecer, havendo uma colisão para a grande parte de doentes que não correm risco de morte, dita o Estado decidindo que os tratamentos alternativos venham a ser efetivados e aceita-se que a liberdade religiosa tome o lugar de destaque, não passando por cima do direito, mas ficando ao seu lado prevalecendo o seu direito de viver.

Igualmente, quando o argumento em discussão diz respeito aos doentes que encontrar-se sob o perigo de morte, o competente Estado, que constituiu um leque de direitos fundamentais com a finalidade de proteger a vida humana, privilegia a vida, e desfaz todas outras garantias que ele próprio pontuou desprezando-as.

De acordo com o Estado, no período em que a vida está ameaçada de desaparecer, todas as precauções são retornadas para ela na finalidade de assegurá-la e conservando-a custe o que custar.

### **Da Religião Adventista e o Direito Social (Trabalho)**

Sabe-se que para se ter uma vida plena, com dignidade, além do bem imprescindível que é a saúde, a fonte de renda por meio do trabalho se torna indispensável, pois é com ele que se pode garantir a concretização dos demais direitos, enquanto vive-se em um país capitalista. Logo, não se pode negar ao cidadão a liberdade para o trabalho que seu corpo e sua moral lhe permita exercer, em qualquer dia da semana, senão, naquele determinado pelo empregador ou mediante acordo pré-estabelecido entre àquele e o contratado.

Entretanto, a liberdade religiosa vem novamente interferir nas liberdades individuais, de forma a restringir o livre exercício do trabalho, colocando em risco a fonte de renda do indivíduo ou de sua família, eis que nem sempre o empregador

respeitará a opção religiosa do candidato à vaga, podendo optar por não o contratar ou dispensá-lo, sem justa causa.

De acordo com a Religião Adventista do Sétimo dia:

A Igreja Adventista do Sétimo Dia reconhece o sábado como sinal distintivo de lealdade a Deus “(Êx 20:8--11; 31:13--17; Ez 20:12, 20), cuja observância é pertinente a todos os seres humanos em todas as épocas e lugares (Is 56:1--7; Mc 2:27). Quando Deus “descansou” no sétimo dia da semana da criação, Ele também “santificou” e “abençoou” esse dia (Gn 2:2, 3), separando-o para uso sagrado e transformando-o em um canal de bênçãos para a humanidade. Aceitando o convite para deixar de lado seus “próprios interesses” durante o sábado (Is 58:13), os filhos de Deus observam esse dia como uma importante expressão da justificação pela fé em Cristo (Hb 4:4-11)”. (BIBLIA SAGRADA, 1987, s.p.).

Para a crença Adventista do Sétimo Dia, o sábado é visto como o dia “Do Senhor”, ou seja, todos os seus seguidores deverão adorar ao seu Deus e cultua-lo. Neste dia não é permitido outro tipo de ocupação ou lazer a não ser servir e estar na presença de Deus, seja até mesmo trabalhar e cuidar da saúde física.

Segundo a descrição da Bíblia (1987) em que esta crença está fundamentada, cita que:

Isaías 58:13, 14 “Se desviares o pé de profanar o sábado e de cuidar dos teus próprios interesses no Meu santo dia; se chamares ao sábado deleitoso e santo dia do Senhor, digno de honra, e o honrares não seguindo os teus caminhos, não pretendendo fazer a tua própria vontade, nem falando palavras vãs, então, te deleitarás no Senhor.”

Analisando esses princípios, Borges (2011) descreve que a Divisão Sul-Americana da Igreja Adventista do Sétimo Dia declara que comprometer-se com a lealdade, ou seja, que seus seguidores sejam fieis em guardar o sábado. O que traz um grande conflito e problemas para os que pretendem seguir os princípios que esta crença oferece.

Sobre o assunto, White (2013) declara que “uma vida santificada pela graça de Cristo (Ez 20:12, 20), pois, “a fim de santificar o sábado, os homens precisam ser santos”.

Como pode declarar que seus seguidores deverão ser santos? São todos seres humanos dotados de defeitos e incertezas que buscam no seu Deus a perfeição. Então esta crença que busca seguidores “Santos” está equivocada em

seus princípios, devendo analisar o mundo concreto palpável e não considerar o mundo somente espiritual e que não se pode ver ou tocar.

Esta crença ressalta ainda que os fiéis que necessitam trabalhar aos sábados deverão explicar aos seus patrões sobre a restrição e, se houver permissão para que o sábado seja resguardado, formalizar um acordo. Mesmo assim é de responsabilidade do seguidor que:

A fim de exaltar a santidade do Sábado, os adventistas do sétimo dia devem fazer escolhas sábias na questão do emprego, guiados por uma consciência iluminada pelo Espírito Santo. A experiência tem demonstrado que há riscos na escolha de vocações que não permitam a adoração do Criador no Sábado, livre de envolvimento com trabalho secular. Isso significa que evitarão tipos de emprego que, embora essenciais para o funcionamento de uma sociedade tecnologicamente avançada, possam oferecer problemas quanto à observância do Sábado. (DOCUMENTO ASSOCIAÇÃO GERAL ADVENTISTA, 2014, s.p.).

Todo o cidadão tem seus direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988, a exemplo do direito ao trabalho, essencial para que o cidadão tenha uma vida honrada e suficiente em recursos financeiros que lhe permita, ao menos, o mínimo de dignidade em sua existência.

O direito ao trabalho é garantido pela Constituição Federal em seu 6º artigo no rol dos direitos sociais, do artigo 7º ao 11º estão previstos os principais direitos para os trabalhadores que atuam sob a lei brasileira assim como a Consolidação das Leis de Trabalho, no entanto não existe um instrumento formal que garanta trabalho aos brasileiros, o que existem são leis que visam assistir e amparar o trabalhador visando uma humanização do trabalho e que ele não trabalhe de forma insalubre ou prejudicial, tendo subsídios suficientes para uma vida saudável e digna. (PESSOA, 2016, p.32).

Portanto, mediante ao que se analisou na referida crença Adventista Da Sétimo Dia, esta não permite ao seu seguidor que trabalhe aos sábados, sendo um direito de suma importância para o ser humano. Segundo os escritores, com a restrição da jornada laborativa, fica evidente a colisão entre a Liberdade Religiosa e o Direito ao Trabalho, exigindo que os casos sejam analisados segundo a Lei e a jurisprudência, em busca da melhor aplicação sob o princípio da dignidade humana, a qual permeia incontestavelmente na autossuficiência do ser humano em manter sua sobrevivência com qualidade, advinda dos frutos e seu trabalho.

## Dos Direitos Fundamentais

Encontram-se apresentados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais, estabelecidos por normas e princípios, garantidos constitucionalmente e com relevância no ordenamento jurídico.

De acordo com o referido artigo:

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: [...] (BRASIL, 1988, art. 5º, s.p.).

Segundo Sarlet (2012), constata-se que os direitos entendidos como fundamentais são, portanto, aqueles descritos na Constituição representados pelo Estado, havendo um ordenamento fundamentado. Deste modo, compreende-se dois grandes critérios formais na esfera dos direitos fundamentais:

Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, tão formal quanto o primeiro, os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são *imutáveis* (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *deificada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição. (BONAVIDES, 2010, p.84.).

Portanto, de acordo com o autor citado, compreende-se que o termo “direitos fundamentais” se aplicam aos direitos como um todo, referindo-se aos seres humanos em geral. Estes, estão garantidos na esfera do direito constitucional, de acordo com o Estado.

Aponta-se como marco inicial dos direitos fundamentais o pacto firmado em 1215 na Inglaterra, pelo Rei João Sem Terra. A Carta Magna inglesa na verdade, trazia direitos que visavam garantir poder político aos barões mediante limitação do poder e não propriamente garantir liberdades individuais em geral. (PAULO, 2013, p.62).

Para Fernandes (2011, p. 229):

[...] os direitos fundamentais seriam, ao mesmo tempo, ora vistos como direitos de defesa (ligados a um dever de omissão, um não fazer ou não interferir no universo privado dos cidadãos), principalmente contra o Estado, mas ainda, como garantias positivas para o exercício das liberdades (e aqui, entendidos como obrigações de fazer ou de realizar) por parte do mesmo Estado.

Do mesmo modo, Silva (2006) define os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos “como conjunto de direitos e garantias do ser humano, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano”.

Em todos os referenciais teóricos, os Direitos Fundamentais buscam garantir aos cidadãos a liberdade, igualdade, prevalecendo sempre o respeito à vida, e se preocupando com a dignidade do ser humano, contribuindo para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

### **Do Direito à Vida e Dignidade Humana**

A Constituição Federal de 1988 delibera em seu art. 5º, caput, o Direito à Vida descrito como ordenamento maior, garantido e firmado por lei, onde nenhum outro direito poderá prevalecer sobre este, ou seja, é um direito inviolável sob qualquer circunstância. O Estado o protege e discerne como prioridade, uma vez que o Direito à Vida é estabelecido como apoio indispensável para o exercício de todos os demais direitos.

Assegurando a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘erga omnes’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer...Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar...tem eficácia positiva e negativa...A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes...Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana. (ROBERTO, 2016, p. 123)

Conforme Diniz (2001, p.236), “a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois, é objeto de Direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto e por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer”. Ninguém terá o direito de viola-la, é algo valiosíssimo e indisponível garantido pelo Estado como prioridade no ornamento

jurídico, seguido da dignidade humana que busca contribuir como bem indissociável ao ser humano, formando uma base necessária para a vida do cidadão.

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da "não agressão" ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. [...] Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade. (CANOTILHO, 2000, p. 526-533).

Segundo Moraes (2005), "a vida possui valor social, o direito fundamental tutelado por nossa Constituição Federal e que o Estado, após longo período evolutivo, passou de opressor a defensor. Assim sendo, a vida não interessa apenas ao indivíduo, mas também à coletividade".

Entretanto, não basta proteger somente o Direito a Vida, precisa-se garantir que o cidadão possa vive-la com 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. (grifado)

Nas palavras do autor, dignidade engloba direitos e deveres que possam garantir as condições mínimas de existência, para uma vida saudável e participativa comunitariamente. Para tanto, é indispensável que o ser humano possa se auto gerir, se auto administrar e numa sociedade capitalista, se auto sustentar, sentir-se capaz de existir e valioso por meio de sua força corporal e intelectual, de forma a ser respeitado pela comunidade que lhe dará inserção. E esta condição de dignidade se dá através do caminho do trabalho.

A dignidade a partir da autodeterminação ética do ser humano, sendo a autonomia o alicerce da dignidade. Segundo a teoria da autonomia da vontade o ser humano é capaz de autodeterminar-se e agir conforme as regras legais, qualidade encontrada apenas em criaturas racionais. Logo, todo ser racional existe como um fim em si mesmo e não como um meio para a imposição de vontades arbitrárias. (KANT, 2006, p.134)

Portanto, a Dignidade Humana é um princípio fundamental contribuindo com os demais princípios e direitos utilizados como base para assegurá-lo.

A opção constitucional brasileira quanto à dignidade da pessoa humana foi por considerá-la, expressamente como um dos princípios fundamentais da República Federativa, inspirada nas constituições sociais democratas do século passado. É necessário esclarecer que essa condição de princípio fundamental não corresponde à mera declaração de conteúdo ético e moral, mas sim à norma jurídico-positiva, dotada de status constitucional formal e material e, dessa forma, carregada de eficácia. Trata-se de decisão política fundamental que colocou a serviço da dignidade humana todos os poderes constituídos, toda a organização estatal, com seus órgãos e pessoas, a divisão e distribuição de funções, e garantias contra violações de direitos, demonstrando que o Estado é que existe em função da pessoa humana, e não o contrário. (CASTRO, 2016, p.)

De tal modo, pode-se afirmar que o direito à vida está ligado intimamente com o direito ao trabalho, sendo este caminho para a dignidade, corroborando com a plenitude da vida. Ou seja, o Direito à Vida não se resume somente pelo direito de viver, mas sobretudo que o ser humano possa viver e gozar deste direito com dignidade.

### **Do Direito à Liberdade Religiosa**

Este estudo busca compreender a liberdade religiosa e a constituição dos direitos fundamentais, no que diz respeito ao direito à vida, e até que ponto a religião tem o poder de se opor indo contra a esse direito que está garantido por lei segundo a Constituição Federal, ocasionando um conflito entre Religião e Direitos Fundamentais.

Esta subversão que se encontra na dogmática constitucional, estão na esfera jurídica onde doutrinadores e juristas nomeiam de “colisão de direitos fundamentais” ponto este que expõe uma diversidade de princípios com as quais entende-se que a doutrina não é completamente unânime, pois a Constituição não dispõe decisões sobre estes conflitos.

Porém, nesta gama de princípios que devem ser empregados com o intuito de resolver as desordens que acarreta aos direitos fundamentais, alguns se sobressaem, por exemplo o “Princípio da Unidade, da Harmonização, Proporcionalidade e o Princípio da Ponderação”.

De acordo com o Princípio da Unidade, significaria a investigação por uma solução harmoniosa entre os princípios em colisão, para de tal modo alcançar um resultado com poucos sacrifícios entre os princípios colidentes, divergindo Lenza (2010), a existência de hierarquia entre direitos fundamentais, posição seguida por Luís Roberto Barroso (2009, p. 329): “[...] não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto”.

Em análise à Proporcionalidade, compreende-se um exame sobre o caso concreto, palpável, impondo a necessidade de se eleger por um único direito fundamental analisado, sendo o mais apropriado para a ocorrência específica, e escolher por aquele conflitante que dê à decisão escolhida, legalidade para que não atente maiores perdas a ambos os princípios constantes na Constituição.

Em parcialidade, Sarmiento (2003, p.) descreve o Princípio da Ponderação como “método necessário ao equacionamento das colisões entre princípios da Lei Maior, onde se busca alcançar um ponto ótimo[...], na medida exata necessária à salvaguarda do bem jurídico contraposto.”

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores. (MARMELSTEIN, 2008, p. 386)

Os princípios de interpretação constitucional têm uma linha divisória tênue entre eles. De acordo com o Princípio da Harmonização, esta procura interpretar a Constituição de modo que não se cause um sacrifício total de uma norma ou valor constitucional em face de outro princípio. Para Mello (2010, p. 14), “através do princípio da concordância prática ou da harmonização, o intérprete acomoda as tensões entre os valores constitucionais, de tal modo que não haja necessidade de sacrifício de nenhum daqueles”.



Analisando os movimentos sócio-políticos e culturais, abordados por Constantino (2015), foi a partir do Renascimento, do Iluminismo, da Reforma Protestante, das Revoluções Americanas e Francesa, entende-se que estas colaboraram de forma valiosa para a conquista do direito à liberdade religiosa, apregoando que o homem deveria pensar por si próprio.

Perante isto, de acordo com Medeiros (2015), homens como Martinho Lutero, John Wycliffe, John Huss, João Calvino e outros, protestaram contra o modelo de que a igreja era dona da verdade e ditava as regras para seus seguidores, estes historiadores acreditavam que cada indivíduo deveria ter o direito de viver de acordo com suas próprias convicções e interesses, tendo consciência de suas próprias decisões.

A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à verdadeira fé. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a idéia de tolerância religiosa e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. JELLINEK, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da idéia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, como direito inalienável do homem, tal como veio a ser proclamado nos modernos documentos constitucionais. (CANOTILHO 1993, p. 503).

A ideia de autodeterminação do sujeito recebeu maior poder, atribuindo a importância do Direito Fundamental à Liberdade de Pensamento, de Crença e, por conseguinte, da Religião, dando a Liberdade Religiosa ou de Crença o livre pensamento e expressão no campo espiritual ou religioso.

Crença religiosa diz respeito a leituras e interpretações de uma dimensão metafísica, de uma realidade não demonstrável, no mais das vezes expressas em categorias abstratas, espirituais, temporais. Deste modo, delas não se pode exigir que sejam aceitáveis, racionais, lógicas, consistentes ou compreensíveis, seja para ateus, tanto menos para adeptos de religiões distintas daquela posta eventualmente em exame. (JUNIOR, 2003, p. 33-34)

Entretanto é importante destacar que o reconhecimento “Liberdade Religiosa” nos séculos XIX e XX foi firmada como Direito Fundamental, mas ao mesmo tempo como abertura para as relações entre Estado e as confidências religiosas. Ainda no século XX, foi universalizada por meio dos documentos internacionais como: A Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, Convenção Internacional sobre

Direitos Civis e Políticos no ano de 1966, a Declaração das Nações Unidas no que concerne à Eliminação de Todas as Formas de Fanatismo e de Discriminação com base na Crença ou Religião em 198, e o Documento Final de Viena no ano de 1989.

Os seguidores da Testemunha de Jeová afirmam que este decreto “Não aceitar a Transfusão de Sangue” é de princípio religioso e não da área médica, relatam que no Velho e Novo Testamento visivelmente está ordenado para que se abstenham-se de sangue (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29). Pois para Deus, o sangue representa a vida. (Levítico 17:14) Portanto, evitam receber sangue por qualquer via não só em submissão a Deus, mas também por respeito a ele como dono da vida, ou seja, somente Deus poderá dar o sangue, não aceitando o procedimento feito pelo homem.

Uma das formas de legitimação das decisões sobre as colisões entre direitos fundamentais, além da utilização dos princípios abordados acima, seria a verificação do posicionamento majoritário dos Magistrados Brasileiros sobre o assunto na prática, ou seja, a análise jurisprudencial sobre o tratamento de Testemunhas de Jeová e a transfusão de sangue. A jurisprudência formada sobre o assunto concentra seu entendimento em 3 casos principais: quando o paciente estiver em gozo pleno de suas faculdades mentais, quando o paciente está em iminente perigo de vida, e quando se tratar de paciente incapaz (não consegue expressar seu desejo em gozo pleno de suas faculdades mentais). (SERAFIM; VIEIRA, 2014, s.p.)

Segundo a Constituição Federal (1988) no artigo 5º, VI, a “Liberdade Religiosa tem sua garantia de escolha e tomada de decisões”, porém quando essas deliberações infringem a lei, como é o caso da não aceitação de transfusão sanguínea, onde observa-se de um lado, o Direito à Vida, e do outro, o Direito à Liberdade de Crença é importante destacar que:

A interpretação do art. 19, inc. I, da CF nos diz claramente que a nossa nação é um estado laico (não-confessional), ou seja, não tem religião oficial. Esse caso acontece na situação referente a religião das Testemunhas de Jeová e sua recusa a tratamentos médicos que envolvam a transfusão de sangue. (OLIVEIRA, 2013, p.)

Compreende-se que a liberdade religiosa, constituída por lei, em contrapartida colide com o “direito à vida digna”, ambos descritos na Constituição Federal. Segundo a Religião denominada “Testemunha de Jeová” não permite que seus seguidores façam transfusão de sangue, mesmo que estejam correndo risco de vida. Entende-

se que esta crença coloca acima de tudo e de todos para que prevaleça sua convicção de que somente Deus poderá dar o sangue, não aceitando a transfusão mesmo sabendo que o seguidor poderá morrer se não fizer o procedimento da transfusão. Colocam a crença acima do Direito à Vida, indo contra até mesmo a Dignidade humana.

Em estudo ainda sobre a Liberdade Religiosa, esta por sua vez colide novamente com os Direitos Fundamentais do ser humano, pois de acordo com a Igreja Adventista do Sétimo Dia, fundamentada no versículo bíblico que diz "Santificai os meus sábados, pois servirão de sinal entre mim e vós, para que saibas que eu sou o senhor, vosso Deus". (Bíblia Sagrada, Ezequiel 20:20). Relatam que este dia é para ser declarado como o "dia do Senhor" que desde a criação foi estabelecido o sábado (7º dia) para o Ele.

Com base na citação acima entre outros textos bíblicos, e, principalmente no mandamento da lei mosaica, a igreja adventista do sétimo dia tem como um de seus principais ensinamentos a observância da guarda do sábado. Segundo eles, o sábado foi instituído desde a criação do mundo, quando Deus, tendo acabado sua obra, descansou, abençoando e santificando o sétimo dia. (FABER; VIEIRA, 2010, p.47)

De acordo com o que descreve a Bíblia (1987) "é lícito fazer o bem nos sábados" (S. Mateus 12:12). Do mesmo modo creem que o sábado é um dia especial para venerar ao criador. No entanto esta observância em guardá-lo somente para adorar a Deus, está indo contra o Direito ao trabalho do ser humano, pois muitos cidadãos necessitam trabalhar neste dia dependendo da carga horária em que são contratados. Entende-se que, os seguidores desta crença têm seus direitos negados, e observa-se uma interpretação equivocada dos versículos citados na Bíblia, pois trabalhar para sustentar a família garantindo uma vida digna e honrosa também é "fazer o bem" e uma forma de adora-lo.

### **Colisão dos Direitos Fundamentais**

Considerando que tanto o direito à Vida, ao Trabalho, quanto ao de Liberdade Religiosa compõem o grupo dos direitos fundamentais garantidos na Carta Magna, em busca da preservação da dignidade, como proceder, na prática, quando os primeiros direitos esbarram em condicionantes impostas pelo segundo.

Neste aspecto, para Sarlet, (2006, p.401), quando dois direitos fundamentais

colidem, o correto é “buscar uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio entre eles”. Esta estabilização é qualificada pelo não sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, mas, pelo cuidado em preservar, com cuidado, a essência de cada um.

A distinção entre regras e princípios, de acordo com Alexy, é de extrema importância, pois constitui a base da fundamentação jusfundamental, questão essencial para a solução dos problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem essa distinção, inexistiria uma teoria adequada dos limites, ou uma teoria satisfatória da colisão e tampouco uma teoria suficiente acerca do papel traçado pelos direitos fundamentais no sistema jurídico (ALEXY, 2008, p. 88).

Corroborando a autora com o Art. 5º da Constituição Federal, que garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros moradores no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade.

O direito à vida deve ser apreendido em toda a sua significação, de forma a compreendermos que, em qualquer situação, este direito deverá ser preservado e defendido. Abarcando não somente o direito de viver simplesmente à estar vivo, como igualmente, o direito de nascer. Não ter o processo de vida interrompido, a não ser de forma a morrer naturalmente por motivos que o levaram a isso, mesmo tendo feito o possível para evitar a morte.

Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Para o homem, não basta estar vivo, é preciso viver com dignidade e liberdade. Estar vivo, mas viver desprovido de liberdade e dignidade é um fardo muito pesado para ser carregado. Atento a isto, o constituinte foi além de prover a mera existência biológica da pessoa humana, procurou resguardar a intimidade, privacidade e a liberdade, interligando estes três valores. Formando uma espécie de “tripé” virtual, uma ficção jurídica que chamou de Dignidade. (SILVA, 2001, p.201).

Para Dworkin (1998) o ser humano tem o direito a não sofrer a indignidade, a não receberem nenhuma forma de desrespeito indo contra sua cultura. “Se entende como uma mostra de falta de respeito. Qualquer sociedade civilizada tem padrões e convenções que definem esta classe de indignidade, e ela difere de lugar para lugar e de época em época”.

O que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a

liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças. (SARLET, 2012, p.59)

Ainda, Leite (1993. p.418) defende que:

O único propósito para que o Poder seja legitimamente exercido sobre um indivíduo contra a sua vontade, em uma comunidade civilizada, é o de prevenir danos a outros. Seu próprio bem, seja físico ou moral, não constitui suficiente justificação.

Logo, não se pode coagir uma pessoa a aguentar alguma coisa em virtude de que seria mais agradável para si ou para opinião dos outros, agir desta maneira seria mais inteligente e justo.

Quando encontramos uma colisão de Direitos no qual ambas as partes procuram sua legalidade, Cristovam (2010, p. 09) constata que:

Se a aplicação de duas regras juridicamente válidas conduz a juízos concretos de dever-se reciprocamente contraditórios, não restando possível a eliminação do conflito pela introdução de uma cláusula de exceção, pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida e expurgada do sistema normativo, como meio de preservação do ordenamento.

Em alguns casos poderá aplicar regras jurídicas, buscando analisar os critérios para sua solução podendo usar o critério hierárquico, na qual a regra hierarquicamente significativa revoga a inferior, o critério cronológico em que a regra posterior prevalece sobre a anterior, e também o critério da especialidade, onde se observa a regra especial excede a geral.

Como afirma Marmelstein (2008, p. 365): “as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. [...] dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em *rota de colisão*.”

Portanto, compreende-se que os Direitos Fundamentais não são verdades absolutas e, como decorrência, quando utilizados, estarão sujeitos a imposição de alguns limites, e, por serem comumente estruturados como princípios, os Direitos Fundamentais, em muitas situações, são conduzidos mediante ponderação, ou seja, solucionando os conflitos normativos.

Com o olhar atento sobre os dispositivos da Constituição Federal (1988), em

detrimento das colisões dos direitos particulares do ser humano, observou-se por parte dos doutrinadores, uma abertura de encontro aos princípios examinados anteriormente, sendo eles, o princípio da ponderação, discutida e defendida pelo professor Luís Roberto Barroso:

[...] extrai-se que a ponderação ingressou no universo da interpretação constitucional como uma necessidade, antes que como uma opção filosófica ou ideológica. É certo, no entanto, que cada uma das três etapas descritas acima – identificação das normas pertinentes, seleção dos fatos relevantes e atribuições gerais dos pesos, com a produção de uma conclusão – envolve avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de tantas outras influências. (BARROSO, 2009, p. 335)

E continua apresentando uma nova metodologia de resolução destas colisões, descrevendo em três etapas:

A primeira seria a triagem das normas constitucionais envolvidas com o caso, a segunda seria examinar os fatos específicos do caso estudado e sua interação com as normas conflitantes, e a terceira etapa, a decisiva, em que apresenta a junção de todas as normas constitucionais com as circunstâncias concretas do caso, atribuindo-se pesos em todas as relações apresentadas, tentando perceber em qual das normas em exame irá preponderar perante as demais. (BARROSO, 2009, p. 336).

Esclarece o autor que esta abertura da ponderação consisti em utilizar-se dos julgados do Supremo Tribunal Federal, onde encontra-se intensamente ligada ao princípio da razoabilidade-proporcionalidade, podendo ainda ocorrer decorrências calamitosas se evocada equivocadamente.

### **Considerações Finais**

Após longa e profunda análise sobre os direitos fundamentais conflitantes, envolvendo crenças religiosas polêmicas enquanto em choque com outros direitos fundamentais, é chegada a hora de colher os frutos deste árduo estudo.

Ficou claro que não existe um lado a se julgar correto, pois ambos, através de seus argumentos, pretendem analisar a lei favorecendo seus desígnios. É evidente que ao julgar os direitos conflitantes, à luz da legislação e dos princípios específicos regulamentadores de direitos fundamentais em colisão, o que se espera é que venha prevalecer o direito à vida dignificada com a autossuficiência e valorização pessoal

que advém do trabalho. Pois esta é a conclusão extraída da melhor interpretação de prevalência sobre os direitos fundamentais, segundo sua aplicação em conformidade com os princípios da proporcionalidade e da harmonização.

Ademais, bom senso indica de nada valer a religião se não tivermos a vida e o poder laborativo pleno para vivê-la e exercitá-la com dignidade, ou seja, se a religião falar mais alto nestes casos, poderemos chegar ao caos social, criado pela miséria e desesperança. Desiludindo seus próprios seguidores, enfraquecendo a crença religiosa enquanto dizima seus fiéis, impondo-lhes dificuldades na preservação da vida digna, enquanto esta exige a inserção do ser humano na escala laborativa para que se sinta útil, pertencente ao processo de desenvolvimento coletivo e individual, ou mesmo quando lhe restringe o acesso aos procedimentos médicos que envolvam material sanguíneo.

Considera-se, no que se refere aos seguidores da crença Testemunhas de Jeová, quando houver recusa ao procedimento de transfusão de sangue, ao se analisar os Direitos Fundamentais contidos na Constituição Federal vigente, que não é cabível a nenhum ser humano ou prática religiosa ter o poder sobre o direito de quem deve morrer ou viver, pois de que adiantaria preservar-se um veio apenas, de toda uma crença, sacrificando a vida do próprio fiel temente à regra, morrendo com ele a crença e vivência de toda uma vida religiosa... para que serviria então a religião durante a vida, se no momento em que o fiel mais necessita do apoio divino para continuação de seu caminho terreno, a religião lhe dá este duro golpe, condenando-o a morte?

Portanto, por meio dos estudos e teorias apresentadas sobre a igreja Adventista do Sétimo Dia, ficou claro que em caso a restrição de trabalho aos sábados não seja cumprida, os líderes religiosos declaram em suas pregações que Deus não se agrada dos fiéis, desencadeando uma pressão psicológica aterrorizante ligada ao futuro da alma para todo o sempre, sobre estes fiéis traidores, logo, impelidos de livremente trabalhar e ganhar o sustento de suas famílias em busca de uma vida digna, pois nem todos os empregadores concordam em respeitar este dogma decretado pela igreja.

Assim, por meio desta pesquisa bibliográfica, foi possível analisar os estudos discutidos sobre o referido tema, que abrange dois grandes tópicos polêmicos “a crença e religiosidade, *versus* o Direito à Vida dignificada com o Direito ao Trabalho”.

Descobriu-se, ainda mais precisamente entre os autores pesquisados, que a religião busca ter seus direitos preservados, mesmo que estes colidam com o direito máximo do ser humano, como é o caso da transfusão de sangue, que em alguns casos se o paciente não optar a fazer o procedimento, terá seu Direito à Vida violado. E no caso da não aceitação de trabalhar aos sábados, entende-se que o seguidor deverá analisar se a restrição não lhe sujeitará à miséria ou à desonra, no intuito de garanti-lhe ao menos o mínimo para uma vida digna.

Contudo, observou-se ainda que as duas crenças permitem ainda mais debates sobre o tema proposto, no que se alude aos Direitos Fundamentais, direito ao trabalho, dignidade humana e o direito à vida como excelência humana e a própria, se é que pode se dizer, “liberdade religiosa”.

Por fim, ressalta-se que os aspectos sociais que este tema incita, exigem mais atenção, pesquisas e várias reflexões sobre o contexto, tanto dos operantes do direito, das equipes de saúde, direitos sociais e dos que compactuam com os “Testemunhas de Jeová” e Adventistas do Sétimo Dia”. É universal a preferência pelo direito à vida com dignidade, sob a argumentação de que sem esse Direito não poderia existir outros assegurados e garantidos pela Constituição Federal de 1988.

## Referências

ALEXY, Robert. **O Modelo de Regras e Princípios**. Ed.10, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília. DF, Disponível em:  
<[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 22 de out. de 2017.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em:  
<<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/DecretoLei/Del2848.htm>>. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade**. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa, 2009.

BENTO, Fábio Régio (org). **Cristianismo, humanismo e democracia**. São Paulo,



editora Paulus, 2005.

BÍBLIA SAGRADA. **Edições Paulinas**, traduzida da Vulgata Latina pelo Padre Matos Soares, edição 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. Ed. 26º, CF/1988. Emendas Constitucionais, 2010.

BORGES, Michelson. **Divisão Sul-Americana Observância do Sábado**. 2011 Disponível em: < <http://www.criacionismo.com.br/2011/11/iasd-divulga-documento-sobre.html>> Acesso em: 12 de dezembro de 2017.

CASTRO, Marcella Barbosa. **A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-dignidade-da-pessoa-humana-na-constituicao-federal-de-1988,55853.html>> Acesso em: 12 de Dezembro de 2017.

BRUMLEY, Philip, DEL CLARO, José Cláudio; ANDRADE, Miguel Grimaldi Cabral de. **Por que Respeitar a Escolha de Tratamento Médico Sem Sangue**. Cesário Lange, SP: Torre de Vigia, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª edição. Coimbra [Portugal]: Livraria Almedina, 2000.

Conselho Federal de Medicina. **Código de ética médica: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.**

CONSTANTINO, Rodrigo. **A Revolução da Liberdade: O Legado da Independência Americana**. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/a-revolucao-da-liberdade-o-legado-da-independencia-americana/>>. Acesso em: 13 de novembro de 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A resolução das colisões entre princípios constitucionais**, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Bio direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **El Domínio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanásia y la libertad individual**. Barcelona: Ariel, 1998.

DOCUMENTO. **Associação Geral Adventista** (2014). Disponível em: <http://www.revistaadventista.com.br/conferencia-geral-2015/tag/associacao-geral/>. Acesso em: 09 de dezembro de 2017.

FABER, Marcos Emílio. **Igreja Adventista do Sétimo Dia: O Sábado**. 2010

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JW. Org. **Testemunhas de Jeová**. Disponível em:  
<<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>>. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.

LEITE, Mário Sergio. Medicina moderna e direito penal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 679, nov. 1993.

MAFFESOLI, Michel. **O ritmo da vida**. Variações sobre o imaginário pós-moderno. Rio de Janeiro: Record. 2007.

\_\_\_\_\_. **No fundo das aparências**. Tradução de Bertha Halpern Gurovitz. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

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

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo, GONET. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2008.

MEDEIROS, Inácio. **História da igreja**. Disponível em:  
<<http://www.a12.com/redacaoa12/historia-da-igreja/os-precursos-da-reforma-john-wyclif-e-jan-huss>> Acesso em: 21 de outubro de 2017.

MELO, José Patrício Pereira. **As Diferenças entre o Princípio da Proporcionalidade e o Princípio da Adequação e da Concordância Prática ou da Revista Direito & Dialogicidade**, 2010.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PESSOA, Eudes André. **A Constituição Federal e os Direitos Sociais Básicos ao Cidadão Brasileiro**. 2014

**Revista Jurídica UNIGRAN.** v.9 n.18 p. 1- 224 Jul./Dez. 2008. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed\\_anteriores/18/artigos/06.pdf](http://www.unigran.br/revistas/juridica/ed_anteriores/18/artigos/06.pdf)>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

ROBERTO, Luciana Mendes Pereira. **O Direito a Vida.** 2017 Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15479-15480-1-PB.pdf> > Acesso em 12 de dezembro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang - **A constituição concretizada:** construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SERAFIM, Jhonata Goulart; VIEIRA, Reginaldo de Souza. **Colisão de Direitos Fundamentais: Direito à Vida x Direito a Liberdade Religiosa Nos Casos de Transfusão de Sangue em Pacientes Testemunhas de Jeová.** Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/viewFile/11792/1607>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

SILVA JUNIOR, Hédio. **A Liberdade de Crença como Limite à Regulamentação do Ensino Religioso.** 2003. 245 f. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2003.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Paciente tem direito de escolher melhor tratamento. Consultor Jurídico.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2001-abr-20/paciente-direito-informacao-decidir-melhor-tratamento>>. Acesso em: 21 outubro 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso.** 1 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2008.

SILVA, Afonso José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. Afonso José. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 30<sup>a</sup>. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SIMAN, Felipe Valente. **Recusa de transfusão de sangue e direito da personalidade sob a perspectiva civil-constitucional**[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7032](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7032) Acesso em: 19 DE OUTUBRO DE 2017

SORIANO, Aldir Guedes. **Terapia transfusional:** aspectos jurídicos. Disponível em:<[http://www.aldirsoriano.com.br/artigos\\_5.htm](http://www.aldirsoriano.com.br/artigos_5.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

\_\_\_\_\_. Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional.** 1<sup>a</sup> ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. TRANSFUSÃO: ética e

técnica. **Hemo em Revista**. Disponível em: <<http://www.abhh.org.br/joomla/pt-br/comunicacao/publicacoes/hemo-em-revista>>. Acesso em: 22 outubro 2017.

WHITE, Ellen G. **O Libertador - o Desejado de Todas As Nações na Linguagem de Hoje**. Casa Publicadora. 2013.

## CAPITULO VII

**A PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO NOS CASOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ATUAL ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

**Maysa Prá<sup>1</sup>**  
**Ramirez Zomer<sup>2</sup>**  
**Vilmar Vandressen<sup>3</sup>**  
**Danilo Zomer Marcon<sup>4</sup>**

**Resumo:** Ante a necessidade de enfrentamento de temas controversos relacionados à proteção do erário público, o presente artigo possuiu como objetivo geral analisar se são prescritíveis as ações de ressarcimento nos casos de improbidade administrativa. Os objetivos específicos buscam analisar o instituto da prescrição, reconhecer os casos de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa e avaliar o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição. O estudo foi realizado, utilizando a pesquisa exploratória, bibliográfica, documental e qualitativa. Utilizou-se como método o dedutivo. Concluiu-se que as ações de ressarcimento por ato de improbidade administrativa são imprescritíveis quando devidamente comprovado o elemento subjetivo consubstanciado no dolo e a ocorrência de real prejuízo ao erário, de natureza econômica e quantificável.

**Palavras-chave:** Prescrição. Improbidade Administrativa. Erário. Dolo. Ressarcimento.

**Introdução**

A probidade administrativa nos remete às ideias de retidão, integridade, honestidade e observância de valores morais pelos agentes públicos. A improbidade administrativa, por outro lado, indica desvio de conduta e afastamento dos padrões éticos. Atos de improbidade são condutas ilegais, imorais e ligadas a atos de corrupção (MARQUES et al., 2016).

Para que se mantenha o equilíbrio democrático existente na sociedade, é necessário que a Administração Pública atenda, efetivamente, os fins estatais e concretize os interesses públicos. Entretanto, a prática de atos ímprobos está presente na sociedade há muitos anos e esvazia a legitimidade democrática. Um sentimento de desconfiança nasce nos administrados. Surge, então, a necessidade de se estabelecer os mecanismos necessários a fiscalizar e combater condutas ímprobos.

Após o fim do Regime Militar instaurado no Brasil de 1964, foi promulgada a Constituição da República de 1988. Conhecida como Constituição Cidadã, a Carta Magna trouxe a moralidade administrativa como um dos princípios norteadores da Administração Pública direta e indireta dos três poderes.

O Constituinte comprometeu-se com o combate aos desvios e atos ímprobos praticados dentro da Administração Pública por seus agentes e por quem com eles concorre (SILVA, 2018). O artigo 37 da Constituição da República constitui-se um verdadeiro código de conduta para os atos da Administração Pública. Foram previstas medidas e sanções nos casos de práticas ímprobas (MARQUES et al., 2016).

Em 1992, com o surgimento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/1992), regulamentou-se a norma constitucional no tocante aos atos ímprobos e suas sanções. Os atos de improbidade foram tipificados e as sanções aplicáveis em cada caso foram estabelecidas (MARQUES et al., 2016). A Lei de Improbidade Administrativa é uma das principais normas infraconstitucionais de combate à corrupção e atos de improbidade administrativa (SILVA, 2018).

O maior objetivo das normas que proíbem atos ímprobos é evitar que agentes públicos ajam em detrimento do Estado. A defesa da probidade administrativa pretende que a Administração Pública exerça suas prerrogativas em função dos administrados, com atos corretos, sentados e leais (PINHEIRO, 2008). Tanto que a Constituição da República definiu:

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 (...) § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento (BRASIL, 1988, s.p.).

Surgiu na doutrina e na jurisprudência uma grande discussão acerca da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa (MARQUES et al., 2016). A discussão se fundamenta, especialmente, na interpretação a ser dada ao parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição da República, a partir do qual surgiu intenso conflito interpretativo. Do texto, decorreram diversos

entendimentos distintos acerca da prescrição ou não do direito ao ressarcimento ao erário público (CARVALHO, 2010).

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral do tema. Foram levantados questionamentos a respeito da possibilidade de violação da segurança jurídica e da ampla defesa em troca do combate às práticas de improbidade (MARQUES et al., 2016).

A justificativa e a relevância em pesquisar o tema reside na necessidade de enfrentamento de temas controversos relacionados à proteção do erário público, especialmente, considerando o grande número de ações em trâmite no Poder Judiciário brasileiro.

Diante dessa discussão, é relevante analisar, à luz do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, a prescrição das ações de ressarcimento nos casos de improbidade administrativa. Assim, tem-se como problema de pesquisa: A ação de ressarcimento nos casos de improbidade administrativa é prescritível?

Deste modo, o objetivo geral do presente artigo é verificar se é prescritível a ação de ressarcimento nos casos de improbidade administrativa. Os objetivos específicos são: analisar o instituto da prescrição, reconhecer os casos de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade administrativa e avaliar o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal sobre a prescrição.

Assim, o presente artigo tratará, inicialmente, do instituto da prescrição no direito brasileiro, nos casos de improbidade administrativa e da improbidade administrativa e do ressarcimento ao erário. Em seguida, o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal será analisado, considerando-se, especialmente, o julgamento do recurso extraordinário n. 852.475.

### **Procedimentos Metodológicos**

A pesquisa científica pode ser conceituada como o conjunto de procedimentos realizados a fim de buscar respostas à determinada questão, de forma objetiva e sistematizada, utilizando-se de um método específico para obter conhecimento. A realidade empírica é o que existe e pode ser conhecida por meio da experiência (ACEVEDO; NOHARA, 2013). Esta realidade não pode ser desvendada sem pesquisa. Apenas por meio da pesquisa científica pode-se descobrir a realidade não desvendada à primeira vista (DEMO, 2013).

A presente pesquisa pode ser classificada como exploratória, pois objetiva esclarecer conceitos tendo em vista um determinado problema. No caso concreto, analisa os conceitos relevantes ao tema prescrição, dos casos de improbidade e improbidade administrativa e, ao final, discute o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal a fim de saber se as ações de ressarcimento por ato de improbidade poderão, na prática, ser afetadas ou não pelo decurso do tempo.

Os procedimentos de coleta de dados utilizados foram a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental. No âmbito bibliográfico, prevalecem coleta e análise de material já existente, principalmente livros e artigos científicos. No campo documental, privilegiou-se a coleta e análise de gravações de sessões de julgamento do Supremo Tribunal Federal, material que originalmente não possui qualquer tratamento analítico.

O método científico adotado foi o dedutivo. Este método parte do geral com vistas ao particular, ou seja, a partir de princípios reconhecidos como verdadeiros, indiscutíveis, é possível chegar a conclusões decorrentes da lógica. É a partir de premissas que chegamos a conclusões (GIL, 2011). Nesta pesquisa, foram pesquisados conceitos gerais que envolvem o tema, os quais foram confrontados com a hipótese de prescrição das ações de ressarcimento por ato de improbidade.

Por fim, a abordagem utilizada foi a qualitativa, já que o tema é estudado no contexto em que ocorre e analisado numa perspectiva integrada. Busca-se, assim, captar todas as perspectivas diferentes sobre o tema. Utilizando este tipo de abordagem, vários dados são coletados e analisados a fim de que se entenda toda a dinâmica do fenômeno pesquisado (GODOY, 1995).

### **O instituto da prescrição no direito brasileiro**

O instituto da prescrição é regulado preponderantemente no Código Civil brasileiro que, sobre o tema, dispõe em seu artigo 189: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206” (BRASIL, 2002, s.p.). O poder jurídico conferido a um indivíduo, em razão da incidência de uma norma a um fato, é chamado de direito subjetivo. Esse poder confere ao indivíduo a faculdade de agir. Os direitos subjetivos podem propiciar ao credor a oportunidade de exigência de uma obrigação a ser cumprida.



O poder de exigir é denominado de pretensão. Na hipótese de cumprimento da obrigação pelo credor, a pretensão do titular desse direito é atendida e ocorrerá a extinção da relação jurídica pertinente. Por outro lado, quando o credor não cumprir de forma voluntária sua obrigação, o titular do direito deverá tomar um comportamento positivo. Caberá ao devedor agir, mesmo contra a vontade do devedor (CARVALHO FILHO, 2016).

Da violação, nasce para o titular a pretensão de buscá-lo judicialmente (CAVALCANTE, 2018). Todavia, se o titular desse direito permanecer inerte, perderá a pretensão que teria de pleitear seu direito no Poder Judiciário. O direito permanece preservado, mas estará desprotegido judicialmente em virtude da ocorrência da prescrição (TARTUCE, 2018).

Desta forma, a prescrição pode ser conceituada como um fato jurídico que extingue a pretensão. A prescrição ocorre com a inércia do titular em exercitar sua pretensão dentro de certo prazo. Entende-se que há desinteresse por parte do credor. Por isso, o poder de exigibilidade em face do devedor é retirado (CARVALHO FILHO, 2016). Assim, a obrigação jurídica será convertida em obrigação natural, a qual não confere ao titular do direito o poder de exigir seu cumprimento (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2017).

Estão previstos alguns fatos que podem impedir ou paralisar temporariamente a contagem do prazo prescricional. São as hipóteses de impedimento, suspensão e interrupção. O impedimento surge de um fato decorrente de determinada situação jurídica, impedindo o início a contagem do prazo. A suspensão irá paralisar o curso do prazo que terá continuidade após exaurimento do fato que a ensejou. Por fim, a interrupção ocorrerá com o acontecimento de um fato hábil a destruir os efeitos do período já transcorrido.

No Direito Penal, para que ocorra a prescrição, são exigidos os mesmos pressupostos do Direito Civil. É necessário o decurso do prazo com a inércia do titular do direito, sob pena de extinção da punibilidade (CARVALHO FILHO, 2016). Deste modo, o artigo 107, inciso IV do Código Penal, dispõe sobre a extinção da punibilidade pela prescrição (BRASIL, 1940).

O Estado é titular do direito abstrato de punir. Tal direito poderá ser exercido sobre todas as pessoas. Da prática de um delito, haverá a concretização do *jus puniendi*. Surge para o Estado uma pretensão punitiva.

Ao contrário da esfera cível, no direito penal a inércia do Estado não pode ser associada ao desinteresse no exercício do *jus puniendi* (CARVALHO FILHO, 2016). O Estado tem o poder e o dever de punir o agente criminoso. Entretanto, existem barreiras penais e processuais ao direito de punir. Há, inclusive, um limite temporal para aplicação da sanção penal, chamado de prescrição (MASSON, 2016).

Haverá o simples decurso do tempo após a prática do delito ou após proferimento da sentença. Trata-se de uma inércia legal, não voluntária (CARVALHO FILHO, 2016). O Estado deverá empreender os esforços necessários e disponíveis para que o agente criminoso seja punido (MASSON, 2016).

Na seara criminal, a pena é o principal aspecto afetado pela ocorrência da prescrição. Quando ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença, há prescrição da pretensão punitiva. Já quando há prescrição posterior à sentença, ocorrerá prescrição da pretensão executória. Não há perda do direito de punir, mas sim há extinção da punibilidade. Deste modo, a pena não poderá ser aplicada ou executada.

No âmbito administrativo, conceitos relativos à prescrição não são modificados. A prescrição da pretensão do administrado contra a Fazenda Pública é conceituada da mesma maneira que na seara cível. No caso de violação de um direito subjetivo do administrado em face do Estado, surge a pretensão, que só poderá ser exercida durante determinado período.

Do mesmo modo ocorre a prescrição da pretensão da Fazenda Pública em face do administrado. A União, os estados, o Distrito Federal, os municípios, as autarquias e as fundações autárquicas, quando titulares de direitos subjetivos violados, poderão exigir seu cumprimento pelo particular. Após o prazo fixado, a prescrição extingue a pretensão e o titular não terá o poder de exigir seu direito subjetivo (CARVALHO FILHO, 2016).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica que a prescrição contra a Fazenda Pública é quinquenal, nos termos do Decreto n. 20.910/32. Deste modo, toda pretensão em face da Fazenda Pública não exercida no prazo de 5 anos será considerada prescrita - inclusive nos casos de indenização (CAVALCANTE, 2016).

Em todos os casos, a prescrição justifica-se pela pacificação social e pela segurança jurídica. As relações jurídicas existentes necessitam de certeza e estabilidade. Por isso, é necessário que haja um prazo determinado para que o titular

exerça sua pretensão. Esse instituto surgiu para consolidar situações sedimentadas pelo tempo.

A imprescritibilidade é uma exceção, pois a existência de direitos perpétuos gera aos administrados o sentimento de instabilidade e insegurança em suas relações jurídicas. As pretensões protegidas pelo instituto da imprescritibilidade não serão afetadas pelo decurso do tempo ou inércia do credor. São raras as hipóteses de imprescritibilidade como, por exemplo, os casos previstos no artigo 5º, inciso XLII (racismo) e inciso XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático) (CAVALCANTE, 2018).

### **A prescrição nos casos de improbidade administrativa**

A prescrição no caso das ações de improbidade, de acordo com o artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, ocorrerá em cinco anos após o término do exercício do mandato (no caso de cargos em comissão ou função de confiança) ou no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares punidas com demissão (na hipótese de cargo ou emprego efetivo), *in verbis*:

art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei (BRASIL, 1992, s.p.).

Por outro lado, por conta da má redação do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição da República, há grande divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário (CARVALHO, 2010). Extraíse do dispositivo constitucional: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988, s.p.).

Da discussão despontaram duas correntes. A primeira, defendida por pequena parte da doutrina e da jurisprudência, vê a pretensão da reparação de danos ao erário como prescritível porque, quando o texto constitucional quis trazer a imprescritibilidade, o fez expressamente, como no artigo 5º, incisos XLII e XLIV (ESTEVES; COLA, 2008).

Os filiados à primeira corrente entendem que, como forma de promover a interpretação alinhada aos princípios vetores do ordenamento jurídico brasileiro, o dispositivo não indicaria a imprescritibilidade das ações. Considerar tais ações imprescritíveis feriria preceitos jurídicos institucionalmente garantidos, como é o caso da segurança jurídica e da não eternização das penas.

Defendem, também, que haveria grave supressão do direito de defesa do dano do autor, o qual teria que guardar toda documentação probatória de todos seus atos praticados em vida pública, por incontáveis anos. Deste modo, não poderia ser presumida a imprescritibilidade (CARVALHO FILHO, 2017). Adeptos à primeira corrente, os doutrinadores Celso Antônio Bandeira de Mello, Nelson Nery Júnior, Rita Tourinho e Marino Pazzaglini Filho.

Por sua vez, a segunda corrente, dominante na doutrina e na jurisprudência, interpreta literalmente o dispositivo constitucional de modo a crer que incidirá a prescrição para ilícitos civis, com a ressalva de que a prescrição não incide sobre a pretensão para reparação de danos causados ao erário (ESTEVES; COLA, 2008).

Os adeptos da corrente defendem ser imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, mesmo que para aplicação de outras medidas a ação esteja prescrita (PIETRO, 2016). Sob esse ponto de vista, prescreverá, com o decurso do tempo, apenas a apuração e a punição de ilícitos civis. Entretanto, o direito da Administração Pública ao ressarcimento integral do dano ao erário, é imprescritível.

Filiados à essa corrente, José Afonso da Silva, Maria Sylvia Zanella di Pietro e José dos Santos Carvalho Filho. Este também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de ressalva constitucional inafastável (SILVA, 2009) que se justifica pela necessidade de recomposição do erário, do patrimônio público e do tesouro de toda a sociedade. Ora, se o sujeito causou dano ao erário, é a ele que recai o ônus probatório, inclusive de guardar por tempo indefinido os documentos necessários, sob pena de esvaziamento do princípio constitucional da proteção ao patrimônio público (CARVALHO FILHO, 2017).

Nas palavras do jurista José Afonso da Silva (2009, p. 349), “deu-se, assim, à Administração inerte o prêmio da imprescritibilidade”. O ressarcimento ao erário constituiria a única consequência prevista pela Constituição e pela Lei de Improbidade

Administrativa protegida pela imprescritibilidade, no tocante às consequências da prática de atos ímprobos (MARQUES et al., 2016).

## **Improbidade administrativa e o ressarcimento ao erário**

### ***Conceituação do termo improbidade administrativa***

O termo probidade nos remete a conceitos de retidão, integridade e honestidade. Ser probo, além de honesto, significa respeitar os valores éticos presentes no grupo social em que vivemos. Por outro lado, improbidade significa a inobservância de valores morais, a presença de comportamentos desonestos e a falta de integridade.

Quando comportamentos ímprobos atingem a Administração Pública nos deparamos com a figura da improbidade administrativa (CARVALHO FILHO, 2016). São atos, de natureza civil, tipificados em lei federal, que violam – de forma direta ou indireta – os princípios constitucionais e legais que orientam a Administração Pública. Para caracterização de ato ímprobo, é desnecessária a ocorrência de enriquecimento ilícito ou prejuízo material ao erário (MARQUES et al., 2016). Nestes casos, figuram como sujeitos ativos de atos de improbidade o agente público e o terceiro – não agente público – que induza, concorra para a prática do ato ou dele se beneficie direta ou indiretamente (PIETRO, 2016).

Para que se caracterize um ato de improbidade, há necessidade de existência de um desvio de conduta do agente público, no exercício de suas funções. Há um afastamento dos padrões éticos e morais impostos pela sociedade. O sujeito, mesmo que não alcance seus objetivos, pratica o ato com intenção de obter vantagens materiais indevidas ou mesmo de gerar prejuízo ao patrimônio público. A Lei de Improbidade Administrativa não visa punir mera ilegalidade, mas sim condutas imorais e ilegais ligadas a atos de corrupção (MARQUES et al., 2016). Como ensina o eminente José Afonso da Silva (2009, p. 348), “a mera ilegalidade do ato não pode caracterizar ato de improbidade”.

Deve-se ressaltar que os atos de improbidade administrativa não constituem crime, tanto que as medidas previstas não têm natureza de sanção penal. Entretanto, tais atos podem, concomitantemente, corresponder a ilícitos penais ou administrativos, em virtude da independência entre as instâncias (PIETRO, 2016).

### **Classificação dos atos de improbidade**

A Lei n. 8.249/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) classificou os atos de improbidade em quatro categorias, de acordo com os valores que ofendem (CARVALHO FILHO, 2016). No artigo 9º, estão dispostos os atos que importam enriquecimento ilícito; No artigo 10, arrolados os atos que causam prejuízo ao Erário; O artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar n. 157, em 2016, dispõe acerca dos atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; Por fim, o artigo 11 elenca os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (BRASIL, 1992).

Os atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito do agente (artigo 9º) são considerados como os atos mais graves e nocivos à Administração Pública. Tais atos restam configurados quando o agente público alcança, dolosamente, para si ou para outrem, vantagem patrimonial ilícita em razão de seu cargo, mandato, função, emprego ou atividade na Administração. Haverá o recebimento de vantagem patrimonial indevida (com ou sem dano ao erário), um comportamento ilícito do agente, a ciência da ilicitude dos atos e das vantagens (dolo) e o nexa causal entre o exercício funcional abusivo e a vantagem obtida.

Por sua vez, os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário (artigo 10) são ações ou omissões ilegais do agente público, dolosas ou culposas, no exercício de sua função pública, e que acarretam prejuízo financeiro ao patrimônio público. Importa dizer que é necessário ocorrer dano efetivo e concreto ao patrimônio público, isto é, decréscimo de bens ou dinheiro público.

Os atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (artigo 10-A) são caracterizados com a concessão, aplicação ou manutenção de benefício ao contrário do que dispõe o *caput* e parágrafo primeiro do artigo 8ª-A da Lei Complementar n. 116/03 (impostos sobre serviços de qualquer natureza – ISS). O agente deve agir dolosamente, em conduta comissiva ou omissiva, de forma ilícita.

Já os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11) restam configurados quando o agente público, por qualquer ação ou omissão funcional, desrespeita os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. No dispositivo, estão compreendidos todos os princípios que pautam e veiculam a atuação dos agentes públicos. Deve-se ressaltar

que o preceito contido no artigo 11 é aplicado de forma residual, isto é, quando não configuradas as demais modalidades de improbidade administrativa. Isso porque, se da conduta é configurado ato de improbidade previsto nos demais artigos, haverá absorção da regra do artigo 11 por ser subsidiária (PAZZAGLINI FILHO, 2018).

Os artigos 9º, 10 e 11, que definem os atos de improbidade administrativa, são considerados pela doutrina e jurisprudência róis exemplificativos em virtude do termo “notadamente” trazido em seus *caputs*. Inclusive, a própria jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>1</sup> e do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup> convergem nesse sentido. Há possibilidade de configuração de um ato ímprobo no caso de outras condutas, bastando que exista congruência com os elementos do tipo previstos em cada um dos artigos da Lei de Improbidade Administrativa (MARQUES et al., 2016).

Deve-se ressaltar que, dentre os artigos da Lei n. 8.249/1992 que elencam os atos de improbidade, apenas o artigo 10 prevê a hipótese de condenação em caso de condutas culposas. Para os demais atos, é exigido o elemento subjetivo dolo (PIETRO, 2016). Assim, a Lei de Improbidade Administrativa afastou a aplicação da responsabilidade objetiva do agente público, salvo no caso do artigo 10 (atos que causam prejuízo ao erário). É necessário que haja afastamento dos padrões éticos e morais, com o mínimo de má-fé que revele a presença da intenção de obter vantagens indevidas ou de gerar prejuízo ao erário (MARQUES et al., 2016).

### **As sanções por prática de ato de improbidade e o ressarcimento ao erário**

Os ímprobos são ilícitos de natureza civil e política poderão ser condenados, conforme artigo 37, §4º da Constituição da República, com suspensão dos direitos políticos, com indisponibilidade dos bens e com o ressarcimento ao erário (PIETRO,

---

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 435412 RO 2002/0056909-5. Recorrente: Odaísa Fernandes Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relatora: Ministra Denise Arruda. 1ª Turma. Brasília, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7136428/recurso-especial-resp-435412-ro-2002-0056909-5?ref=juris-tabs>> Acesso em 23 de outubro de 2018.

<sup>2</sup> \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 801268. Agravante: Renato Ryal Dias. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 29 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143560&base=baseMonocraticas>> Acesso em 23 de outubro de 2018.

2016). Ainda, nos termos do artigo 12 da Lei de Improbidade, os sujeitos podem ser sancionados com a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios (MARQUES et al., 2016).

Entende-se que o ressarcimento ao erário, previsto no artigo 37, §4º da Constituição, tem natureza de indenização e não de sanção (PAZZAGLINI FILHO, 2018). Extrai-se do artigo 5º da Lei de Improbidade Administrativa: “Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano” (BRASIL, 1992,s.p.).

Trata-se de forma de recomposição do patrimônio lesado. Deste modo, só será cabível aplicação desta medida quando do ato ímprobo resultar prejuízo ao erário ou patrimônio público (PIETRO, 2016). Isto é, se não houver prejuízo, não há que se falar em ressarcimento (OLIVEIRA, 2017).

O ressarcimento integral do dano poderá ser aplicado quando o agente for condenado por qualquer ato de improbidade administrativa que cause dano econômico real ao erário (não presumido). O montante ressarcido será na medida necessária à recomposição do dano, apurado em execução. O valor será revertido, especialmente, em favor da pessoa jurídica prejudicada. Havendo mais de um réu condenado, a responsabilidade entre eles será solidária e, em sede de sentença, deverá ser delimitada a quota de responsabilidade de cada um dos réus quando da dosimetria das sanções aplicadas (PAZZAGLINI FILHO, 2018).

### **Análise do atual entendimento do Supremo Tribunal Federal**

O princípio da segurança jurídica objetiva evitar alterações que possam instabilizar a vida em sociedade, de forma a minimizar efeitos traumáticos de novas disposições legislativas ou entendimentos jurisprudenciais (MARINELA, 2018). Por isso, a fim de prover segurança jurídica, a irretroatividade é regra no ordenamento jurídico brasileiro, enquanto a retroatividade é exceção caso seja em favor do indivíduo (MARQUES et al., 2016).

Deste modo, a segurança jurídica justifica a existência de prazos prescricionais (CAVALCANTE, 2018). Tanto que o artigo 37, §5º da Constituição da República, definiu que lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos, praticados por



agentes que causem prejuízos ao erário. Deste modo, as sanções previstas na Constituição e na Lei de Improbidade Administrativa podem ser alcançadas pelo instituto da prescrição.

Entretanto, como visto anteriormente, as ações de ressarcimento ao erário, em virtude da prática de atos de improbidade, são consideradas imprescritíveis. Assim, surgiu a discussão acerca do tema. O grande questionamento presente nessas discussões é a possibilidade de quebra e violação do princípio da segurança jurídica para que se combata atos ímprobos que causaram prejuízo aos cofres públicos.

De um lado, existe a necessidade de proteger o erário público. Por outro, há o princípio da segurança jurídica defendendo que, por mais lesivo que seja um comportamento, não é razoável que o Direito possa punir alguém por tempo indeterminado. Deste modo, a punição eterna deveria ser utilizada apenas em casos muito excepcionais como em crimes contra humanidade e crimes de guerra.

Diante da discussão, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral acerca da possibilidade de incidência de prescrição nas ações de ressarcimento ao erário (tema n. 897), em virtude da prática de ato de improbidade administrativa, no recurso extraordinário n. 852.475 (MARQUES et al., 2016).

O caso concreto trata de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público de São Paulo em ação de improbidade administrativa, no qual recurso de apelação foi provido no Tribunal de Justiça de São Paulo para reconhecer a ocorrência de prescrição e dispensar os servidores do ressarcimento ao erário. A ação judicial em questão apurava a realização de licitação para alienação de dois veículos por valor abaixo do preço de mercado, com a participação do ex-prefeito da cidade de Palmares Paulista, um técnico em contabilidade e dois servidores públicos.

O Ministério Público de São Paulo argumentou que a prescrição da ação ofende o inciso 5º do artigo 37 da Constituição Federal, o qual traz expressamente o comando da imprescritibilidade das ações de ressarcimento. O representante do *parquet* também explica que reconhecida a prescritibilidade dessas ações, os sujeitos que praticam atos ímprobos ficaram impunes e o erário público será prejudicado.

A sessão de julgamento em plenário<sup>1</sup> da Suprema Corte iniciou em 2 de agosto de 2018 com a leitura do relatório pelo ministro Alexandre de Moraes. A presidente

---

<sup>1</sup> As gravações da sessão de julgamento do dia 2 de agosto de 2018 encontram-se

do Supremo Tribunal Federal, ministra Cármen Lúcia, ressaltou a importância do julgamento considerando a existência de 999 processos sobrestados em todo o Brasil.

Na sequência, manifestou-se pelo recorrido o advogado Georghio Alessandro Tomelin. Em sua sustentação oral, defendeu que não existe imprescritibilidade originária nas ações de improbidade decorrentes de atos de improbidade. Defendeu que a Constituição da República, quando quis, utilizou o termo “imprescritível”, como nos casos dos crimes de racismo e ações de grupos armados, o que não ocorreu nas ações de ressarcimento. Ressaltou que a alienação dos veículos ocorreu em 1995 e o ajuizamento da ação ocorreu em 2001. Sustentou que, pelo longo período transcorrido, os réus já estavam longe da Administração Pública, sem acesso aos dados e documentos necessários à realização de suas defesas, o que prejudicaria o exercício das garantias da ampla defesa e do contraditório.

Em seguida, o relator Alexandre de Moraes ressaltou que a imprescritibilidade traz prejuízo ao exercício da ampla defesa. Observou que, em todo ordenamento jurídico brasileiro, a imprescritibilidade é uma exceção. Defendeu que a Constituição da República, na expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988, s.p.), não indica a imprescritibilidade da ação, porquanto, quando o Constituinte assim pretendeu, fez constar de modo expresso: “são imprescritíveis”.

Entendeu o ministro Alexandre de Moraes que a ressalva do parágrafo 5º do artigo 37 pretendeu recepcionar as normas legais definidoras de instrumentos processuais e dos prazos prescricionais vigentes antes da Constituição da República de 1988. Deste modo, lei específica deveria ser editada a fim de prever prazo de prescrição para aplicação da sanção de ressarcimento ao erário (CAVALCANTE, 2018).

Assim, o ministro Alexandre de Moraes votou pelo desprovimento do recurso e propôs a fixação da seguinte tese:

A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos e terceiros pela prática de ato de improbidade administrativa devidamente tipificado pela Lei 8.429/1992 prescreve juntamente com as demais sanções do artigo 12, nos termos do artigo 23, ambos da referida lei, sendo que, na hipótese em que a conduta também for

---

disponíveis no canal do Supremo Tribunal Federal no *Youtube*

([www.youtube.com/watch?v=8CIY34iiFaM](http://www.youtube.com/watch?v=8CIY34iiFaM) e [www.youtube.com/watch?v=Y9Mzd21olcY](http://www.youtube.com/watch?v=Y9Mzd21olcY)).

tipificada como crime, os prazos prescricionais são os estabelecidos na lei penal. (MORAES, 2018, S.P).

Neste sentido, votaram os ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes.

Por sua vez, o ministro Edson Fachin abriu divergência ao votar pelo provimento do recurso e ao defender que a Constituição Federal dispõe que as ações de ressarcimento decorrentes de improbidade administrativa são imprescritíveis. A discussão, travada em torno da segurança jurídica e do devido processo legal (VALLE, 2018), tem origem na interpretação da expressão contida no artigo 37, §5º da Constituição da República: “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (BRASIL, 1988).

O ministro Edson Fachin defendeu que, apesar de não constar expressamente a palavra “imprescritível”, a expressão do artigo 37, §5º deve ser interpretada considerando a intenção do poder constituinte originário. Aduziu o ministro que a exceção de imprescritibilidade se justifica em respeito à tutela de bens públicos, compromisso fundamental de todos. Entendeu que a segurança jurídica, nessa perspectiva, não leva a autorizar a proteção, pelo decurso do tempo, a quem causou prejuízo ao erário. Como o ministro Edson Fachin, votou a ministra Rosa Weber.

Na sessão<sup>1</sup> do dia 8 de agosto de 2018, o ministro Marco Aurélio votou com o relator, a fim de reconhecer a prescritibilidade das ações. Sustentou o ministro que a Constituição não prevê expressamente a alegada imprescritibilidade e que não cabe ao intérprete incluir tal previsão.

De outro lado, a então ministra presidente do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, também defendeu a imprescritibilidade das ações de ressarcimento. Defende que não há como extrair do texto “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” outra interpretação que não a imprescritibilidade. Entendeu que a segurança jurídica está não apenas na parte administrativa e na conduta das pessoas que serviram e servem à administração pública, mas especialmente no cumprimento da Constituição da República, interpretada de acordo com seus termos expressos.

---

<sup>1</sup>A gravação da sessão de julgamento do dia 8 de agosto de 2018 está disponível no canal do Supremo Tribunal Federal no *Youtube* ([www.youtube.com/watch?v=6OHD7cYork](http://www.youtube.com/watch?v=6OHD7cYork)).

Já o ministro Celso de Mello, que votou na sessão, sustentou que o Poder Constituinte originário, por meio de assembleia, dispôs expressamente na Carta Magna a ressalva da prescribibilidade das ações de ressarcimento ao erário, sem restringir a natureza do ilícito. Disse que basta haver dano para que haja ação de ressarcimento, sem que incida sobre a pretensão qualquer prazo prescricional. Defendeu que Constituição da República traz não apenas o alçamento da boa governança, mas uma compreensão da coisa pública como compromisso fundamental a ser protegido por todos, compreendido com um verdadeiro ideal republicano. Sustentou que a imprescribibilidade representa garantia da coletividade à restituição do que lhe foi subtraído por prática do ato ímprobo. Deste modo, entendeu que, mesmo após decorrido muito tempo da prática do ato, não há que eximir o sujeito do dever de ressarcir integralmente os cofres públicos.

Os ministros Luiz Fux e Luís Roberto Barroso, que antes defenderam a tese da prescribibilidade, modificaram seus entendimentos e votaram pelo parcial provimento do recurso. O ministro Luís Roberto Barroso fundamentou a mudança de entendimento pelo fato de que, em virtude da demora processual, o reconhecimento da prescribibilidade não traria qualquer benefício a sociedade. Entretanto, argumentou a necessidade de restringir a imprescribibilidade para os casos de improbidade dolosa, isto é, quando o ato gerar enriquecimento ilícito, favorecimento ilícito de terceiros ou causar dano intencional à Administração.

Os demais ministros, que antes seguiram o voto do ministro Edson Fachin, adotaram a posição do ministro Luís Roberto Barroso e, deste modo, por maioria de votos, foi reconhecida a imprescribibilidade das ações de ressarcimento dos danos ao erário causados por atos dolosos de improbidade administrativa.

Assim, votaram pela prescribibilidade os ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Votaram pela imprescribibilidade os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Luiz Fux e Roberto Barroso.

Ao final do julgamento, o recurso foi parcialmente provido para devolver ao tribunal a análise do caso concreto. Foi fixada a tese proposta por Edson Fachin: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”. Isto é, o réu que, comprovadamente, praticou de ato de improbidade administrativa que gere prejuízo econômico (real e

quantificável) ao erário, poderá ser condenado a ressarcir o prejuízo causado a qualquer tempo. Conseqüentemente, configurada a prática de ato de improbidade por conduta culposa, não há que se falar em imprescritibilidade da ação de ressarcimento. Importa mencionar que o artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa (atos que causam prejuízo ao erário) é o único dispositivo que permite condenação em caso de conduta culposa.

Não foi definido qual o rito a ser seguido, entretanto restou claro que o juiz terá de estabelecer que realmente houve improbidade e dano econômico real. Além disso, deve haver comprovação de todos os pressupostos necessários à configuração de ato de improbidade, inclusive o elemento subjetivo (*dolo*) na conduta.

Por fim, é importante mencionar que a questão não restou pacificada entre os julgadores brasileiros. Tanto que, em 8 de agosto de 2018, a 4ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu prescrito o direito de ação do Ministério Público Federal em ação de ressarcimento por ato de improbidade<sup>1</sup> ajuizada contra uma ex-empregada pública. No caso, a empregada foi demitida em 2003 e o ajuizamento da ação se deu em 2014, isto é, após transcorrido o prazo quinquenal da Lei de Improbidade Administrativa. Em decisão unânime, a turma reconheceu a ausência de interesse de agir quanto ao pedido de ressarcimento dos valores desviados, em virtude da ocorrência de prescrição.

### Considerações Finais

A Carta Magna de 1988 foi redigida com imensa preocupação em combater desvios de condutas e atos de improbidade praticados no bojo da Administração Pública. Tanto que o artigo 37 nos trouxe verdadeiro código de conduta a pautar todos os atos praticados na Administração (MARQUES et al., 2016). A Constituição da República, somada à Lei de Improbidade Administrativa, trouxe-nos o compromisso

---

<sup>1</sup> Brasil, Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível. Processo n. 0066501-26.2014.4.01.3800/MG. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: Luciene Aparecida Marzagao. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Brasília, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.escavador.com/diarios/711849/TRF1/judicial/2018-09-14/356033765/movimentacao-do-processo-0066501-2620144013800>>. Acesso em 15 de nov. de 2018.

de evitar a prática de atos de improbidade, bem como impedir que fiquem impunes os agentes ímprobos.

Não obstante, da redação do §5 do artigo 37 da Constituição surgiu intenso conflito interpretativo. A doutrina e a jurisprudência ainda não entraram em consenso sobre a imprescritibilidade ou não das ações de ressarcimento ao erário decorrente da prática de atos de improbidade administrativa.

Durante a escrita do presente artigo, verificou-se que a prescrição, fato jurídico que extingue a pretensão, ocorre com a inércia do titular em exercer sua pretensão dentro de certo prazo (CARVALHO FILHO, 2016). O instituto possui o mesmo objetivo em todos os ramos do direito, isto é, a pacificação social e a segurança jurídica. Deste modo, a imprescritibilidade é vista como excepcionalidade (CAVALCANTE, 2018).

Nos casos de improbidade administrativa, é sabido que, nos termos do artigo 23 da Lei de Improbidade Administrativa, a prescrição ocorrerá em cinco anos após o término do exercício do mandato (no caso de cargos em comissão ou função de confiança) ou no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares punidas com demissão (na hipótese de cargo ou emprego efetivo).

No tocante às ações de ressarcimento, verificou-se a existência de duas grandes correntes doutrinárias e jurisprudenciais. De um lado, há quem defenda que a pretensão da reparação de danos ao erário é prescritível porque, quando o texto constitucional quis trazer a imprescritibilidade, o fez de maneira expressa (ESTEVES; COLA, 2008) e porque a imprescritibilidade causaria grave supressão do direito de defesa para o réu (CARVALHO FILHO, 2017). De outro lado, os filiados à segunda corrente interpretam literalmente o dispositivo e defendem ser imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário, mesmo que para aplicação de outras medidas a ação esteja prescrita (PIETRO, 2016).

A improbidade administrativa é entendida como a prática de condutas imorais e ilegais ligadas a atos de corrupção, bem como a inobservância de valores morais, a presença de comportamentos desonestos e a falta de integridade que atingem a Administração Pública (CARVALHO FILHO, 2016). Os atos estão classificados nos artigos 9º, 10, 10-A e 11 da Lei de n. 8.249/1992. São atos que importam enriquecimento ilícito, que causam prejuízo ao Erário, atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e os que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Tratam-se de ilícitos civis e políticos que possuem como penalidades a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. O ressarcimento ao erário não é apontado como sanção propriamente dita, e sim como forma de recomposição do patrimônio lesado (PIETRO, 2016).

Ao analisar o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, notou-se que também existia grande divergência, de modo que foi reconhecida repercussão geral no tema. Durante os debates do julgamento, foi evidente a existência de entendimentos divergentes entre os ministros. Ao final das sessões, foi fixada a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.

No julgamento, os ministros consideraram a necessidade de proteção ao erário, a demora na tramitação dos processos judiciais no Brasil, o número de ações de improbidade em trâmite no país e a própria intenção da Assembleia Constituinte contida no §5º do artigo 37º da Constituição da República. Concluiu-se que a sociedade terá maior benefício com a imprescritibilidade das ações de ressarcimento.

Deste modo, constatou-se que as ações de ressarcimento por ato de improbidade administrativa são imprescritíveis apenas quando devidamente comprovado o elemento subjetivo (dolo) e a ocorrência de real prejuízo ao erário, de natureza econômica e quantificável.

Apesar de subsistirem entendimentos divergentes, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece ser a mais benéfica para a sociedade, pois garantirá a cobrança do ressarcimento de prejuízos causados ao erário por atos intencionais de improbidade, independente do decurso do tempo. Como mencionado no julgamento do Supremo, 999 processos foram sobrestados em todo o Brasil. Esse dado mostra o imenso prejuízo que restaria ao erário e a toda sociedade se reconhecida a prescrição destes casos e de tantos outros em trâmite no país.

A prática de improbidade parece comum e corriqueira na Administração Pública, todavia, desde a Constituição da República de 1988, é crescente o combate dos atos de improbidade. O reconhecimento da prescrição das ações de ressarcimento iria contra a tais movimentos e deixaria impunes os sujeitos ímprobos.

## Referências

ACEVEDO, Claudia Rosa; NOHARA, Jouliana Jordan. **Como fazer monografias: TCC, dissertações e teses**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BOLETIM JURÍDICO. **Ação de improbidade contra empregado público deve ser ajuizada no prazo de cinco anos da data da demissão**. 2018. Disponível em: <<http://boletimjuridico.publicacoesonline.com.br/acao-de-improbidade-contra-empregado-publico-deve-ser-ajuizada-no-prazo-de-cinco-anos-da-data-da-demissao/>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em: 21 de ago. de 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)> Acesso em: 12 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 12 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 8.429 de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)> Acesso em: 12 de out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pleno - Imprescritibilidade de ação de ressarcimento decorrente de improbidade**. Produção de Supremo Tribunal Federal. Brasília: Tv Justiça, 2018. (182 min.), color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=6OHD7cYork>>. Acesso em: 6 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pleno - Prescrição de ação de ressarcimento decorrente de improbidade (1/2)**. Produção de Supremo Tribunal Federal. Brasília: Tv Justiça, 2018. (100 min.), color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=8CIY34iiFaM>>. Acesso em: 6 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Pleno - Prescrição de ação de ressarcimento decorrente de improbidade (2/2)**. Produção de Supremo Tribunal Federal. Brasília: Tv Justiça, 2018. (66 min.), color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Y9Mzd21olcY>>. Acesso em: 6 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Iniciado julgamento sobre prescrição de ação de ressarcimento decorrente de improbidade administrativa**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385573>>. Acesso em 3 de ago. 2018.



\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Prescrição em caso de ressarcimento ao erário por ato de improbidade é tema de repercussão geral.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=317100>>. Acesso em 3 de ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **STF reconhece imprescritibilidade de ação de ressarcimento decorrente de ato doloso de improbidade.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386249>>. Acesso em 3 de ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 852475. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: Antônio Carlos Coltri e Outros. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, 06 de maio de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4670950>> Acesso em: 4 de ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 801268. Agravante: Renato Ryal Dias. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 29 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143560&base=baseMonocraticas>> Acesso em 23 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.089.492/RO. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Pedro Pereira de Oliveira. Relator: Ministro Humberto Martins. 2ª Turma. Brasília, 18 de novembro de 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17553277/recurso-especial-resp-1089492-ro-2008-0197713-9/inteiro-teor-17635595?ref=juris-tabs>> Acesso em 13 de ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 435412 RO 2002/0056909-5. Recorrente: Odaísa Fernandes Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado de Rondônia. Relatora: Ministra Denise Arruda. 1ª Turma. Brasília, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7136428/recurso-especial-resp-435412-ro-2002-0056909-5?ref=juris-tabs>> Acesso em 23 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível. Processo n. 0066501-26.2014.4.01.3800/MG. Apelante: Ministério Público Federal. Apelada: Luciene Aparecida Marzagao. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Brasília, 07 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.escavador.com/diarios/711849/TRF1/judicial/2018-09-14/356033765/movimentacao-do-processo-0066501-2620144013800>>. Acesso em 15 nov. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Antônio Roberto Winter de. **Reflexões acerca da prescritibilidade nas ações de ressarcimento ao erário previstas no art. 37, §5o da Constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 253, p. 31-47, jan./abr. 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8042/6836>> Acesso em 13 de ago. 2018.

CAVALCANTE, Márcio. **Imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em caso de atos de improbidade praticados dolosamente**. 2018. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/08/prescricao-se-um-direito-eviolado-o.html>>. Acesso em: 09 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. Essa conclusão não vale para ressarcimentos decorrentes de improbidade administrativa**. 2016. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2016/02/e-prescritivel-acao-de-reparacao-de.html>>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ESTEVES, Carolina Bonadiman; COLA, Felipe de Souza Costa. **Prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por dano causado por agente ímprobo: uma questão de proteção ao direito fundamental à segurança jurídica**. Brasília: 2008. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02\\_857.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/02_857.pdf)>. Acesso em: 13 out. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil: volume único**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GODOY, Arilda Schmidt. Pesquisa Qualitativa: Tipos fundamentais. **Revista de Administração de Empresas**, São Paulo, v. 35, n. 3, p.20-29, maio 1995. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rae/v35n3/a04v35n3.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARQUES, Mauro Campbell et al. **Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa: direito material e processual**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PINHEIRO, Dirceu Gênis. **Lei de improbidade administrativa: Aspectos processuais relevantes e os reflexos do julgamento final da Reclamação nº 2138 do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://mpto.mp.br/cint/cesaf/arqs/281108045600.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Paulo Vitor da. **O combate à corrupção como fato social: uma abordagem histórica da evolução legislativa no controle dos desvios perpetrados no âmago do Estado**. Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo, v. 5, n. 2, p.232-248, jul. 2018. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdda>>. Acesso em: 18 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **O tempo e a improbidade administrativa: Ampliando o debate sobre a decisão do STF ainda em construção**. 6 ago. 2018. Disponível em: <<https://vanicevalle.com.br/wp-content/uploads/2018/08/julgamento-improbidade.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa, ação de improbidade & controle principiológico**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

## CAPITULO VIII

**A TESE DA DUPLA GARANTIA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO:  
UMA ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO  
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Joyce Veronez<sup>1</sup>  
Ramirez Zomer<sup>2</sup>  
Gabriela Back<sup>3</sup>  
Deivid Carlota Helário<sup>4</sup>

**Resumo:** O presente estudo analisa a responsabilidade Civil do Estado e (im)possibilidade de o servidor público figurar no polo passivo de ação indenizatória movida por particular. O tema foi alvo de controvérsias durante longo tempo até o acolhimento da teoria da dupla garantia. O objetivo geral deste artigo é demonstrar a (im)possibilidade de a vítima ajuizar ação reparatória contra o servidor que causou o dano. Como objetivos específicos busca-se a definição da responsabilidade civil, diferenciar a responsabilidade objetiva e subjetiva, pontuar a tese da dupla garantia, averiguar o entendimento do STJ e STF. O artigo utiliza como método científico o indutivo por meio de levantamento bibliográfico cuja pesquisa se deu em livros, legislação e jurisprudência. A tese da dupla garantia, consagrada pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal, vem sendo adotada em julgamentos dos tribunais superiores, pacificando a tese da dupla garantia em que o servidor não pode ser demandado diretamente por atos decorrentes da sua atividade.

**Palavras-chave:** Responsabilidade civil. Estado. Agente público. Teoria da dupla garantia. Legitimidade passiva.

**Introdução**

No ordenamento jurídico brasileiro atual aplica-se a teoria da responsabilização objetiva do Estado. De acordo com o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição da República, as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, que prestarem serviços públicos, responderão de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiro, assegurado o direito de regresso (BRASIL, 1988). Tratando-se de responsabilidade objetiva, basta comprovação do fato do serviço (conduta), o dano sofrido e o nexo causal entre este fato e o dano sofrido.

Diante disso, surgiu na doutrina e na jurisprudência duas correntes acerca da possibilidade de ajuizamento de ação indenizatória diretamente contra o servidor público causador do dano. Uma das correntes defende a possibilidade de ajuizamento

da ação somente contra o Estado, somente contra o servidor ou, ainda, contra o Estado e o Servidor – em um litisconsórcio passivo. A outra defende que a única possibilidade existente para a vítima é a de ajuizar demanda diretamente contra o Estado (CAVALCANTE, 2014).

Do debate que ainda existe sobre o assunto e considerando o grande número de ações indenizatórias tramitando contra a Fazenda Pública no Brasil surgiu o interesse em pesquisar o presente tema. A pesquisa e análise do entendimento dos doutrinadores e magistrados brasileiros é de suma importância para que possamos alcançar a pacificação de um entendimento controverso a fim de evitar que pessoas em situações parecidas recebam decisões completamente diversas.

Deste modo, temos como problema de pesquisa: A vítima poderá propor a ação diretamente contra o servidor causador do dano? Para refletir sobre a questão proposta, definiu-se como objetivo geral: demonstrar a possibilidade de a vítima ingressar com a ação de reparação contra o servidor que causou o dano. Como objetivos específicos, temos: definir no que consiste a responsabilidade civil, de modo especial a do Estado; diferenciar a responsabilidade civil objetiva e subjetiva; pontuar a aplicabilidade da tese da dupla garantia; averiguar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

### **Procedimentos Metodológicos**

A pesquisa é conceituada, por Gil (2010, p.26), um “procedimento racional e sistemático que tem como objetivo proporcionar respostas aos problemas que são propostos”. Assim, a pesquisa é elaborada quando não se dispõe de informações consideráveis a fim de responder a um problema.

Para Gil (2010, p.27), “Toda pesquisa tem seus objetivos, que tendem, naturalmente, a ser diferentes dos objetivos de qualquer outra”. Ressalta-se que, de acordo com os objetivos, as pesquisas podem ser classificadas em exploratórias, descritivas e explicativas.

A pesquisa adotada neste estudo é exploratória, cujo propósito é “proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a construir hipóteses” (GIL, 2010, p.27). Dessa forma, o presente estudo embasou-se em revisão bibliográfica de caráter qualitativo para o seu desenvolvimento, vez que para discutir o objetivo geral foi preciso abordar questões teóricas apontadas por doutrinadores da

área do Direito Civil, Administrativo e Constitucional, além de pontos relacionados à legislação.

Cumprir mencionar que o levantamento bibliográfico foi realizado em livros de diversos autores renomados, com base em seus pensamentos expressos além de artigos científicos, a legislação e jurisprudência.

No mais, o método utilizado no presente trabalho foi o indutivo. Conclui-se que o método indutivo parte da observação de fenômenos e fatos que se busca conhecer, comparando com a finalidade de descobrir a relação que existe entre eles (GIL, 2008).

### **Princípios da Responsabilidade Civil**

Para discorrer a respeito do tema responsabilidade civil, é imprescindível realizar um breve estudo a respeito de seus princípios. Tal estudo é necessário à compreensão de sua estrutura básica e de seus alicerces, os quais resguardam os valores fundamentais da ordem jurídica, norteando a aplicação do texto legal.

#### ***Princípio da Dignidade da Pessoa Humana***

O princípio da dignidade da pessoa humana é compreendido como fundamento da República Federativa do Brasil e princípio matriz de todos os direitos fundamentais. O referido princípio está previsto no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88 (LENZA, 2016). Desta monta, faz-se necessária uma perspectiva sobre sua atuação no âmbito da responsabilidade civil.

Em um sucinto relato histórico, vislumbra-se que o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecido no Direito Brasileiro efetivamente apenas com a promulgação da Constituição de 1988. No entanto, sua primeira aparição se deu com a Constituição de 1934 cuja preocupação centrava-se na igualdade material entre os indivíduos (PAULO; ALEXANDRINO, 2017).

Assim, a dignidade guarda relação com as imprevisíveis e ilimitadas manifestações da personalidade humana, havendo a consideração de que a dignidade está vinculada com a condição humana de cada indivíduo e da sociedade.

À medida que se torna visível a aplicação da dignidade da pessoa humana na responsabilidade civil, há o dever do Estado Democrático de Direito na promoção de mecanismos de indenizar a pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD; NETTO, 2017).

### **Princípio da Reparação Integral**

Para a doutrina, este princípio busca restituir de forma absoluta o ofendido, objetivando conduzir a vítima à situação anterior ao dano sofrido.

Existem duas formas de realizar a reparação integral. A primeira forma é a reparação natural, com a restituição de um bem semelhante ao ofendido, com cessação dos efeitos danosos anteriores ao evento. A segunda forma, de outro modo, é a reparação em pecúnia que se dá mediante indenização que utiliza como parâmetro o prejuízo sofrido.

### **Teoria do Risco Administrativo**

A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público é objetiva aos danos causados a terceiros. Para esta teoria, não há necessidade de demonstração de dolo ou culpa para configuração do dever que tem o Estado de indenizar. Dentre todas as teorias existentes, o Brasil adota essa teoria uma vez que a atividade administrativa tem como finalidade alcançar o bem comum e se trata de uma atividade potencialmente danosa.

Devido a isso, surge a obrigação econômica de reparação de dano pelo Estado pelo simples fato de assumir o risco de exercer tal atividade, independentemente da má prestação do serviço ou da culpa do agente público faltoso. (CARVALHO, 2017).

Primordialmente, observa-se que esta teoria alcança todas as pessoas jurídicas de direito público, abrangendo a administração direta, administração pública indireta como as autarquias, fundações de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, não importando para a atividade exercida.

Somente haverá exclusão da responsabilidade objetiva quando estiverem ausentes um de seus elementos, quais sejam conduta, dano e nexo de causalidade. Outras formas de excludentes de responsabilidade são a culpa exclusiva da vítima, caso fortuito e força maior por romperem o nexo de causalidade. (CARVALHO, 2017).

### **Responsabilidade Civil**

A responsabilidade de ordem patrimonial provém do artigo 186 do Código Civil o qual prevê como definição de ato ilícito, “Aquele que, por ação ou omissão

voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. (BRASIL,2002, s.p.).

Segundo Silvio Rodrigues, “A responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam” (RODRIGUES, 2003, p.6). Na concepção jurídica, a responsabilidade civil está atrelada à ideia de contraprestação, encargo e obrigação.

Imprescindível discorrer a respeito do tema responsabilidade civil, em particular sobre seus elementos estruturais. Na concepção de Flávio Tartuce (2017, p.320), “consideram-se quatro pressupostos do dever de indenizar: a conduta humana, a culpa genérica ou *latu sensu*, nexos de causalidade, dano ou prejuízo”. Logo, a conduta humana é motivada por ação (regra) ou omissão. Nesse sentido, a ação é a conduta positiva e a omissão a conduta negativa, podendo ser voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia. Ainda, para configurar omissão, torna-se fundamental o dever jurídico de praticar determinado ato, além da prova que o ato não foi praticado (TARTUCE, 2017).

O tópico conclusivo do artigo 186 do Código traz as expressões negligência ou imprudência relacionadas à definição de culpa em sentido estrito, sendo que dolo é proposital, consistindo na vontade de cometer o ato ilícito. A culpa compreende a falta imperícia, imprudência e negligência, o que torna exigível a reparação nos casos de teoria subjetiva se esta for comprovada (GONÇALVES, 2017).

Quanto ao nexo de causalidade, este constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, uma vez que estabelece uma relação de causa e efeito entre a conduta culposa e o dano, servindo de elo entre ambos.

Ainda em relação à causalidade, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 382): “sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano, mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexistente a relação de causalidade e, também, a obrigação de indenizar”.

O último elemento estrutural é o dano que pode ser classificado em patrimonial (material) ou extrapatrimonial (moral). Vale ressaltar que sem a comprovação do prejuízo não há de se falar em responsabilização civil (GONÇALVES, 2017).



## Responsabilidade Objetiva e Subjetiva

Dentre as espécies de responsabilidade, apontam-se a responsabilidade subjetiva e a responsabilidade objetiva.

A responsabilidade subjetiva, também chamada de Teoria da Culpa, considera que, para haver responsabilidade do agente, o mesmo deve agir com culpa, ou seja, em função de um ato doloso ou culposo. Outrossim, em determinadas situações, a lei determina a reparação de um dano independentemente de culpa em que se verifica apenas o nexo causal entre a conduta e o dano. Essa responsabilidade denomina-se responsabilidade objetiva. (GONÇALVES, 2017).

De forma diversa à responsabilidade subjetiva, nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano.

Seguindo este raciocínio, o Código Civil de 2002 compreende, no parágrafo único do seu art. 927, que “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”. (BRASIL, 2002, s.p.).

## Responsabilidade Objetiva do Estado

A responsabilidade objetiva do estado decorre da teoria do risco administrativo, consagrada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Nesse sentido, a Constituição reconhece a responsabilidade objetiva do Estado de ressarcir tanto danos materiais quanto danos morais causados por agentes públicos, no exercício de suas funções (MARINELA, 2018).

Diferente da responsabilidade civil subjetiva, basta que a vítima comprove a existência de três elementos, isto é, a conduta estatal (ação ou omissão), o dano sofrido e o nexo causal existente entre a conduta e o dano. Não há que se falar em demonstração do elemento subjetivo da conduta (dolo ou culpa).

A exclusão da responsabilidade da Fazenda Pública só se dará quando comprovada a inexistência de um destes elementos (conduta, dano e nexo), como nos casos de culpa exclusiva da vítima, de caso fortuito e de força maior.

Estão sujeitos à responsabilidade objetiva do Estado todas as pessoas da Administração Pública Direta inclusive entes políticos, autarquias, fundações públicas

de direito público. As pessoas jurídicas de direito privado também estarão sujeitas caso estejam em condição de prestadoras de serviço público.

Ressalta-se que a Administração Pública indireta não pode ser incluída na norma, nem qualquer outro particular. Isto é, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, desde que não prestem serviços públicos, não estão sujeitas à teoria da responsabilidade objetiva. Além disso, restou pacificado pela Corte Suprema que está protegido pela normal qualquer cidadão, usuário ou não. Trata-se de aplicação do princípio da isonomia.

A responsabilidade civil é atribuída diretamente à pessoa jurídica (Estado). O ato praticado pelo agente público não é dele, na verdade, é praticado em nome da pessoa jurídica e é a ela que deve ser atribuída. Estes conceitos derivam da chamada teoria da imputação, a qual foi criada no intuito de suprir o fato de que a pessoa jurídica não tem vontade própria. Deste modo, toda vontade do agente público é imputada ao Estado, de forma que ambos se confundem e se tornam uma única unidade.

Quando o Estado responde por ato de seu agente, estamos falando de responsabilidade primária. Quando o Estado responde por alguma prestadora de serviços, haverá a responsabilidade subsidiária, isto é, caso a pessoa jurídica prestadora de serviços não tenha condições financeiras, caberá ao Estado arcar com os danos que ela causou (MARINELA, 2018).

### **Ação Judicial para Reparação do Dano e a Tese da Dupla Garantia**

A reparação de um dano causado pelo Estado poderá ocorrer tanto pela via administrativa quanto pela ação judicial. Ao estudo do presente assunto, interessa-nos saber acerca das orientações doutrinárias e jurisprudenciais existentes sobre a Ação Judicial Indenizatória.

Como exposto anteriormente, o texto constitucional do artigo 37, § 6º, aborda em sua primeira parte a responsabilidade objetiva do Estado. Na sequência, a norma trata da garantia de regresso por parte do Estado contra seus servidores que somente respondem de forma subjetiva, ou seja, nos casos de culpa ou dolo.

Prevalecia na doutrina e na jurisprudência brasileira o conceito de que a vítima poderia escolher em face de quem iria ajuizar a ação indenizatória (Estado ou agente, ou ambos). Entretanto, sempre foi aconselhado que ajuizasse a ação contra a pessoa

jurídica Estatal, visto que é quem mais tem condições financeiras de arcar com eventual indenização. Além disso, caso a vítima escolhesse a Fazenda Pública, poderia se beneficiar com a aplicação da teoria da responsabilidade objetiva, ficando dispensada de comprovar dolo ou culpa.

Entretanto, sempre tivemos defensores de cada corrente existente. O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho defende que o artigo 37, § 6º da Constituição da República atribuiu a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica sem retirar da vítima a opção de agir diretamente contra a pessoa que causou o dano.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que o direito de regresso previsto no texto constitucional é o que impõe o ajuizamento da ação apenas contra o Estado. Defende o professor que se trata de garantia para o Estado, não para o agente. Leciona que o Estado não pode ser visto como protetor de seus agentes, tanto que está previsto o direito de regresso (MARINELA, 2018).

Em relação ao tema, surgiu na doutrina a chamada tese da dupla garantia que consiste nessa dupla relação jurídica presente na Constituição Federal. Sua aplicação prática nasceu e vem sendo aplicada pelos tribunais de justiça brasileiros, mais precisamente pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 327.904/SP, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 08/09/06:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento.

Embora a previsão da dupla garantia esteja fundamentada no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal, existe divergências. Fez-se, então, necessário que a jurisprudência estendesse a explicação a respeito. Aliás, no que tanges duas garantias consagradas, a primeira seria em favor do cidadão lesado que possui direito de obter a reparação do Estado independente de dolo ou culpa. E a segunda garantia privilegia o servidor público que somente pode ser pleiteado pela administração que se encontra vinculado em ação regressiva.

Dessa maneira, compreende Matheus Carvalho (2017, s.p.):

não é possível a propositura de ação, diretamente, em face do agente público causador do dano. Isso porque, no momento em que o texto constitucional, em seu art. 37, §6º, estabeleceu a responsabilidade estatal, garantiu um direito ao particular lesado de ser indenizado pelos prejuízos que sofreu) mas também concedeu ao agente a garantia de só ser cobrado pelo Estado. É o que se convencionou chamar de teoria da dupla garantia - garantia à vítima e também ao agente

No entanto, existiu uma corrente que afirmava ser possível a vítima ingressar com a ação de reparação somente contra o servidor que causou o dano ou contra o Estado e o servidor em litisconsórcio passivo, uma vez que entende que o artigo 37, §6, da CRFB, garante à vítima a possibilidade de ingressar contra o Estado, mas não proíbe de ingressar contra o causador do dano. Sob essa perspectiva, surgiram alguns doutrinadores contrários à tese da dupla garantia. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, s.p.):

a norma visa a proteger o administrado, oferecendo-lhe um patrimônio solvente e a possibilidade de responsabilidade objetiva em muitos casos. Daí não se segue que haja restringido sua possibilidade de proceder contra quem lhe causou o dano. (...)a circunstância de haver acautelado os interesses do lesado e dos condenados a indenizar não autoriza concluir que acobertou o agente público, limitando sua responsabilização ao caso de ação regressiva movida pelo Poder Público judicialmente condenado.

Diante às posições doutrinárias, analisamos como a tese da dupla garantia é aplicada na prática, bem como qual é o posicionamento adotado atualmente pelos Tribunais Superiores.

## **Análise dos Julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal**

Em 2002, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 228.997/SP, definiu que está afastada a possibilidade de a vítima ajuizar ação diretamente contra o agente público, caso este seja um agente político, em razão da especificidade de suas funções. Consoante à ementa:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie de agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face de eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, §6º da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido (BRASIL, 2002, s.p.).

Entretanto, o assunto vem sofrendo alterações. Já em 2006, o Supremo entendeu que não é somente contra o agente político que o ajuizamento de ação indenizatória é inconsistente. Fixou-se que a regra valerá para qualquer agente público. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 327.904, o Ministro Carlos Britto esclareceu:

Somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns.

Entendeu o julgador, em relação à ação regressiva, que é assegurado ao ente público o direito de ressarcir o servidor praticante de ato lesivo, o que é totalmente diferente de querer imputar à pessoa física a responsabilidade por danos a terceiros. Afirmou que, se eventual prejuízo ocorreu por força de atuação típica da Administração, não há como se extrair a responsabilidade pessoal do agente público,

como pessoa física. O ministro ressalta que a Constituição consagrou a dupla garantia - uma em favor do particular e outra em favor em prol do servidor estatal, conforme já exposto.

O julgamento do Recurso Extraordinário n. 327.904 tornou-se referência no que tange à matéria no Supremo Tribunal Federal, sendo mencionado posteriormente em vários outros julgamentos e, conseqüentemente, servindo como parâmetro.

O Superior Tribunal de Justiça anteriormente também entendia sobre a possibilidade de ajuizamento da ação contra o servidor, conforme informativo n. 0532 (2013):

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LEGITIMIDADE DE AGENTE PÚBLICO PARA RESPONDER DIRETAMENTE POR ATOS PRATICADOS NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO. Na hipótese de dano causado a particular por agente público no exercício de sua função, há de se conceder ao lesado a possibilidade de ajuizar ação diretamente contra o agente, contra o Estado ou contra ambos.

Dessa forma, podia a parte escolher livremente se acionaria o Estado, o Servidor, ou ambos em litisconsórcio passivo. Mas, após a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte orientação no Recurso Especial n. 976.730/RS, unificando as posições adotadas entre os Tribunais Superiores:

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no seguinte sentido, *in verbis*: No tocante à ação regressiva, asseverou-se a distinção entre a possibilidade de imputação da responsabilidade civil, de forma direta e imediata, à personalidade física do agente estatal, pelo suposto prejuízo a terceiro, e entre o direito concedido ao ente público, ou a quem lhe faça as vezes, de ressarcir-se perante o servidor praticante do ato lesivo a outrem, nos casos de dolo ou de culpa. Em face disso, entendeu-se que, se eventual prejuízo ocorresse por força de agir tipicamente funcional, não haveria como se extrair do citado dispositivo constitucional a responsabilidade *per saltum* da pessoa natural do agente.

Consoante à posição adotada, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina vem decidindo no mesmo sentido, conforme recente acórdão, autos n. 0500765-37.2012.8.24.0037 (2018):

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO. ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR SERVIDOR PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. CAMINHÃO MUNICIPAL QUE, AO REALIZAR CONVERSÃO À ESQUERDA, INTERCEPTA TRAJETÓRIA DE

MOTOCICLISTA. 1) AÇÃO PROPOSTA EM FACE DO MUNICÍPIO E DO MOTORISTA DO CAMINHÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO AGENTE PÚBLICO RECONHECIDA EX OFFICIO, OBSERVADO O ART. 10 DO CPC/2015."O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento". (RE n. 327.904/SP, rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, j. 15-8-2006)

Diante do exposto, tem-se que, apesar dos diversos entendimentos doutrinários divergentes acerca da matéria, a jurisprudência tem apresentado entendimento uníssono de que a ação indenizatória, ao visar reparação de danos, poderá ser intentada apenas contra o Estado. Desse modo, é impossível o ajuizamento da ação diretamente contra o agente pelas razões acima expostas.

### **Considerações Finais**

Com base nas discussões propostas, verificou-se que houve uma unificação dos Tribunais Superiores quanto à aplicação da teoria da dupla garantia, tendo em vista que a tese vem sendo aplicada até os dias atuais, inclusive observada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, como é o caso do Acórdão n. 0500765-37.2012.8.24.0037, julgado em outubro de 2018.

Em análise ao artigo 37, §6º da Constituição Federal, foi possível verificar a responsabilidade objetiva do Estado, devendo indenizar o particular que sofreu um dano, sem a necessidade de comprovação de culpa. Contudo, há garantia ao Estado do direito de Regresso contra o servidor causador do dano, desde que comprovada a existência do elemento subjetivo. Assim, esse trecho da Constituição consagra a tese da dupla garantia, sendo uma garantia em favor do administrado de ter o dano reparado objetivamente pelo órgão público, e outra garante em face do agente que só poderá responder perante o órgão ao qual é vinculado.

Ademais, foi conduzido um estudo a respeito dos princípios norteadores da responsabilidade civil, demonstrando sua importância no presente tema. Realizou-se análise quanto à teoria do risco administrativo e sua consequente aplicação na responsabilidade objetiva do estado, consagrada no artigo 37, §6º, da Constituição Federal.

No tocante à responsabilidade civil, foi realizada uma explanação a respeito do dever de reparar, os elementos que constituem a responsabilidade civil, seus desdobramentos, quais sejam a subjetiva, objetiva.

Outrossim, em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conclui-se que o artigo 37, §6º da Constituição Federal traz uma dupla garantia, adotada atualmente em julgamentos dos tribunais superiores, servindo de norte para as demais decisões constitucionais no mesmo sentido. Ainda é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça segue essa mesma linha de entendimento, pacificando a tese da dupla garantia, em que o agente estatal não pode ser demandado diretamente por atos decorrentes da sua atividade.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**, 24ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 327.904 SP**, Relator: Ministro Carlos Britto. Julgamento em 15 ago. 2006. Disponível no link: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000317962&base=baseMonocraticas>> Acesso em 29 de out. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 228.997/SP**, disponível no link: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=252829>. Acesso em 10 de nov. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Recurso Extraordinário n. 327.904**. Disponível no link <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000296740&base=baseMonocraticas>. Acesso em 10 de nov. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Informativo n. 0532**. Disponível no Link: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=LEGITIMIDADE+PASSIVA+DIREITO+ADMINISTRATIVO&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 10 de nov. 2018.



BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Recurso Especial n. 976.730/RS**. Disponível no link: [Rehttps://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/788551/recurso-especial-resp-976730-rs-2007-0183280-0/inteiro-teor-12787442](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/788551/recurso-especial-resp-976730-rs-2007-0183280-0/inteiro-teor-12787442). Acesso em 10 de nov. 2018.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, **Acórdão n. 0500765-37.2012.8.24.0037**. Disponível no link: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora). Acesso em 10 de nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 7 nov. 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4<sup>o</sup> ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Em caso de responsabilidade civil do Estado, a vítima poderá propor a ação diretamente contra o servidor causador do dano?** 14 jan. 2014. Disponível em: [www.dizerodireito.com.br/2014/01/em-caso-de-responsabilidade-civil-do.html](http://www.dizerodireito.com.br/2014/01/em-caso-de-responsabilidade-civil-do.html) Acesso em 7 nov. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31ed. São Paulo: editora Forense, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 22ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; NETTO, Felipe Peixoto Braga. **Curso de Direito Civil- Responsabilidade Civil- Vol 3**, 2017. Editora Juspodivm.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de direito administrativo**. 27ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 2010, 5ed. São Paulo: Atlas, 2010.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume: parte geral. 15ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JÚNIOR, José Cretella apud STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. rev., atual e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17.<sup>a</sup> ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, José Emmanuel Burle. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ed. Malheiros Editores, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2010. São Paulo: Malheiros, 2010.

RODRIGUES, Rui Martinho. **Pesquisa acadêmica: como facilitar o processo de preparação de suas etapas**. São Paulo: Atlas, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 10. ed. rev., atual. e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 7ed., São Paulo: editora Método, 2017.

## CAPITULO IX

### (In) Constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância no Brasil

Yan Sandrini Luiz<sup>1</sup>  
Ramirez Zomer<sup>2</sup>  
Vilmar Vandressen<sup>3</sup>  
Danilo Zomer Marcon<sup>4</sup>

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo principal realizar uma análise da prisão em segunda instância, primando pelo aprofundamento quanto à sua (in) constitucionalidade e os possíveis princípios violados a partir de sua instituição no Brasil.

**Palavras-chave:** Prisão em segunda instância. Constitucionalidade. Violação.

#### Introdução

Ante as recentes mudanças no cenário jurídico brasileiro, uma das mais significativas foi a reinterpretação quanto ao princípio constitucional da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República. Aludida reinterpretação foi realizada pelo Supremo Tribunal Federal que, por meio dela, passou a reconhecer a possibilidade de execução provisória da pena após confirmação da condenação criminal em segunda instância, mesmo que existam recursos com possibilidade de interposição ou aguardando análise em tribunais superiores de recursos já interpostos.

O presente tema, além de atual, mostra-se relevante ante o reposicionamento de nossa Suprema Corte, causando impacto direto não só no âmbito jurídico, mas também no sistema penitenciário nacional, aumentando consideravelmente o número de prisões, gerando, assim, um “encarceramento antecipado” ou até mesmo precipitado já que existem recursos pendentes de análise em instância superior. Com essa nova possibilidade surgiram também críticas por parte de doutrinadores quanto à violação de princípios constitucionais.

Para o cumprimento dos objetivos presentes neste trabalho, inicialmente foi oferecida uma visão geral dos princípios constitucionais, abordando seu contexto histórico e sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Após, foram apresentados os princípios da presunção de inocência e duplo grau de jurisdição,

suas características e aplicabilidade. A última parte dedicou-se ao tema central, visando apresentar a prisão em segunda instância, buscando aprofundamento com relação a sua aplicabilidade antes e depois das mudanças de entendimento por parte do Supremo Tribunal Federal. Por fim a abordagem dos aludidos temas foi avaliada a (in) constitucionalidade da prisão em segunda instância e seus reflexos.

### **Procedimentos Metodológicos**

No presente artigo científico foi utilizado como procedimento de pesquisa a revisão bibliográfica, pois por meio dela que se obtém o colhimento de informações e conhecimento necessários para aprofundar o tema pautado.

O método empregado foi o indutivo, que nas palavras de Lakatos (2003, p. 86) consiste em “um processo mental por intermédio do qual, partindo de dados particulares, suficientemente constatados, infere-se uma verdade geral ou universal”.

Para buscar a solução do problema central preposto foram utilizados como fonte de pesquisa: doutrinas, artigos científicos, revistas especializadas e a legislação brasileira vigente.

Também se fez necessária a análise da jurisprudência atual emanada por nossa Suprema Corte, levando-a como parâmetro comparativo entre entendimentos já superados, que ajudam na compreensão das mudanças existentes no cenário jurídico atual.

### **Princípios Constitucionais**

Antes de adentrar nos princípios constitucionais, é necessário entender por si só o sentido que os princípios têm na ciência jurídica.

O tema em questão é muito amplo. Iniciando pela etimologia da palavra, encontramos no dicionário a resposta de que é o início de tudo, uma base, regra maior, ou até mesmo proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos.

Muitos doutrinadores buscam conceituar os princípios, diferenciando-os das regras, outros preferem enxergar princípio e norma como um complemento.

[...] Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da

doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie. [...] As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais governam a constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude, e abrangência. (BONAVIDES; PAULO, 2013, p. 298 – 299).

Por se tratar de um tema muito divergente no campo doutrinário, existem pensadores do direito que exprimem uma visão diferenciada quanto a sua determinação.

[...] tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados, por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são tanto quanto as regras razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (ALEXY; ROBERT, 2006, p. 87).

A diferença entre princípios e regras está no comando introduzido por cada um, podendo, assim, abstrair que o princípio seria uma exigência para que se realize algo dentro das possibilidades, de acordo com o contexto jurídico existente e vigente. Já as regras exigiriam o cumprimento integral do que ordenam, mas pode haver falhas se o contexto jurídico ao qual está inserido não for claro e possível.

Os princípios estariam em um patamar superior, servindo como norte para interpretação, versando sobre direitos individuais ou coletivos. Quando existe um determinado choque entre dois princípios é preciso fazer uma espécie de sobrepesagem, levando em consideração qual tem mais peso na aplicação do caso concreto, servindo como base principal na criação de uma constituição, atuando como uma espécie de mandamento, sendo que, a partir dele, deverão ser criadas condições que assegurem e satisfaçam seu cumprimento na medida e na qualidade possível. (ALEXY, 2006).

Os princípios, como referido anteriormente, têm conceito amplo e divergente, mas basicamente todos os doutrinadores buscam inicialmente diferenciá-lo das regras, tratando-as com certa independência:

Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado

de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (normas-do-que-fazer). Os princípios são normas cuja finalidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante (normas-do-que-deve-ser), ao passo que a característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. (ÁVILA; HUMBERTO, 2003, p. 62).

Ao apresentar as principais características dos princípios fica mais clara sua formação e necessidade de compreensão, já que deles emana a base para criação e manutenção de uma constituição sólida, dentro de um estado democrático de direito. O princípio pode ser encarado como o alicerce fundamental na construção de uma constituição sólida. Neste sentido:

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que „costuram” suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (BARROSO, 1999, p. 147-149).

Partindo deste pressuposto, o princípio constitucional é o centro do “universo” constitucional. Tudo ao seu redor deve dar suporte para que se concretize, tendo também papel fundamental na interpretação da constituição. Nas palavras de Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 211) “elencar um catálogo do que se poderia designar de técnicas e diretrizes para assegurar uma metódica racional e controlável ao processo de interpretação (e aplicação) da constituição”, definindo o princípio como um roteiro definitivo no momento de se compreender a constituição.

### **Princípio da presunção de inocência**

O princípio da presunção de inocência, conhecido também como princípio da “não culpabilidade”, surgiu no Direito Romano, sendo posteriormente incorporado no período inquisitivo da Idade Média, período em que veio a sofrer severas distorções, sendo usado contra o acusado e não a seu favor.

Somente em 1789 o referido princípio voltou a figurar com devido destaque, sendo incorporado à Declaração dos Direitos do Homem em que protegeria qualquer pessoa que estivesse sendo acusada criminalmente. Mas, novamente veio a ser sufocado pelos regimes nazifascistas, onde inúmeras garantias fundamentais foram completamente ignoradas.

Após as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo XI, trouxe novamente a necessidade de se respeitar a presunção de inocência e o devido processo legal ao determinar que todo acusado de um crime deveria ser presumidamente inocente até que a sua culpabilidade fosse provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual todas as garantias necessárias a sua defesa tenham sido asseguradas (LOPES JR., 2014).

No Brasil, foi inserido pela primeira vez por meio da Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVII, o princípio da presunção de inocência.

A Constituição Federal estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência, um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal.

Dessa forma, há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio estatal, permitindo-se o odioso afastamento de direitos e garantias individuais e a imposição de sanções sem o devido processo legal e a decisão definitiva de órgão competente. [...] Com a superveniência da Constituição de 1988, proclamou-se, explicitamente (art. 5º, LVII), um princípio que sempre existirá, de modo imanente, em nosso ordenamento positivo: o princípio da não culpabilidade (MORAES, 2016, p. 125).

Ante o exposto, é plausível dizer que a presunção de inocência pode ser vista como uma norma de tratamento que, por meio dela, todo órgão acusador deverá ver o réu como inocente até sentença condenatória, salvaguardando seus direitos e deixando o ônus à acusação.

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

A propósito da dimensão do princípio da presunção de inocência, George Sarmento enfatiza a necessidade de “cristalizar a presunção de inocência como um direito fundamental multifacetário, que se manifesta como regra de julgamento, regra de processo e regra de tratamento”. Cria-se assim “um amplo espectro de garantias processuais que beneficiam o acusado durante as investigações e a tramitação da ação penal”, porém, “sem impedir que o Estado cumpra sua missão de investigar e punir os criminosos, fazendo uso de todos os instrumentos de persecução penal previstos em lei”, assegurando o combate legítimo e efetivo da criminalidade (TÁVORA; RODRIGUES ALENCAR, 2013, p. 55).

Respeitar a presunção de inocência não significa fechar os olhos e deixar de investigar ou instruir devidamente o processo, pois a persecução penal não deve ser interrompida. Todas as garantias concedidas ao réu deverão ser mantidas e caminhar em harmonia com o desenrolar do processo, não prejudicando o objetivo principal, qual seja, a instauração da verdade para obtenção da justiça.

Durante os procedimentos processuais, é necessário tomar cuidado com a exposição excessiva do acusado, neste sentido:

[...] a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência (LOPES JR., 2011, p. 145).

Por fim, cumpre ressaltar que a presunção de inocência é de suma importância, pois é por meio dela que o réu não será estigmatizado logo de início, sofrendo assim uma instrução justa e imparcial, tendo suas garantias resguardadas e o seu direito de defesa amparado.

### **Princípio do duplo grau de jurisdição**

O princípio do duplo grau de jurisdição não está expressamente previsto no corpo da nossa Constituição Federal, sendo inserido de forma implícita no nosso ordenamento jurídico a partir do momento que o poder judiciário ficou organizado em instâncias, obedecendo a uma ordem hierárquica.

Ante a falta de previsão constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet (2015) leciona que o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988 abrangeria o princípio do



duplo grau de jurisdição. Na redação do presente dispositivo do direito de acesso à Justiça, de forma que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito", como as lesões podem partir do próprio Judiciário, tal garantia poderia ser ineficaz. Assim o artigo 5º inciso LV da Constituição poderia ser considerado como previsão expressa já que sua redação assegura o direito ao contraditório e a ampla defesa por meio dos recursos cabíveis

O conceito inicial, quanto ao referido princípio, seria a possibilidade de revisão realizada por órgãos de grau superior, após a impetração de um recurso, podendo rediscutir uma simples decisão ou uma sentença (MOUGENOT, 2015).

Mesmo não estando expresso em nossa Constituição Federal, o duplo grau de jurisdição encontra amparo na Convenção Internacional de Direito dos Homens (que tem *status* de Emenda Constitucional a teor do art. 5.º, § 3.º da CF/88), sendo previsto de forma expressa no art. 8º, item II, alínea "h", onde o acusado tem direito de recorrer da sentença prolatada ao juiz ou tribunal superior. Assim, segundo Marioni e Mitidiero (2015, p. 794) seria o "elemento essencial para formação do processo justo no âmbito penal".

Ao nos aprofundarmos neste importante princípio, podemos destacar alguns fundamentos inerentes ao duplo grau de jurisdição. O primeiro seria a falibilidade humana, partindo do pressuposto de que o juiz é um ser humano, passível de erros, sendo, portanto falível. Neste norte:

[...] a necessidade de se prever um instrumento capaz de reavaliar o acerto (ou não) das decisões proferidas pelo magistrado. De mais a mais, não há como negar que a previsão legal dos recursos também funciona como importante estímulo para o aprimoramento da qualidade da prestação jurisdicional. Afinal, a partir do momento em que o juiz tem conhecimento de que sua decisão está sujeita a um possível reexame, o qual é feito, em regra, por órgão jurisdicional diverso e de hierarquia superior, composta por juízes dotados de larga experiência, isso serve como estímulo para o aprimoramento da função judicante, atuando como fator de pressão psicológica para que o juiz não cometa arbitrariedades na decisão da causa. Deveras, fosse o juiz sabedor, de antemão, que sua decisão seria definitiva e imodificável, porquanto não cabível a interposição de recurso, isso poderia dar margem a excessos na condução do processo. Haveria, assim, uma natural tendência para que o magistrado se acomodasse, deixando de lado os estudos, com evidente prejuízo à qualidade da prestação jurisdicional (LIMA, 2017, p. 1632).

A necessidade de existir um mecanismo para revisões de decisões

proferidas encontra o devido amparo na questão do erro humano, no qual o juiz pode cometer equívocos que venham a prejudicar o réu. Também a questão do comodismo é brilhantemente ilustrada pelo autor supracitado, mostrando que este ato, sendo praticado por parte dos magistrados, geraria prejuízo em suas decisões, demonstrando que a busca incansável pelo conhecimento diminui os erros.

Outro fundamento deveras importante é o inconformismo causado, pois é quase que certo um descontentamento real diante de uma decisão desfavorável, é algo extremamente natural. Um novo julgamento confrontado com a decisão inicial negativa gera uma tentativa de acalmar seus anseios psicológicos, mesmo que a decisão impugnada venha a ser confirmada, pois nestes casos o reexame trás um alento as partes, deixando-as mais calmas e conformadas (LIMA, 2017).

O duplo grau de jurisdição ainda levanta algumas discussões doutrinárias, uma delas é a impossibilidade de recurso em processo com instâncias únicas ou de recursos que ataquem diretamente matéria constitucional. Durante o desenrolar do processo penal, a forma mais comum em que ocorre o duplo grau de jurisdição, sem prejuízo de outros incidentes recursais, é por meio do recurso de apelação ou, ainda, o recurso ordinário que ataque a decisão denegatória de *habeas corpus*. Os recursos extraordinários seriam a exceção, pois não se aplica o duplo grau, sendo estes julgados pela última instância. Se a obrigatoriedade de julgamento por órgão hierarquicamente superior fosse estritamente obrigatória, teríamos uma infinidade de instâncias, gerando, assim, uma verdadeira desordem jurídica (LIMA, 2017).

### **Prisão após condenação em segunda instância**

A possibilidade de iniciar a execução provisória da pena imposta ao acusado mesmo estando pendente recurso extraordinário e especial, ou ainda embargos de declaração e agravos aos Tribunais Superiores, gerou recentemente uma grande polêmica e dividiu opiniões referentes ao tema.

Inicialmente é preciso entender o disposto no artigo 637 do Código de Processo Penal: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para a execução da sentença”. Seu conteúdo deixa expresso que aludido recurso não possui efeito suspensivo. Assim não gera fato impeditivo para o início imediato quanto ao cumprimento da pena imposta. Na mesma linha, tanto o recurso

especial quanto o extraordinário não tem como objetivo a reanálise do conteúdo fático ligado às provas ou ao mérito em si.

Em sentido oposto à redação do artigo 105 da Lei de Execução Penal diz: “Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução”. Assim, temos um possível conflito entre os artigos 637 do CPP e o artigo 105 da LEP, sendo superado pela questão temporal, já que o Código Penal data do ano de 1941 e a Lei de Execução Penal de 1984, sendo este último mais adequado ao princípio da presunção de inocência previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

O entendimento inicial praticado por nossa Suprema Corte referente à possibilidade da execução imediata da pena era no sentido favorável em que o mesmo ia ao encontro da constituição, não ferindo a Carta Magna e nenhum de seus princípios. Mas, em 2009, no julgamento do *Habeas Corpus* n.º 84.078 o Supremo Tribunal Federal veio alterar o entendimento até então adotado, passando a ver como uma violação à presunção de inocência o início do cumprimento da pena, quando ainda resta qualquer tipo de recurso pendente, permitindo o encarceramento somente apenas o trânsito em julgado da decisão penal condenatória.

*HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP*

estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio

entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. (STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: EMENT VOL- 02391-05 PP-01048).

A decisão acima reforça a ideia de violação do princípio da presunção de inocência, servindo como base para decisões posteriores, deixando clara a impossibilidade de cumprimento da pena, quando existir recurso pendente, seja qual for sua natureza. Apenas a prisão de caráter cautelar seria permitida antes do trânsito em julgado.

Aproveitando-se do entendimento firmado por meio do *habeas corpus* citado, os condenados passaram a interpor uma gama de recursos às instâncias superiores com um único objetivo: ganhar tempo e evitar o início da execução das penas que lhe foram impostas. Estes acontecimentos despertaram na população brasileira um sentimento de impunidade, no qual aparentemente o Estado detentor da pretensão punitiva parecia fechar os olhos e permitir que pessoas condenadas saíssem pela porta da frente dos tribunais, recorrendo em liberdade por meio de recursos especiais e extraordinários, mesmo após ter sua condenação nos tribunais estaduais e federais.

### **O Habeas Corpus n.º 126.292/SP**

Em 17 de fevereiro de 2016 ocorreu um dos julgamentos mais aguardados dos últimos tempos, emanado de nossa Suprema Corte (STF) e tendo o Ministro Teori Zavascki como relator, que trouxe um novo marco no Direito Brasileiro. Participaram ainda do referido julgamento os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Tofolli, Carmen Lúcia, Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas Corpus* denegado.

Durante o julgamento votaram pela denegação da ordem os Ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Luiz Fux, Dias Tofolli e Carmen Lúcia, totalizando sete votos no sentido de alterar a jurisprudência vigente, entendendo como não sendo violado o princípio da presunção de inocência, considerando possível a execução penal condenatória confirmada em segundo grau, mesmo com recurso especial ou extraordinário pendente.

Os Ministros vencidos votaram contrários à alteração da jurisprudência vigente, baseando-se na violação da presunção de inocência, entendendo que a prisão em segunda instância violaria tal princípio.

Vale ressaltar o voto do ilustríssimo Ministro Luiz Fux (STF, HC 126.292,p. 59):

[...] Hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional, como destacou o eminente Procurador da República, se o réu não é preso após a apelação, porque, depois da sentença ou acórdão condenatório, o próximo marco interruptivo da prescrição é o início do cumprimento da pena. Assim, após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer ad infinitum, correndo a prescrição. E veja que não há nenhuma inércia do Ministério Público. Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico. E, como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela: "[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os standards sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos." Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução esmerada do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou: "[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa." O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado

pelos Tribunais Superiores. Então, pedindo vênias à divergência e louvando essas três exemplares manifestações dos Ministros Teori, Fachin e Barroso, eu os acompanho integralmente.

Ante o breve trecho exposto, partindo da premissa de que os anseios da sociedade mudam e devem ser ouvidos e atendidos, inconformados com os recursos infinitos protocolados com o único objetivo de protelar o início da execução da pena, fez-se necessária uma nova reflexão sobre o tema.

Em posicionamento oposto, apesar de vencido, o Ministro Celso de Mello frisa a importância da presunção de inocência, onde podemos extrair de seu voto (STF, HC 126.292, p. 81):

Mostra-se importante assinalar, neste ponto, Senhor Presidente, que a presunção de inocência, legitimada pela ideia democrática – não obstante golpes desferidos por mentes autoritárias ou por regimes autocráticos que absurdamente preconizam o primado da ideia de que todos são culpados até prova em contrário (!?!?) –, tem prevalecido, ao longo de seu virtuoso itinerário histórico, no contexto das sociedades civilizadas, como valor fundamental e exigência básica de respeito à dignidade da pessoa humana. Não foi por outra razão que a Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana, promulgada em 10/12/1948, pela III Assembléia Geral da ONU, em reação aos abusos inomináveis cometidos pelos regimes totalitários nazifascistas, proclamou, em seu art. 11, que todos se presumem inocentes até que sobrevenha definitiva condenação judicial. Essa mesma reação do pensamento democrático, que não pode nem deve conviver com práticas, medidas ou interpretações que golpeiem o alcance e o conteúdo de tão fundamental prerrogativa assegurada a toda e qualquer pessoa, mostrou-se presente em outros importantes documentos internacionais, alguns de caráter regional, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (Bogotá, 1948, Artigo XXVI), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (São José da Costa Rica, 1969, Artigo 8º, § 2º), a Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Roma, 1950, Artigo 6º, § 2º), a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (Nice, 2000, Artigo 48, § 1º), a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos/ Carta de Banjul (Nairóbi, 1981, Artigo 7º, § 1º, “ b”) e a Declaração Islâmica sobre Direitos Humanos (Cairo, 1990, Artigo 19, “ e”), e outros de caráter global, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Artigo 14, § 2º), adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1966. Vê-se, desse modo, Senhor Presidente, que a repulsa à presunção de inocência – com todas as consequências e limitações jurídicas ao poder estatal que dessa prerrogativa básica emanam – mergulha suas raízes em uma visão incompatível com os padrões ortodoxos do regime democrático, impondo, indevidamente, à esfera jurídica dos cidadãos restrições não autorizadas pelo sistema constitucional.

Em seu voto nos é apresentada uma gama de declarações e tratados, pautando-os na luta travada para consolidação da presunção de inocência no meio jurídico. Violá-la significa voltar a tempos remotos onde o totalitarismo imperava, não dando respaldo para um processo justo. Negar a liberdade a um indivíduo com recursos ainda não julgados violaria esse importante princípio.

Diante da alteração no entendimento quanto à prisão em segunda instância, algumas questões foram levantadas com objetivo de justificar ou questionar sua mudança. Uma dessas questões refere-se ao ativismo judicial.

Vivemos em um período de “*judicialização*” em que as principais questões que possuem grande repercussão, tanto sociais quanto políticas ficam nas mãos do poder judiciário, quando na verdade deveriam ser discutidas pelos órgãos executivos e legislativos, como era feito tradicionalmente. Essa interferência gerada por uma esfera de poder que deveria ser realizada por outra específica gera o chamado ativismo judicial, expandido desta forma a interpretação constitucional de uma forma mais elástica, para além do necessário (BARROSO, 2008).

Uma alternativa para tornar a prisão em segunda instância palpável em nosso ordenamento jurídico seria sua instituição por meio de emenda constitucional. Tal possibilidade, apesar de controversa, seria possível já que o artigo art. 60, §4º, IV, da CF prevê a impossibilidade de abolir direito ou garantia fundamental, sendo importante sua alteração para melhor adequação ao período atual. Caso não seja possível alteração no texto constitucional, não parece democrático nem legítima uma alteração vinda do poder judiciário.

Por fim, vale lembrar o impacto causado na população carcerária com a possibilidade da prisão em segunda instância, sendo que a decisão não afeta somente casos de grande repercussão, mas também casos simples, como o furto de objetos com valor insignificante, onde o arquivamento ou extinção da punibilidade depende do julgamento em instância superior.

### **Considerações Finais**

Diante do constante avanço tecnológico e social em que vivemos é natural que as leis sofram alterações para acompanhar os novos padrões criados. Mas, referidas mudanças não podem ocorrer de qualquer maneira, é preciso respeitar a lei maior que serve de base interpretativa para novas alterações,

impedindo a supressão de direitos fundamentais conquistados após muita luta ao longo dos anos.

Os princípios constitucionais são os pilares ou alicerces fundamentais que sustentam o ordenamento jurídico e por meio deles que realizamos as ponderações para solução das lides existentes na sociedade. A reunião de princípios fundamentais, sob um mesmo ordenamento, faz surgir à constituição que norteará todas as demais leis. Violá-la seria inaceitável, ainda mais se tal afronta partir daqueles que deveriam atuar como os verdadeiros guardiões dela, fazendo seu texto ter força sobre qualquer outro entendimento que seja contrário a sua natureza.

Recentemente a discussão relacionada à possibilidade de início da execução da pena após confirmação de sentença em segunda instância, mesmo com recursos pendentes em instância superior, fez nascer um novo entendimento, embalado pelos anseios sociais que clamavam por “justiça”, esquecendo um dos principais princípios do processo penal, a presunção de inocência. Todos são inocentes aos olhos da justiça, somente após a instrução e prolação da sentença e esgotadas as possibilidades de recursos é que se pode considerar alguém culpado.

O entendimento emanado anteriormente ao HC 126.292/SP era justamente a impossibilidade de prisão quando pendente recurso em instância superior, afirmando que qualquer outro entendimento seria um atentado à presunção de inocência e ao devido processo legal. Mas vivemos tempos estranhos no qual parece imperar o ativismo judiciário, sobrepondo-se, até mesmo, ao texto presente na constituição e interpretando-o ao modo que lhe parecer mais conveniente. Assim, nasceu o que podemos chamar de violação explícita em que o Supremo Tribunal Federal deixando-se levar pelo clamor popular ágil de maneira ativista reinterpretou o texto constitucional vigente, permitindo a chamada prisão em segunda instância, quando julgou o *Habeas Corpus* acima citado.

Diante do novo entendimento que gerou forte discordância entre os próprios Ministros que participaram do julgamento, restou configurada a violação à constituição da presunção de inocência. A decisão esqueceu-se de levar em conta suas consequências com relação ao já falido sistema prisional, que apesar de não ser objeto do presente trabalho merece certa atenção. A partir do momento que a decisão tornou-se vigente, gerou o encarceramento em massa no qual milhões de



réus que aguardavam o julgamento de recurso em instância superior foram recolhidos. Nosso sistema que já é conhecido por cometer erros e injustiças com os mais desafortunados, provavelmente irá dobrar essas situações. Cada caso deve ser visto de forma individual para ser o mais justo possível e a periculosidade do agente deve ser levada em consideração, pois não podemos recolher ao estabelecimento prisional um sujeito que cometeu um pequeno furto e pode aguardar em liberdade até o real esgotamento dos recursos disponíveis, independente de possuir efeito suspensivo ou não. Devemos priorizar o encarceramento dos criminosos cuja liberdade oferece risco constante à população, já que possuímos um dos sistemas prisionais mais precários e lotados do mundo.

Ante todo exposto, temos que a prisão em segunda instância viola diretamente a Constituição Federal, devendo tal alteração ser proposta não pelo judiciário, mas sim pelo Poder Legislativo mediante emenda constitucional, já que não é possível abolir as chamadas cláusulas pétreas, seria possível alterá-la sem perder sua essência protetiva.

Por fim, vale ressaltar que o presente tema proposto não se exaure por completo, podendo ainda ser objeto de novas análises e discussões.

## Referências

ALEXY, Robert, **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BARROSO, Luiz Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade democrática**. In Revista da OAB Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 set. 18.

BOMFIM, Edmilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10ª ed. São

Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. CPP (1941). Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF, outubro 1941.

BRASIL. CRFB (1988). 5 de outubro de 1981 Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, outubro 1988.

BRASIL. LEP (1984). Lei 7210, de 7 de abril de 1984. Lei da Execução Penal, Brasília, DF, abril de 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292/2016**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>> Acesso em: 27 set. 18.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed. São Paulo, Atlas, 2003. 310p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 1856p.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1013p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. 970p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1432p.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8ª ed. Bahia: JusPodivm. 2013.

## CAPÍTULO X

### INFORMAR OU ESQUECER: PONDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Júlia Della Giustina Ghisoni <sup>1</sup>  
Tonison Rogério Chanan Adad <sup>2</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como objeto de estudo o direito ao esquecimento, o qual consubstancia-se na derivação dos direitos da personalidade, que traz em seu âmago o status constitucional da dignidade da pessoa humana, do direito a intimidade e à privacidade. Em contrapartida ao direito ao esquecimento encontra-se o direito à informação, à liberdade comunicativa e à livre expressão, garantias também consagradas na Constituição da República. O objetivo do presente é demonstrar a importância desta discussão, sinalizando os abusos cometidos pela mídia ao não respeitar os direitos de personalidade dos noticiados e suas consequências. O método de pesquisa utilizado foi o bibliográfico, exploratório e qualitativo, com base em doutrinas nacionais e estrangeiras, bem como em julgados e artigos científicos sobre o tema. O resultado do estudo aponta que, diante de um conflito de normas constitucionais entre direitos da personalidade e liberdade de informação, deve-se resolver pelo método da ponderação. Ademais, os resultados da pesquisa apontam que o direito ao esquecimento deve ser aplicado quando a notícia em questão não possui atualidade ou interesse público em virtude da fluência do lapso temporal entre o fato e a lembrança. Por fim, comprovado o dano do noticiado em decorrência da veiculação da matéria é cabível indenização por danos à imagem, à moral e eventuais danos patrimoniais.

**Palavras-chave:** Direito ao Esquecimento. Direito à Privacidade. Liberdade de Informação. Ponderação.

#### Introdução

#### Introdução

A Constituição da República garante a todos a dignidade da pessoa humana e confere ao homem o direito de decidir sobre a divulgação do seu nome e imagem. Esses direitos constituem os direitos da personalidade, um dos fundamentos constitucionais. A observação a esse fundamento é primordial para que o homem tenha uma vida com o mínimo de respeito a sua essência.

Na contramão destes direitos, encontra-se outra norma constitucional, que é a liberdade comunicativa. Tal liberdade garante a todos os cidadãos o direito de informar e ser informado sobre todos os fatos que lhe são de interesse. Contudo, a

liberdade de informação tem seu limite na ilicitude, ou seja, não deve ser violada nenhuma outra norma constitucional para garantir o direito à informação. No entanto, o que se vê na cultura midiática brasileira é um emaranhado de informações da vida privada de pessoas, que são usadas com o único intuito de entreter, visando o lucro das grandes empresas de comunicações.

Diante desse cenário de desrespeito à imagem dos noticiados, surge um direito derivado dos direitos da personalidade: o direito ao esquecimento. Este defende o direito de se insurgir contra uma lembrança pública de um fato que exponha a pessoa de maneira descontextualizada e desatualizada.

Com o presente estudo, pretende-se agrupar todo o material bibliográfico disponível sobre o tema, com o fito de resolver o impasse desses direitos que se vive atualmente em nosso país.

### **Procedimentos Metodológicos**

Consistente em revisão bibliográfica, a pesquisa será realizada através de legislação nacional e estrangeira, bem como teses, dissertações, monografias, doutrinas e julgados. Sobre a pesquisa bibliográfica, Leonel e Motta (2007, p. 74) ensinam:

[...] é aquela que se desenvolve tentando explicar um problema a partir das teorias publicadas em diversos tipos de fontes: livros, artigos, manuais, enciclopédias, anais, meios eletrônicos, etc. A realização da pesquisa bibliográfica é fundamental para que se conheça e analise as principais contribuições teóricas sobre um determinado tema ou assunto.

Utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, com todo o material encontrado relacionado ao presente estudo. Segundo Marconi e Lakatos (2010, p. 166): "não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, mas propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras".

A presente pesquisa pode ser classificada como exploratória, pois "tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o tema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses" (GIL, 2002, p. 41).

Quanto à abordagem, pode ser caracterizada como qualitativa, sobre tal abordagem:

Trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis (LEONEL e MOTTA, 2007, p. 108).

Almejando a solução do problema apresentado no presente artigo, a intenção é familiarizar o pesquisador com o tema abordado de maneira que este tenha acesso a todas as correntes de pensamentos acerca deste, com o intuito de uma possível solução do conflito.

### **Dignidade e vida privada -*Dignidade da pessoa humana e direitos da personalidade***

A dignidade é atributo do ser humano. Kant (1785) afirma que o ser humano é dotado de dignidade pelo simples fato de ser humano, sem necessitar pertencer a algum grupo social, raça ou religião.

Segundo Cordeiro (2012, p. 30) “a dignidade da pessoa humana guia os demais princípios e direitos fundamentais que seguem expressos e implícitos na Constituição da República”. No entanto, isso não quer dizer que os demais direitos fundamentais devem ser redirecionados à dignidade da pessoa humana. Torres (2009, p. 36) explica “que essa é uma garantia do Estado Democrático de Direito e de ascensão a existência”.

Sarlet (2010, p. 70) menciona que “a dignidade da pessoa humana é a característica essencial e distinta que cada ser humano possui e faz digno do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Nesse sentido, um misto de direitos e deveres fundamentais garantem à pessoa a proteção contra atos degradantes e desumanos, bem como a garantia de condições dignas mínimas para manter uma qualidade de vida adequada e saudável. Tal direito fundamental faz com que cada cidadão se torne pessoa ativa na sociedade e responda aos seus destinos em parceria com os demais seres humanos que integram o ambiente em que vivem, com respeito e dignidade à vida.

Plácido e Silva (1967, p. 526) apresenta conceito com base na etimologia da palavra dignidade e consigna 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; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

O Título II da Constituição da República, sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, define os direitos para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade a todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. “Tais garantias são genéricas, mas são também fundamentais ao ser humano e, sem elas, a pessoa não pode atingir sua plenitude, ou sequer pode sobreviver”. (TARTUCE, 2014, p. 174).

De tal modo, o Estado há de servir o homem, e não este ao Estado, com imensa propriedade, Ernesto Benda et al. (1996, p. 124-125) referem que “contradiz a dignidade humana converter o indivíduo em mero objeto da ação do Estado e que nunca mais o homem deverá ser reduzido à condição de objeto de um ente coletivo” (FUTTERLEIB, 2012, p. 105).

Portanto, a dignidade é característica intrínseca e única do ser humano, a qual também é considerada um princípio fundamental, e possui previsão no inciso III, do artigo inaugural da Constituição da República.

Referidas normas garantem que os direitos ali assegurados serão reconhecidos e efetivados. Por meio do reconhecimento de que existem os direitos da personalidade é que se efetiva tais preceitos.

A dignidade da pessoa humana por ser fundamento base da Constituição da República é tido como um valor indisponível e irrenunciável, no qual a pessoa que se vê de alguma forma privada de sua dignidade em sua plenitude, tem sua honra ou moral ferida.

Os direitos da personalidade destinam-se justamente a resguardar a dignidade da pessoa humana por meio de medidas judiciais adequadas, que devem ser ajuizadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto (GONÇALVES, 2013, p. 190).

Para Antunes Varela (1945, p. 187) “são direitos da personalidade os que se referem à própria pessoa humana” e respeita-se a vida como bem maior, tanto o nome quanto a honra das pessoas que fazem parte de seu ciclo de convivência. Com isso

o cidadão possui direitos à própria personalidade, o que proporciona o poder de resguardá-la e protegê-la.

Ressalta-se que esses direitos são “dotados de certas particularidades, que lhes conferem posição singular no cenário dos privados, de que avultam, desde logo, as seguintes: a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade” (BITTAR, 2004, p. 5).

Assim, Bittar (2004, p. 6) conclui “que a dignidade da pessoa humana é um princípio valioso e que, através de uma norma, condiz com a integridade de cada um. Não trazendo só um papel fundamental por se tratar de estar expresso na Constituição, mas fortalece sua eficácia e efetividade”.

De acordo com Gagliano (2013), “a personalidade jurídica para a Teoria Geral do Direito Civil é a competência comum para enfatizar direitos e adquirir obrigações, ou seja, é a característica necessária para ser sujeito de direito”.

Para França (1996, p.1033), a personalidade jurídica nada mais é do que “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”.

No que tange os direitos da personalidade, Diniz (2002, p. 135), define como:

São direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio, vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária) e sua integridade moral (honra, recato, segredo pessoal, profissional e doméstico, imagem, identidade pessoal, familiar e social).

Diante do exposto pode-se afirmar que os direitos fundamentais são diretrizes gerais que trazem garantias ao povo, livrando-os do poder em excesso que o Estado possa dispor. Já direitos de personalidade são o resultado da capacitação desses direitos fundamentais.

No decorrer do presente artigo, observa-se que o direito ao esquecimento se trata de um dos tantos desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana, e está intimamente ligado ao direito de imagem, à honra, e à privacidade, que são direitos básicos do ser humano. A partir dessa premissa, Rodotá (2008, p. 239) já questionava “qual dignidade restará a uma pessoa tornada prisioneira de um passado que está todo nas mãos de outros, frente a que resta resignar-se de ter sido expropriado?”.

## Direito à privacidade

O artigo 5º, inciso X, da Constituição da República (BRASIL, 1988), aponta sobre o direito fundamental “à inviolabilidade da vida privada, que assegura os direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à inviolabilidade das correspondências”.

De acordo com Sarlet (2015, p. 440-441), a privacidade tem o sentido de dar continuidade à vida sem que o Estado e terceiros interfiram nos aspectos da vida pessoal e familiar de cada cidadão. Ou seja, privacidade significa ter o direito de não ser interferido e nem ter a intromissão, seja do Estado, seja da sociedade, ou qualquer outra pessoa. Conhecido também como o “direito de estar só”.

Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, tem-se expresso no artigo 12:

Ninguém será objeto de invasões arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados à sua honra e à sua reputação. Todos têm direito à proteção da lei contra tais invasões ou atentados. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948, s.p.).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 foi a primeira a fazer referência sobre a privacidade, inviolabilidade e o sigilo. Antes dessa previsão legal, havia apenas um senso comum sobre o assunto.

Portanto, o isolamento é uma necessidade básica de todo ser humano, e é essencial para manter corpo e mente saudáveis. O homem tem a necessidade e o direito de estar só, mesmo que apenas por um período, e em sua propriedade. Este direito de ser deixado sozinho é denominado direito moral do cidadão.

Referido direito se divide em intimidade, vida privada e honra, norma constitucional prevista no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República. Ademais, o Código Civil, em seu artigo 21 dispõe que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

O Direito à Privacidade ganhou notoriedade com o avanço tecnológico, pois, a partir deste marco, surgiu a necessidade de proteção da intimidade dos cidadãos. Antes, o que era uma preocupação apenas das celebridades passou a ser um problema de maior amplitude com o passar dos anos, e com o fácil acesso de todos a qualquer informação, transformou-se em um problema global.



Tal problema se agravou com a rápida evolução da informática e dos meios de comunicação, principalmente do acesso à internet, que permite que qualquer pessoa possa obter informações de qualquer lugar do mundo. A mesma traz a facilidade da difusão de conteúdos expostos na rede mundial de computadores e torna cada vez mais difícil o exercício da privacidade, em razão do fácil acesso de informações restritas e pessoais, que expostas podem devassar a vida de uma pessoa. Esclarece Áurea Pimentel Pereira (2001, p. 73):

Ao preservar, de indébita intromissão, a intimidade e a vida privada dos cidadãos, quis o Texto Constitucional assegurar a cada um, na sociedade, o direito de não ver tornados públicos fatos que só o titular do direito pode ser juiz da oportunidade de sua divulgação, se e quando a sua publicidade não venha a expô-lo a incômodos ou a constrangimentos, destarte garantindo-lhe, a cada um, o direito de não ter sua vida privada devassada, via da publicidade de fatos de sua intimidade, feita por meio de fotografias, filmes ou textos escritos.

No mesmo viés, Orlando Gomes (1990, p. 276) conceitua que:

A intimidade como a esfera de vida que só ao cidadão em particular diz respeito, não pertencendo a mais ninguém; é o espaço de sua individualidade. O princípio da exclusividade a protege. Vida privada significa as relações pertinentes ao cidadão e aos seus familiares, englobando as pessoas que partilham do seu cotidiano.

No que se refere à honra, há a honra objetiva e honra subjetiva. A honra objetiva é o que o cidadão representa perante a sociedade em que vive, o que as pessoas pensam sobre ele. Já a honra subjetiva é a autoestima, o que você mesmo se conceitua.

A privacidade e a intimidade não são distintas para a jurisprudência, bem como para determinados doutrinadores. Alguns definem o direito à intimidade como se fosse parte da privacidade, o que seria mais complexo. Os objetivos da privacidade, por exemplo, seriam ditos como comportamentos e acontecimentos no tocante à vida pessoal de forma geral. Na intimidade, os objetivos versam em torno de conversas e episódios de intimidade familiar e amigos mais próximos.

Todas as pessoas possuem o direito de preservar sua intimidade, inclusive pessoas públicas ou de grande interesse social, isso assegura que possam ter proteção sob invasões de terceiros, bem como da imprensa (GAGLIANO, 2005, p. 189).

Para Ferreira (2014), o direito à privacidade, em sentido mais rigoroso, acarreta à vontade do indivíduo de não ser o foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoais e características particulares divulgadas ao público em geral. Portanto, na essência do direito à privacidade está o controle de informações sobre si mesmo. Este direito está previsto no artigo 20 do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual consigna:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Partindo da premissa que todo cidadão tem direito à privacidade e à intimidade, deve-se respeitar as escolhas de cada um, quando essas não dizem respeito nem ferem direitos de outros. Mais ainda, deve-se proibir e punir quem divulgue qualquer informação referente à pessoa, sem seu consentimento, independente do caráter dessa informação (pessoal/profissional).

### **Direito à informação e liberdade de comunicação**

A liberdade de imprensa, em um breve conceito, consiste na não intervenção do Estado na livre imprensa. Aludida liberdade ganhou atenção após a ditadura militar, onde jornalistas eram perseguidos e torturados, além de todos os conteúdos sofrerem censura prévia. Contudo, no presente, será tratado o tema como “liberdades comunicativas” ou “liberdade de comunicação”, pois, tecnicamente, imprensa é a entidade ou atividade que difunde a informação. Portanto, não existe uma liberdade de imprensa, mas sim, uma liberdade comunicativa.

Com o advento da Constituição da República em 1988, referida liberdade ficou consagrada no artigo 5º, incisos IV, V, X, XIII, e XIV, e nos artigos 216 e 220, assim como acontece com a liberdade de informação e liberdade de expressão, que são assegurados pela Carta Magna, bem como são previstos no artigo 19.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA).

A Constituição da República também assegura a todos o direito de informar e de ser informado, de forma livre e independente, sobre qualquer conteúdo que esteja à disposição ou sobre conteúdos necessários à construção do conhecimento científico. Contudo, essa liberdade ilimitada concedida a informação, e a ampla difusão dela nas mídias causa impacto negativo na vida privada, o que inclusive já foi ressaltada nas singelas palavras de Bill Gates (apud Lima, 2015, p. 80): “a informação em si não tem valor significativo, mas sim, o que se pode fazer com ela [...] justamente por isso, deve-se desenvolver um controle para o armazenamento e utilização de informações pessoais”.

Há, dessa forma, limites a serem avaliados quando se refere a direito de informações, sendo assim, a veiculação de fatos que possam destruir o ser humano em sua dignidade, não deve ser permitida. Toda informação deve ser repassada sem ferir a intimidade dos envolvidos (AGRA, 2014, p. 277).

Teoricamente, o papel da imprensa é de informar a população, mas o que se vê atualmente nos jornais, televisão e internet, com a evolução da sociedade e a necessidade de estar constantemente conectada e ligada a todos os acontecimentos, é a criação de um verdadeiro mercado competitivo pelas empresas de comunicação: Ganha quem entreter mais.

Com isso, surge um problema: para criar um entretenimento a partir de uma notícia, acaba-se deixando a busca da verdade real de lado, e dando espaço ao sensacionalismo. É o que se observa diariamente em nossos noticiários, a imprensa abusando de sua prerrogativa de ser livre, manipula uma informação dando-lhe contornos de escândalo para que esta desperte a curiosidade do público, não significando que esta informação seja a inicialmente coletada.

Bucci (2009) afirma que as notícias transmitidas pelos jornais mantêm o intuito de emocionar os ouvintes delas. Atualmente, as notícias sofrem tantas mudanças, que acabam, na maioria das vezes, tendo mero intuito de entreter, sem que haja qualquer caráter informativo.

Percebe-se um aumento nos recursos dramáticos, lúdicos ou de mero entretenimento nos jornais e noticiários. O que antes servia como propulsores da informação, atualizando a população sobre acontecimentos de extrema relevância, agora dá lugar a um emaranhado informações distorcidas com o fim entreter o público para que não mudem de canal. O fator que envolve os veículos de comunicação hoje

tem o intuito de satisfazer a plateia deixando-a instigada e, de brinde, fornecendo alguma informação.

Os padrões atuais têm sofrido grandes mudanças no que se refere aos programas direcionados ao público, alguns com conteúdos grotescos ou apelativos ganham maiores audiências, o que reflete o padrão moral do povo brasileiro — isso não significa que representa toda a população, mas com certeza caracteriza a sua grande maioria. E esses altos índices de audiência acabam servindo de justificativa para as empresas de telecomunicações continuarem com sua programação “vazia”.

No Brasil, não há mecanismos econômicos que assegurem o acesso à mídia, tampouco há regulamentação dessa atividade, aqui vive-se situações de monopólio ligadas à ditadura militar e às distribuições de concessões, que foram dadas a personalidades políticas (quase todas as representantes da Rede Globo no Brasil são detidas por famílias de políticos).

Há, portanto, o problema de o setor midiático ser a única área de concessão de serviço público que não possui qualquer regulamentação. Para garantir acesso a uma mídia mais homogênea e limpa, sem direcionamento de conteúdo, é necessário a criação de mecanismos jurídicos que assegurem mais pluralidade de representação da mídia.

O núcleo que define a ética na comunicação é o interesse público. Como mensurar o que pode ou não ser uma informação de interesse público? De acordo com Di Franco (1995, p. 78), ao mencionar as complexas relações entre o direito à informação e o direito à privacidade, recomenda como solução do conflito a observação do seguinte parâmetro: que a informação não seja apenas uma “revelação interessante para o público”, mas que seja claramente de “interesse público”.

Informação revestida de interesse público é aquela em que se encontra caracterizada pela relevância por sua natureza informativa, seja cultural, política, econômica ou necessária à segurança dos cidadãos, bem como sobre aspectos importantes sobre a arte ou a história, levando sempre em seu bojo a atualidade e contemporaneidade.

No entanto, o que se pode observar é uma grande prevalência do desrespeito de um modo geral aos princípios que regem o jornalismo. Viola-se a ética diariamente,

tanto das comunicações sociais por empresas publicitárias, quanto por programas jornalísticos.

Para Bucci (2009), o comércio de notícia para o público em geral só sobreviverá se conseguir se mostrar propriamente como algo divertido, ou ao menos, interessante, uma forma de oferecer informação em forma de divertimento.

De acordo com Chauí (2006, p. 36-37), “a comunicação em massa, teve sua criação relacionada aos objetos da tecnologia, que possibilitaram a transmissão com o mesmo caráter informativo para várias pessoas ao mesmo tempo”, Chauí informa que, no início, a expressão referia-se ao rádio e ao cinema, pois a imprensa pressupunha pessoas alfabetizadas. Reproduz também a definição de “mecanização” da expressão humana de McLuhan:

Antes da imprensa, um leitor era alguém que discernia e sondava enigmas. Após a imprensa, passou a significar alguém que corria os olhos, que escapulia ao longo das superfícies do texto impresso. Hoje em dia, no final de tal processo, chegamos a aliar a habilidade de ler velozmente com a distração, em vez de com a sabedoria. [...] Com o cinema falado e, finalmente, com a televisão, sobreveio a mecanização da totalidade da expressão humana, da voz, do gesto e da figura humana em ação (CHAUI, 2006, p. 36-37).

Diante do exposto, percebe-se que existe um limite para a imprensa, que é não poder causar prejuízos a terceiros em face a divulgações de matérias de qualquer caráter. Esses limites devem ser baseados na dignidade da pessoa humana e nos direitos da personalidade, garantindo assim o exercício dos direitos fundamentais dos envolvidos.

São essas as questões que o direito ao esquecimento aborda. Os fatos são públicos e devem sim, ser informados ao público, mas esses fatos depois de informados precisam ser constantemente lembrados pela imprensa? As pessoas envolvidas em fatos que viraram interesse da mídia perdem automaticamente seus direitos de personalidade, como, por exemplo, o direito de imagem? E esta pode ser veiculada a qualquer tempo de qualquer modo para garantir que o *show* continue?

### **Direito ao esquecimento- Origem**

O direito repercute com o passar do tempo. Por meio dele é possível concretizar fatos passados, mesmo que lesivos à dignidade do homem. O direito é

influenciado pela segurança jurídica e pela paz social, que o conferem significado, e por conta dessa influência surgem o perdão, a anistia, a prescrição, e a coisa julgada, que se destinam ao esquecimento do passado e sua superação presente e futura.

Com a evolução da humanidade, foi possível desenvolver vários direitos que mencionam a ideia de esquecimento, como condição de conformidade e paz social. Isso é possível pois o arrependimento é inerente ao ser humano, e faz parte de sua evolução desejar corrigir os erros cometidos no passado.

Para Ramos Filho (2014), a construção do conceito jurídico do direito ao esquecimento teve sua origem diante da dificuldade de ressocialização das pessoas que cometeram algum crime e já cumpriram sua pena, mas não podem superar esse passado, pois é constantemente lembrado pelos meios de comunicação. Além dos reeducandos, esse direito beneficia e, com mais razão, os que foram absolvidos e os que tiveram suas vidas conturbadas de alguma maneira por escândalos midiáticos.

### **Conceito**

A dignidade de um homem também é construída por suas memórias. Contudo, vale ressaltar que somos também aquilo que esquecemos e não somente o que lembramos.

Segundo Sarmento (2015), algumas pessoas acreditam que o esquecimento não é uma coisa boa, motivo pelo qual desejam possuir uma memória mais ativa. Isso é aceitável, pois acredita-se que um cidadão viva melhor sem ter que ficar constrangido em determinadas situações por conta do esquecimento. Contudo, essas pessoas não levam em consideração as virtudes de esquecer os erros, as perdas, as infelicidades e as dores vividas em seu processo evolutivo.

De acordo com Martinez (2015), o direito ao esquecimento é um desdobramento dos direitos da personalidade, caracterizando uma nova espécie destes: a privacidade, a honra, a imagem, o nome e agora o esquecimento. Embora protejam e alcancem casos específicos, isolados ou simultaneamente, os citados direitos, têm estilos autônomos, mas todos se destinam à proteção da dignidade do homem.

Para Sarmento (2015), trata-se de uma forma de se privar de algo que queira resguardar, não mencionando, por isso atribui-se o desejo de esquecer, protegendo

assim sua vida passada, evitando a revelação de um fato antigo. É uma forma de resguardar suas memórias, desejando que essas não sejam reveladas a terceiros.

Esse direito concede ao cidadão a faculdade de dominar seu passado, protegendo-se da intervenção de terceiros em sua privacidade e impedindo a divulgação de fatos dolorosos pretéritos, sem o seu consentimento. O homem tem o direito de não querer ser lembrado somente pelos seus erros.

Portanto, o direito ao esquecimento pode ser caracterizado como o bloqueio de um fato trágico ou doloroso, que a pessoa suprime com o passar do tempo, deixando que caduque, impedindo, assim, a propagação dessa informação e protegendo sua dignidade.

Reconhecer que dada informação deve ser esquecida não significa que esta é inverídica ou que em algum momento não foi relevante, mas admite-se que o interesse público deixou de existir em função da fluência temporal.

Ost (2001, p. 170-171), destaca o direito ao esquecimento como um dos aspectos do respeito à vida privada:

Quando, personagem pública ou não, fomos empurrados para a boca de cena e colocados sob os projectores da actualidade – muitas vezes, é preciso dizê-lo, uma actualidade penal -, temos o direito, depois de um certo tempo, de sermos deixados em paz e cair no esquecimento e anonimato de onde nunca gostaríamos de ter saído. Numa decisão de 20 de abril de 1983, Mme. M. C. Filipachi et Cogedipresse, o Tribunal de Grande Instância de Paris consagrou esse direito em termos muito claros: “Tendo em conta que qualquer pessoa que se viu envolvida em acontecimentos públicos pode, com o tempo, reivindicar o direito ao esquecimento; que a recordação desses acontecimentos e do papel que ela desempenhou nisso é ilegítima se não se fundar nas necessidades da história ou se puder ser de natureza a ferir a sua sensibilidade; tendo em conta que o direito ao esquecimento que se impõe a todos, incluindo aos jornalistas, deve igualmente beneficiar todos, incluindo os condenados que pagaram a sua dívida à sociedade e nela tentam reinserir-se.

Em relação a esse direito, cabe ressaltar que ele não se coaduna com a ideia de apagar fatos do passado de alguém, mas sim proteger a privacidade e a intimidade, na medida em que a falta de interesse público da informação referente a pessoa se perfectibiliza. Também compartilha deste mesmo raciocínio Shreiber, ao afirmar que:

Cumprir registrar que o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito a apagar fatos ou de reescrever a História (ainda que se trate tão somente da sua própria história). O que o direito ao esquecimento assegura é a possibilidade de se discutir se o uso que é dado aos fatos pretéritos, mas mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (SHREIBER, 2011, p. 165).

Dotti (1980) já mencionava um direito ao esquecimento, que se desenvolvia “à medida em que a jurisprudência ia aclarando as silhuetas e o conteúdo do direito à privacidade” e aponta um exemplo de caso onde fora reconhecido expressamente o direito ao esquecimento como decorrência imediata do direito à privacidade:

Trata-se do caso "Melvin vs. Reid", ocorrido em 1931, julgado pelo Tribunal de Apelação da Califórnia. Nesse caso, figurava no litígio Gabrielle Darley, que havia se prostituído e acusada de homicídio no ano de 1918, posteriormente tendo sido inocentada. Gabrielle abandonara a vida licenciosa e constituiu família com Bernard Melvin, readquirindo novamente o prestígio social. Ocorre que, muitos anos depois, Doroty Davenport Reid produziu o filme chamado Red Kimono, no qual retratava com precisão a vida pregressa de Gabrielle. O marido Melvin, então, buscou a reparação pela violação à vida privada da esposa e da família, tendo a Corte californiana reconhecido a procedência do pedido, entendendo que uma pessoa que vive uma vida correta tem o direito à felicidade, no qual se inclui estar livre de desnecessários ataques a seu caráter, posição social ou reputação (DOTTI, 1980, p. 90).

Carvalho (2016) afirma que a evolução da mídia possibilitou o surgimento de ferramentas que contribuíram para que o direito ao esquecimento fosse colocado de forma que catalisasse discussões. Do mesmo modo pontifica Anderson Schreiber:

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, catapultou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas (SCHREIBER, 2014, p. 173).

Quem repudia a ideia de um esquecimento, alega que o reconhecimento de tal direito irá abrir precedentes para qualquer pessoa proibir a veiculação de informações que lhes tragam alguma espécie de desconforto, mesmo que estas informações sejam atuais e de interesse público. Citam ainda a título de exemplo, que o direito de esquecimento seria constantemente invocado por personagens políticos envolvidos



em escândalos ou em crimes contra o erário. Argumentam inclusive, que o reconhecimento deste direito acabaria com a livre comunicação do nosso país, pois seria instituída uma espécie de censura prévia a todos as matérias, e a mídia então passou a chamar as decisões que acolhem os direitos da personalidade em face das liberdades comunicativas de “censura togada”.

Não obstante ao alegado pelos não simpatizantes ao tema, o reconhecimento do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro não significa sua imposição em todos os casos em que este for invocado. Lembrando que todos os processos passam pelo crivo do magistrado que analisa os fatos ponderando pelas normas aplicáveis.

O direito ao esquecimento não se pauta somente no direito de estar só, mas caracteriza-se pela proibição de obrigar um indivíduo a conviver com partes de seu passado de forma descontextualizada, se tornando protagonista de memórias expostas para mero entretenimento de um público ocioso.

### **Direito ao esquecimento no Brasil**

A tese do direito ao esquecimento vem tornando-se mais forte na doutrina jurídica brasileira, tendo sido aprovado, recentemente, o Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, cujo teor e justificativa ora se transcrevem:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Por meio dos julgamentos dos Recursos Especiais nº 1.334.097 – RJ (Chacina da Candelária) e nº 1.335.153 – RJ (Aída Curi), respectivamente, ambos de relatoria do Min. Luís Felipe Salomão ocorrido no dia 28 de maio de 2013, foi possível a manifestação em relação a aplicabilidade do direito ao esquecimento.

**RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL.  
LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE.**

LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. **REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES.** ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. **DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO.** DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO. (REsp 1334097/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013). (Sem grifos no original)

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. **LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE.** LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO "AIDA CURTI". VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO **NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO.** ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. **NÃO INCIDÊNCIA.** (REsp 1335153/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 10/09/2013). (Sem grifos no original)

Logo foi reconhecido o direito ao esquecimento no caso da Chacina da Candelária em que restou comprovado o dano sofrido pelo autor ao ser noticiado como um dos protagonistas do fatídico acontecimento, mas omitiu que este foi absolvido pelo júri, sendo o autor após a exibição do documentário obrigado a mudar de cidade para proteger sua integridade física e de sua família. Já no caso Aída Curi, o ministro entendeu que não houve ofensa ao bom nome ou à imagem da retratada no documentário, e assinalou a impossibilidade da narração do crime sem citar o nome da vítima. Ademais, concluiu pelo desprovimento do pleito, alegando que não houve abalo moral aos autores da demanda, tendo em vista o vasto lapso temporal entre o crime e a veiculação do documentário, tempo esse necessário a estabilidade psicológica dos familiares para lidar com a perda de Aída.

Em 12 de junho de 2017, foi realizada no Supremo Tribunal Federal a Audiência Pública sobre o tema Direito ao Esquecimento com relação ao caso Aída Curi, foram sete horas de debates e explanações. Anderson Schreiber foi um dos especialistas convidados a falar sobre o tema e defendeu em seu discurso que o direito ao esquecimento não confere o direito de apagar a história ou as referências que existem a seu passado. É, na verdade, o direito de não ser apresentado de modo descontextualizado e desatual à sociedade. Razoava ainda que as pessoas fazem analogia sobre se tratar de direito à verdade ou direito à mentira, mas tal percepção é equivocada, pois na realidade, se trata de um direito à verdade atual, pois a pessoa quer ser retratada como ela é hoje, não como ela foi no passado.

Outro caso notável ocorrido no Brasil no qual se verifica a colisão do direito de ser esquecido e a liberdade de informação é chamado “Caso Doca Street”.

Raul Fernando do Amaral Street, conhecido como Doca Street, condenado a 15 anos de prisão pelo assassinato da socialite mineira Ângela Diniz, ocorrido em 1976, pleiteou à justiça do Rio de Janeiro reparação por danos morais em virtude de sua história ter sido veiculada no programa Linha Direta, da TV Globo. Segundo a justiça carioca, houve abuso na produção e divulgação do programa, posto que o acusado já havia cumprido pena e sido reintegrado à sociedade, de modo que a sua condição de ex-criminoso não poderia ser utilizada ao sabor dos interesses comerciais da empresa televisiva, não vislumbrando o fato como exercício da liberdade de imprensa. Ao final do processo, a TV Globo foi condenada a pagar uma indenização de R\$ 250 mil reais a Doca Street (RAMOS FILHO, 2014, p. 49-50).

Diante dessas decisões, fica evidente o reconhecimento da existência do Direito ao Esquecimento no Brasil, sem contar outros tantos julgados que não o mencionam com essa expressão, mas balizam entre o direito à privacidade e liberdade comunicativa.

Esse direito vem ganhando tanta atenção no ordenamento jurídico brasileiro que foi criado o projeto lei nº 1.676 de 2015 pelo deputado federal Veneziano Vital do Rêgo do PMDB/PB. Os primeiros capítulos do projeto de lei fazem menção a uma nova tipificação penal, onde fotografar, filmar ou obter gravação sonora de um indivíduo sem autorização ou sem fim legal terá pena de um a dois anos de reclusão, com aumento de pena para dois a quatro anos, e ainda caso houver divulgação, e o meio propagado for a Internet, a pena varia entre quatro a seis anos.

Após a tipificação das condutas apontadas anteriormente, o artigo 3º da lei apresenta um conceito de direito ao esquecimento:

O "direito ao esquecimento" é expressão da dignidade da pessoa humana, representando a garantia de desvinculação do nome, da imagem e demais aspectos da personalidade relativamente a fatos que, ainda que verídicos, não possuem, ou não possuem mais, interesse público. (BRASIL, 2015, s.p.).

Tal projeto de lei aponta que o direito ao esquecimento pode ser solicitado para qualquer comunicador social, provedor de conteúdo ou sites de busca, independentemente de medida judicial. Defendendo que o direito ao esquecimento deve ser tratado de forma mais apropriada pelos meios de comunicação.

Ante o exposto, o direito ao esquecimento diante da era da tecnologia, torna-se contemporâneo e de extrema relevância, pois o seu não reconhecimento pode ocasionar danos ao retratado por motivos injustificáveis, já que na maioria das vezes esses fatos que são insistentemente lembrados não correspondem com o atual comportamento do noticiado. A revelação desse passado traz à tona algo que há muito já foi superado pelos envolvidos. No entanto, essa constante lembrança pode causar abalo em seu convívio social, já que as pessoas que o cercam só vão lembrar de seu comportamento irresponsável do passado, criando um estigma contra o noticiado.

### **Colisão de normas fundamentais, ponderação e reparação do dano - *Colisão de normas e a técnica da ponderação***

Maldonado (2017) menciona que a liberdade de informação e o direito à privacidade têm gerado muitos debates e polêmicas no mundo todo. Isso não é um tema novo, porém com o crescente aumento das discussões, uma nova abordagem deve ser analisada.

Com todas as explanações realizadas nesse artigo, mostra-se evidente a colisão entre normas constitucionais. De um lado a liberdade de comunicação e informação que não se submetem a censuras, do outro lado os direitos da personalidade, onde deriva o direito ao esquecimento.

Para Barroso (2002, p. 358), perante normas em caminho de colisão e a impossibilidade de emprego dos métodos antigos de solução para os conflitos, o

poder judiciário e doutrinadores se viram obrigados a desenvolver metodologias capazes de produzir uma solução pautada pela racionalidade e controlabilidade.

Refere-se a um método que a doutrina constitucionalista se assentou a considerar um julgamento chamado de ponderação, que pode ser caracterizada como uma técnica que soluciona conflitos normativos envolvendo valores ou posições políticas em tensão.

Edilson Pereira de Farias consigna (1996, p. 96):

A “colisão de princípios”, ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validade, acontece dentro do ordenamento jurídico [...], vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.

Tanto a proteção da vida privada quanto a liberdade de expressão e informação são tutelados pela Constituição da República e possuem força de princípios. Quando o magistrado se vê diante de um conflito de princípios ou normas constitucionais, faz-se necessário balizá-los pela técnica da ponderação.

George Marmelstein (2013, p. 378) conceitua a ponderação como:

Técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores.

A técnica de ponderação deve identificar quais normas se encontram em colisão, e quais são os possíveis resultados. Ao analisar a hipótese do direito ao esquecimento, se o magistrado ponderar que este deve prevalecer, estará decidindo que deve ser protegida a honra, a imagem e, conseqüentemente, a dignidade das pessoas envolvidas. Ao passo que, se o magistrado ponderar que os fatos noticiados são atuais e revestidos de interesse público, resolverá pela liberdade de expressão e informação, protegendo o interesse coletivo, bem como o da imprensa.

Argumenta-se, e com razão, que relembrar de crimes acontecidos há muitos anos faz com que esses fatos repercutam tanto na sociedade a ponto de transformar

os envolvidos nesses crimes em personalidades públicas.

Os eventos em que o direito ao esquecimento pode e deve ser aplicado seriam aqueles que envolvessem a divulgação de fatos pretéritos, com ausência de atualidade e interesse público.

Assim, o interesse público é a base para verificar se a notícia deve ou não ser veiculada. O interesse público deve ser averiguado com muito cuidado, pois interesse público diverge de interesse do público, guiado muitas vezes por uma mídia voltada apenas à obtenção de lucros e interessada em inundar a esfera pública com fatos estritamente privados (RAMOS FILHO, 2014).

Longo (2008) explana sobre a resolução do conflito entre direito ao esquecimento e liberdade de informação e defende:

O magistrado, ao impedir que matéria jornalística seja publicada, não pratica censura prévia. A atividade do juiz, nesta hipótese, restringe-se à verificação se as informações são de interesse público e, adotando um critério de razoabilidade se sua publicidade pode ocasionar danos. Em verificando tal possibilidade, e considerando que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, é possível que se impeça a publicação de matéria abusiva.

Ressalta-se que o intuito do presente trabalho não é a instituição da censura à liberdade de expressão, mas sim, a defesa da dignidade e dos direitos de personalidade das pessoas que são alvos de notícias veiculadas pelas mídias.

### **Reparação dos danos**

É inegável a importância da liberdade de comunicação, já que essa é formadora de opiniões e tem a responsabilidade de garantir a informação a todos. Contudo, a liberdade de comunicação possui seu limite na ilicitude. Quando uma pessoa passa por algo trágico ou se envolve em um escândalo, tornando-se, então, alvo constante de ataques da mídia, não significa dizer que esta pessoa noticiada automaticamente perde seus direitos de personalidade.

O cidadão não deve ser exposto ao público sem seu consentimento, por mera curiosidade de outras pessoas, bem como também não pode ser taxado como instrumento de diversão aos olhos de telespectadores em razão de quaisquer fatos constrangedores que levem seu nome. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

A pessoa que passou por fatos traumáticos que chamaram a atenção da imprensa tem o direito de ter uma vida normal e ser deixada em paz sem que a mídia interfira em sua privacidade ao ponto de reviver constantemente fatos trágicos, nos quais não queria ter se envolvido, sem nunca ter a oportunidade de seguir adiante com sua vida e superar seu passado.

É cediço que a violação de um direito enseja na reparação de seus danos. O dano pode se revestir de três formas: à imagem, à moral e patrimonial.

Dispõe o Código Civil (BRASIL, 2002), em seu artigo 186: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

No mesmo sentido, complementa o artigo 927:

Aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo. 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. (BRASIL, 2002, s.p.).

Quando o dano ocorrido é apenas patrimonial, este pode ser facilmente calculado e indenizado de forma integral, pelo ofensor, resolvendo-se a lide. Já quando o dano é abstrato, ou seja, quando o estrago é psicológico, afetando o íntimo da pessoa, que é o caso do dano moral, ou quando o dano é à imagem, que acaba causando transtornos no convívio social do indivíduo, o valor a ser pago é apenas a título de compensação, pois o dano não pode ser ressarcido integralmente, já que seus efeitos são irreversíveis.

Portanto, a veiculação de notícias que abrem feridas há muito já superadas, sem a autorização dos noticiados, enseja indenização. Segundo Gilmar Mendes (2014, p. 367):

Se um indivíduo se defronta com iminente publicação de notícia que viola indevidamente a sua privacidade ou a honra, há de lhe reconhecer o direito de exigir, pela via judiciária, que a matéria não seja divulgada. Não há por que cobrar que aguarde a consumação do prejuízo ao seu direito fundamental, para, somente então, vir a buscar uma compensação econômica. Veja-se que, quando se tem por assentado o bom fundamento do pedido de indenização, isso significa que a matéria não tinha o abono do Direito para ser publicada, antes mesmo de consumado o dano.

Assim, com tanta exposição da vida íntima alheia nas mídias, é evidente que seria cabível uma retratação sobre essa invasão de privacidade, onde se transmite fatos dos quais não queiram lembrar ou verem ser lembrados de forma obsoleta.

### **Considerações Finais**

A dignidade da pessoa humana é, portanto, inerente a todas as pessoas, sendo que esta garante ao homem uma vida com o mínimo necessário à sobrevivência. Para amparar esse princípio e dar-lhe efetividade, surgem os direitos da personalidade, que concretizam maneiras de garantir a dignidade indispensável ao ser humano, como a proteção da honra, nome e imagem.

Todo homem tem direito à não interferência do Estado ou de terceiros em sua vida privada. O direito à privacidade e à intimidade estão consagrados na Carta Magna e são essenciais para a manutenção da vida do homem em sociedade, pois todos têm o direito de serem deixados em paz, quando no seio de sua família ou em seu período de descanso e de lazer.

Em contrapartida, a Constituição da República também prevê no rol de direitos fundamentais o direito à informação e às liberdades comunicativas, direitos livres de qualquer censura, que garantem a todos a liberdade de serem informados de forma atual, sobre todos os acontecimentos. Contudo, vale lembrar que a liberdade de comunicação encontra seus limites na ilicitude, como já mencionado anteriormente. Portanto, deve sempre respeitar os direitos de personalidade dos noticiados.

Demonstrada a íntima relação entre direito ao esquecimento e dignidade da pessoa humana, pois caracteriza-se como um desdobramento dos direitos da personalidade, alinhado às constantes informações propagadas pelas mais diversas formas de mídia frente à tecnologia atual, surge a necessidade de proteger não só a privacidade do homem no presente, mas também no seu passado.

Muitas vezes, os direitos da personalidade não são assegurados por conta do *lobby* da mídia, e é exatamente isso que se vê hoje no Brasil: um *lobby* muito forte contra qualquer tipo de reconhecimento de direitos da personalidade que possam afetar as liberdades comunicativas. As empresas de comunicações normalmente se insurgem contra o reconhecimento desses direitos da personalidade, alegando se tratar de censura togada, que seria quando o judiciário decide a favor da privacidade contra a mídia em uma condenação fundamentada nos direitos da personalidade.



O nome intitulado de “direito ao esquecimento” deixa a desejar, pois pode induzir a concepção de que qualquer pessoa que se sinta ofendida por uma informação pretérita, até mesmo de cunho irrelevante, possa proibir sua divulgação. Entretanto, esta não é a melhor compreensão do instituto e nunca foi. Tecnicamente, passou a ser a partir da decisão proferida pelo STJ, no caso da Chacina da Candelária, que acolheu a ideia de direito ao esquecimento, e o conceituou como: o direito de não ser lembrado contra a sua vontade.

Porém, o conceito apresentado pela Superior Corte de Justiça concede uma perspectiva voluntarista do direito ao esquecimento, e, até então, não havia nenhuma definição que condicionasse esse direito ao querer do cidadão, pois não se trata da simples vontade do indivíduo de ser ou não ser lembrado.

O direito ao esquecimento é melhor definido como o direito de se opor a uma rememoração pública de fato que exponha determinada pessoa de maneira descontextualizada e desatualizada, sem a autorização expressa do noticiado.

É cediço que as empresas de comunicações exploram em seus noticiários frequentemente a privacidade alheia. A título de exemplo, pode-se citar o monitoramento pela mídia da vida dos apenados: Suzane Von Richthofen, Alexandre Alves Nardoni e Bruno Fernandes Souza (Goleiro Bruno). Deve ser levado em consideração que, a partir do momento em que essas pessoas foram investigadas, julgadas e recolhidas ao cárcere para cumprimento de suas penas, o interesse público que havia em torno dessas informações tende a desaparecer. E após o cumprimento da sanção penal imposta, essas notícias acabam com a possibilidade de ressocialização desse reeducando, já que a sociedade em que ele será inserido é constantemente bombardeada pelas referências negativas de seu passado.

Um dos papéis do direito ao esquecimento é justamente impedir que essas pessoas que cometeram algum crime sejam alvos de constantes ataques da mídia, sem que possam seguir em frente com suas vidas e superarem o erro cometido no passado. A Constituição da República veda a imposição de pena de caráter perpétuo, mas o que essas pessoas vivem por conta desta constante relembração é injustamente uma eterna punição.

Cumprida a pena integralmente, a pessoa nada mais deve para o estado ou à sociedade, tampouco para a imprensa, o que justifica o desaparecimento do interesse público em torno da informação.

Com a análise do presente estudo, pode-se concluir que o direito ao esquecimento não agracia apenas reeducandos, mas também pessoas que se envolveram em casos de grande repercussão na mídia, como as vítimas de crimes bárbaros, o que também se estende aos seus familiares, que, ao rememorarem as tragédias que os acometeram, revivem a dor e a angústia de sua perda, o que realça a importância da regulamentação da imprensa, e a análise dos requisitos para a aplicação do direito ao esquecimento.

Portanto, quando houver um conflito entre direitos da personalidade e as liberdades comunicativas, deve-se analisar e ponderar se a notícia em questão é revestida de interesse público e atualidade. Sempre que ausentes esses dois requisitos, deve-se proteger os direitos de personalidade do noticiado.

Destarte os argumentos da oposição ao reconhecimento do direito ao esquecimento, é preciso esclarecer que este não coaduna com a censura das mídias, mas defende que as pessoas não perdem seu direito de personalidade apenas por se envolverem em algum fato de grande repercussão ou, por vezes, ilícito. É necessário ater-se que as liberdades de comunicações encontram seus limites na ilicitude, e não respeitar o direito de imagem e privacidade destas pessoas é transpor a barreira da licitude.

Conclui-se com a presente pesquisa que, embora seja um direito reconhecido há mais de um século no exterior, em terras nacionais encontra grande dificuldade de reconhecimento por conta da força econômica e política que a mídia representa e por quem as controla. Mas aos poucos essa realidade vai se modificando e, finalmente, vê-se o direito ao esquecimento ser aplicado, priorizando a proteção da dignidade da pessoa humana, em face aos interesses políticos das empresas de comunicações.

## Referências

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Livro Eletrônico.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BLANCO, Marcelo. Supervisão: Paula Martins Coordenação executiva e editorial: Laura. **Direito ao esquecimento no Brasil:** subsídios ao debate legislativo. São Paulo: Artigo 19, 12 de junho de 2017. Disponível em: <<http://artigo19.org/wp-content/blogs.dir/24/files/2017/06/Direito-ao-Esquecimento-no-Brasil-%E2%80%93-subs%C3%ADdios-ao-debate-legislativo.pdf>>. Acesso em: 22 set. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 11 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7).** 4ª Turma. Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A. Recorrido: Jurandir Gomes de França. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão; Brasília/DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num\\_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006510&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06/11/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0),** 4ª Turma. Recorrente: Nelson Curi e Outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília/DF, 28 de maio de 2013. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num\\_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=31006938&num_registro=201100574280&data=20130910&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 06/11/2017.

BUCCI, Eugênio. **A imprensa e o dever da liberdade:** a independência editorial e suas fronteiras com a indústria do entretenimento, as fontes, os governos, os corporativismos, o poder econômico e as ONGs. São Paulo: Contexto, 2009.

CARVALHO. Igor Chagas De. **Direito ao Esquecimento:** reação à expansão sistêmica dos meios de comunicação de massa. 2016. 152 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação. (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2016. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20972/1/2016\\_IgorChagasCarvalho.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20972/1/2016_IgorChagasCarvalho.pdf)>. Acesso em: 7 out. 2017.

CARVALHO, Ivan Lira de.; DANTAS, Rafael Levino. **Direito Ao Esquecimento:** delineamentos a Partir de um estudo comparativo de *Leading Cases* das jurisprudências Alemã e Brasileira. 2015, 24 f. Trabalho de conclusão de curso (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Norte (URFN), Rio Grande do Norte, 2015. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=9dc1fd73bd6dd815>>. Acesso em: 10 out. 2017.

CHAUÍ, M. **Simulacro e Poder**: Uma Análise da Mídia. São Paulo: Perseu Abramo, 2006.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. **O direito ao esquecimento na sociedade da informação**. Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, [SI], vol. 8/2015, p. 563-596, Ago/2015. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/85280>>. Acesso em: 5 out. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Convenção americana sobre os direitos humanos**: assinada na Conferência especializada interamericana sobre direitos humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>. Acesso em: 5 out. 2017.

CONSALTER, Zilda Mara. **Direito ao esquecimento**: proteção da intimidade e ambiente virtual. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na internet**: a Scarlet letter digital. In: SCHREIBER, Anderson (coord.). Direito e mídia. São Paulo: Atlas, 2013.

DI FRANCO, Carlos Alberto. **Jornalismo, Ética e Qualidade**. Rio de Janeiro: Vozes, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 16ª ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

DOTTI, René Ariel. **O direito ao esquecimento e a proteção do habeas data**. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Habeas data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA, Limongi. **Direito da personalidade I**. Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 28/140. São Paulo: Saraiva, 1996.

FUTTERLEIB, Lígia Leindecker. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: InterSaber, 2012.

GADELHO Junior, Marcos Duque. **Liberdade de imprensa e a mediação estatal**. São Paulo: Atlas, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**: (contém análise comparativa com os códigos de 1916 e 2002). 6. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Novo curso de direito civil**, volume 1: parte geral. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro Eletrônico.

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

GOMES, Orlando. **Direito de Família**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 1: parte. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Livro Eletrônico.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto Alegre: ArtMed, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos (1785)**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

LEONEL, Vilson.; MOTTA, Alexandre. **Ciência e Pesquisa**: Livro didático. 2. ed. rev., atual. e ampl. Palhoça: Unisul Virtual, 2007.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. Direito ao esquecimento e internet: o fundamento legal no direito comunitário europeu, no direito italiano e no direito brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 103, n. 946, p. 77-109, 2014. Disponível em: <[revistas.unirn.edu.br/index.php/rejus/article/download/12/10](http://revistas.unirn.edu.br/index.php/rejus/article/download/12/10)>. Acesso em: 22 set. 2017.

LONGO, Ana Carolina Figueiró. **Liberdade de Imprensa e Processo Penal**. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/viewFile/35/12>> Acesso em: 20 out 2017.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. **Direito ao Esquecimento**. Barueri, São Paulo: Novo Século Editora, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINEZ, Pablo Rodriguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

McLUHAN, M. **A Galáxia de Gutemberg**. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1977.

\_\_\_\_\_. **“Visão, som e fúria”**. In. Lima, L. C. (org). Teorias da comunicação de massa, 1978.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Livro Eletrônico.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PALESTRA, ministrada pelo Prof. Dr. Anderson Schreiber (UERJ), Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS) e Prof. Dr. Jörg Neuner (Universität Augsburg, Alemanha), Tema: **Direitos da Personalidade**: um comparativo entre Brasil e Alemanha; Porto Alegre: PUC/RS, 07 de novembro de 2017.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **Estudos Constitucionais**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Miltitsky. **Compreendendo o esquecimento**: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. Revista Psicologia USP, São Paulo, v. 14, n. 1, 2003. Disponível em: <[www.journals.usp.br/psicousp/article/download/42394/46065](http://www.journals.usp.br/psicousp/article/download/42394/46065)> Acesso em: 27 de set. 2017.

PERUZZO, Cicília M. Krohling. **Ética, liberdade de imprensa, democracia e cidadania**. Revista Brasileira de Ciências da Comunicação, [SI], Vol. XXV, nº2, julho/dezembro de 2002. Disponível em: <<http://www.portcom.intercom.org.br/revistas/index.php/revistaintercom/article/view/420>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

PINHEIRO, Denise. **A liberdade de expressão e o passado**: Desconstrução da ideia de um direito ao esquecimento. Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito (Doutorado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/169667/342648.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 02 out. 2017.

RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. **Direito ao Esquecimento Versus Liberdade de Informação e de Expressão**: A Tutela De Um Direito Constitucional da Personalidade em Face da Sociedade da Informação. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Constitucional da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), Fortaleza: ESMESC/CE, 2014. Disponível em: <<http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infoma%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 27 set. 2017.

RÊGO, Veneziano Vital do. **Projeto de Lei da Câmara nº 1676, de 2015**. Tipifica o ato de fotografar, filmar ou captar a voz de pessoa, sem autorização ou sem fins lícitos, prevendo qualificadoras para as diversas formas de sua divulgação e dispõe sobre a garantia de desvinculação do nome, imagem e demais aspectos da personalidade, publicados na rede mundial de computadores, internet, relativos a fatos que não possuem, ou não possuem mais, interesse público. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1295741&ord=1>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

RODOTÁ, Stéfano. **A vida na sociedade da vigilância** – A privacidade hoje. São Paulo: Renovar, 2008.

RULLI JÚNIOR, Antônio.; RULLI NETO, Antônio. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo**: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação. Revista Esmat. Palmas, Ano 5, nº 6, p. 11-30 - jul/dez, 2013. Disponível em:  
<[http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012\\_01\\_0419\\_0434.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0419_0434.pdf)>.  
Acesso em: 29 set. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. Revista Brasileira de direito civil, Rio de Janeiro, volume 7, p. 190-239, jan-mar 2016.

SCHREIBER, Anderson. **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. **Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Vol. II; São Paulo: Forense, 1967.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO, 2014. Livro Eletrônico.

VARELA, Antunes. **Noções de Direito Civil**. Coimbra: Coimbra Editora, 1945.

## CAPÍTULO XI

AS OMISSÕES FAMILIARES COMO FATOR CONTRIBUTIVO PARA ABUSOS  
SEXUAIS INTRAFAMILIARES CONTRA VULNERÁVEISMaria de Cássia Santana<sup>1</sup>  
Alex Sandro Teixeira da Cruz<sup>2</sup>

**Resumo:** Diante da perceptível omissão de genitores, muitas vezes ocorrentes, em denunciar abusos sexuais intrafamiliares contra crianças e adolescentes, tem o presente trabalho o propósito de estudar os motivos que levam os responsáveis, especialmente as mães, a deixarem de levar tais fatos ao conhecimento das autoridades, assim como as consequências da omissão. O estudo se desenvolve mediante abordagem dedutiva, partindo-se da noção de família e de seu compromisso com a proteção integral da prole, passando pelas decorrências penais dos comportamentos omissivos dos genitores e de suas possíveis causas, e encerra-se com estudo de caso, com propósito de análise descritivo-qualitativa, trazendo ao final as conclusões acerca dos motivos das omissões e impactos delas advindos.

**Palavras-chave:** Família. Proteção integral. Abuso sexual intrafamiliar. Estupro de vulnerável.

**Introdução**

A família é a base de formação do indivíduo. Seu comportamento e sua convivência social [do indivíduo] pautam-se na educação recebida dos familiares, assim como o entendimento de que aquilo que se vive em casa constitui pressuposto para um crescimento saudável. Porém, nem todos têm a sorte de crescerem em um ambiente doméstico sadio, não raras vezes fazendo parte da vivência familiar certos afeitos que comprometem a formação da pessoa, por induzi-la a situações de extremo sofrimento e penúria.

Nessa esteira, parte dos fatos comprometedores da construção do indivíduo envolvem abusos sexuais intrafamiliares, a gerarem consequências imensuráveis, notadamente à criança ou ao adolescente abusado, com reflexos em sua higidez psicológica e em seu comportamento social, decorrentes das agressões sofridas. De acordo com Thiago Coutinho (2018), socorrendo-se do psicólogo Emerson de Moura Cavalheiro, muitas vezes um adulto vítima de abusos quando criança pode continuamente repetir essas ações contra seus filhos, repetição essa vinculada à



ausência de acompanhamento à época em que os abusos contra si ocorreram. Daí porque as ações, em outra fase da vida, de quem outrora fora vítima de abuso, embora não se justifiquem, hão que ser devidamente acompanhadas, de forma a buscar mitigar-se seus efeitos e evitar-se a reprodução do mesmo sofrimento em desfavor de novas vítimas, com o propósito de interrupção do ciclo da violência e de quebra da viciosidade potencializada ou já efetivada.

Infelizmente, essa realidade acomete inúmeras famílias, as quais, vivenciando acontecimentos dessa ordem em seu interior, não sabem a quem recorrer ou, mesmo, sofrem coação de pessoas do próprio núcleo familiar ou a ele muito próximas, levando seus integrantes a uma postura de inércia, que acarreta somente a continuidade do comportamento abusivo por parte de seu protagonista.

Nesse contexto, o presente artigo pretende analisar as razões que levam à omissão, especialmente de mulheres, de denunciar abusadores sexuais de crianças e adolescentes, quando tais abusos ocorrem no seio intrafamiliar. Para tanto, a pesquisa pauta-se no objetivo geral de analisar o porquê de familiares comportarem-se de maneira conivente com tais situações, construindo-se o estudo pelo somatório dos seguintes objetivos específicos: (a) conhecer a noção de família e de proteção integral como um de seus papéis, conjugando-a com os efeitos jurídico-penais decorrentes das omissões parentais em casos de abuso sexual intrafamiliar contra crianças e adolescentes; (b) investigar o que contribui para que, sobretudo as mães, muitas vezes não denunciem os parceiros que abusam dos filhos, procurando identificar, sob a ótica de profissionais do Direito e da Psicologia, os motivos que dificultam o conhecimento desses atos pelas instâncias encarregadas da repressão; e (c) confrontar as causas prováveis com estudo de caso, a partir de entrevista realizada com alguém que esteve em meio a situações dessa natureza.

Por tudo isso, o estudo justifica-se em face da importância de serem conhecidos os principais elementos que podem funcionar como indicadores de abusos sexuais infantis e juvenis dentro de casa, de modo a, mediante identificação e análise, contribuir-se para a mitigação das angústias de pessoas vitimadas por tais atos. Isso porque o impacto desses acontecimentos, como já dito, por trazer consequências desastrosas ao desenvolvimento de crianças e adolescentes vitimados, é hábil a lhes gerar graves transtornos, em muitos casos comprometendo-lhes a própria felicidade para o resto da vida.

## Procedimentos metodológicos

A metodologia da pesquisa é fundamental para definir seu direcionamento. Assim, o presente estudo dar-se-á através do método dedutivo, em que se parte dos aspectos mais genéricos a conglobarem as noções de família e proteção integral, os contornos jurídico-penais relativos a crimes sexuais contra vulneráveis e a análise das omissões familiares como contributos para a continuidade de abusos lascivos. Após, apresenta-se a opinião de profissionais do Direito e da Psicologia sobre os fatores determinantes das omissões, especialmente de mães, finalizando-se com estudo de caso. O procedimento será monográfico, de caráter qualitativo, sem pretensão de universalização, e as técnicas de pesquisa oscilam entre bibliográfica e entrevistas.

Os objetivos do trabalho foram delineados como descritivos e exploratórios, com amparo em abordagem qualitativa. A pesquisa descritiva exige do investigador uma série de informações sobre o que deseja pesquisar, pretendendo descrever os fatos e fenômenos de determinada realidade (TRIVIÑOS, 1987), tendo ela como escopo proporcionar maior familiaridade com a questão, com vistas a torná-la mais explícita ou a construir hipóteses. Daí porque grande parte de tal espécie de pesquisa envolver levantamento bibliográfico e entrevistas com pessoas que tiveram experiências práticas com o problema pesquisado (GIL, 2007).

Ao mesmo tempo, tendo-se em conta a espécie de estudo, a abordagem qualitativa se preocupa com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização ou, no caso, do núcleo família<sup>1</sup>.

Diante disso, especificamente em relação à coleta de opiniões e dados, optou-se pela realização de entrevista semiestruturada, modelo no qual o pesquisador organiza um conjunto de questões (roteiro) sobre o tema alvo do estudo, mas permite, e às vezes até incentiva, que o entrevistado fale livremente sobre assuntos que vão surgindo como desdobramentos do tema principal (GIL, 2007), o que ocorreu no presente.

---

<sup>1</sup> O pesquisador que adota abordagem qualitativa opõe-se ao pressuposto que defende um modelo único de pesquisa para todas as ciências, já que as ciências sociais têm sua especificidade, o que pressupõe uma metodologia própria (FONSECA, 2002).

De tal forma, a fim de complementar este trabalho, foram entrevistados o delegado de polícia Ulisses Gabriel, da comarca de Orleans/SC, o magistrado Klaus Correa Souza, da comarca de Braço do Norte/SC, e a psicóloga Tayrine Della Giustina, do Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS) do Município de Braço do Norte/SC, todos trazendo importantes contribuições, a partir de avaliações pautadas em suas experiências profissionais, acerca dos fatores que conduzem às omissões de denúncias, especialmente por mães de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais. Também foi entrevistada uma mãe, que teve suas duas filhas de pouca idade abusadas sexualmente pelo pai biológico, como baliza para o caso específico estudado<sup>1</sup>.

As entrevistas foram realizadas no período de 1º de março a 1º de abril de 2019, tendo sido agendadas previamente. A mãe e a psicóloga foram indicadas por terceiros, as quais se dispuseram a participar dos estudos. As demais autoridades, mediante contato direto, aceitaram responder as perguntas constantes nas entrevistas<sup>2</sup>.

Ressalta-se que a opção pela agregação de um estudo de caso deu-se porque permite ele [o estudo de caso] o confronto entre elementos apurados abstratamente e sua ocorrência na situação concreta, de forma a testar a autenticidade e credibilidade dos indicativos abarcados no plano teórico. A significação de um estudo de caso, na preleção de Antonio Carlos Gil (2007), decorre da possibilidade de conhecer-se, de modo aprofundado, o como e o porquê de determinada situação, supostamente única em muitos de seus contornos, na expectativa de descobrir-se sua essencialidade e caracterização. Não pretende, continua o autor, o pesquisador intervir sobre o objeto estudado; apenas procura trazê-lo a lume, revelá-lo dentro de sua percepção. E acrescenta a importância de uma perspectiva interpretativa de quem desenvolve a pesquisa, buscando compreender o mundo do ângulo de visão dos participantes do caso, ou de uma perspectiva pragmática, a partir da apresentação de uma visualização global, da maior completude e coerência possível, do objeto de estudo do ponto de vista de quem investiga (GIL, 2007), daí advindo a importância da ilustração factual.

---

<sup>1</sup> Por questões éticas, não será divulgado o nome da mãe, envolvida na situação de abuso sexual na família, porém os nomes dos profissionais atuantes foram citados por se tratar de opiniões técnicas.

<sup>2</sup> Os documentos escritos e áudios das entrevistas estão na posse da primeira autora, para qualquer comprovação acadêmica necessária.

Ao fim, serão trazidas as conclusões.

## **Resultado e discussão**

### *A família, o Estado e a proteção integral de crianças e adolescentes*

Conceituar família não parece tão simples, pois, nos dias atuais, exige a necessidade de flexionar o termo que a identifica, para comportar seus diversos formatos decorrentes das transformações ocorridas no meio social. O certo, no entanto, é que, embora haja modificações ao longo dos anos, a família continua sendo essencial, já que o ser humano, como regra, é inserido em um grupo familiar desde seu nascimento, sendo essa a primeira instância de mediação do indivíduo com a sociedade, cujos membros [da família], exatamente por isso, hão que ter comprometimento contínuo entre si.

Costuma-se definir família como grupo das pessoas que compartilham a mesma casa, especialmente os pais, filhos e irmãos, ampliando igualmente o conceito para pessoas do mesmo sangue (FERREIRA, 2019). Na dicção do artigo 25 da Lei n. 8.069 (BRASIL, 1990a), conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tem-se a família natural, cuja formação se dá por meio dos pais biológicos, ou qualquer um deles e seus filhos, preconizando-a André Ramos Tavares (2006), no mesmo sentido, como entidade ou agrupamento de pessoas, formada pelos pais, ou somente um deles - pai ou mãe - e os filhos, advindos de uma relação, indiferentemente do estado civil. Além da natural, trabalha-se, também, com a noção de família extensa ou ampliada, que é aquela formada por parentes que dispõem de vínculos afetivos e afinidade solidificados com a criança e o adolescente e, ainda, de família substituta, originada pela guarda, tutela ou adoção, conforme estabelecido pelo ECA (BRASIL, 1990a), em seu artigo 28.

Portanto, como se depreende, família é o grupo de pessoas que rodeiam o indivíduo, em princípio desde seu nascimento até sua morte, sendo composto por seus genitores, irmãos, filhos, cônjuges e demais parentes, consanguíneos ou afins, assim como envolvendo parentescos decorrentes de decisão judicial.

Paralelamente, por estarem em desenvolvimento e, portanto, não possuírem sua personalidade formada, crianças e adolescentes necessitam de um cuidado especial. Pensando nessa condição de fragilidade é que se concebeu o termo “proteção integral”, consistente em uma gama de princípios que, como a expressão sugere,

busca proteger o ser ainda em formação de violações ou vulnerabilidades. Nessa linha, a Constituição da República (BRASIL, 1988), precipuamente em seu artigo 227, prevê que é dever da família, do Estado e da sociedade resguardar o bem-estar de infantes e adolescentes, assegurando-lhes vida com dignidade, saúde, lazer e educação, afastando toda forma de opressão e sofrimento, ressaltando, nas palavras de Maria Regina Fay de Azambuja (2011), que a criança ou adolescente, como sujeito de direitos, merece proteção em todas as situações, especialmente quando envolvida em processo judicial na condição de vítima.

Em paralelo, verificando-se que o dever de proteger a infância e adolescência configura *munus* público, compete ao Estado a fixação de normas para seu exercício, assegurando pleno desenvolvimento físico, mental, moral, social e espiritual de crianças e adolescentes. Para efetivação desses direitos, a legislação, em especial o ECA (BRASIL, 1990a), estabeleceu uma série de princípios e normas para concretização de sua proteção integral, reconhecendo-lhes direitos especiais e específicos, no dizer de Kenji Valter Ishida (2014).

Nesse contexto de proteção integral, dentre outros, destacam-se os princípios da Prioridade Absoluta e do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. O primeiro, em síntese, “estabelece primazia em favor das crianças e dos adolescentes em todas as esferas de interesse. Seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar, o interesse infantojuvenil deve preponderar” (MACIEL, 2015, p. 61), enquanto o segundo trata-se de princípio que orienta as ações tanto do legislador como do aplicador do direito, “[...] determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras” (MACIEL, 2015, p. 70).

Sem embargo, compondo a família a base da sociedade, a Constituição da República (BRASIL, 1988) e demais normativas foram generosas em seu texto quando a questão envolve assegurar o desenvolvimento sadio a pessoas nessas fases da vida [infância e adolescência]. Em seu artigo 227, destaca a Carta brasileira que nenhuma criança, ou adolescente, deverá ser de qualquer forma negligenciada, discriminada, explorada, violentada de forma cruel ou opressiva, punindo conforme a lei todo e qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Portanto, é indispensável que a família seja parte da proteção da criança e do adolescente, constituindo, até mesmo, o principal ente protetor do ser humano em

desenvolvimento, devendo legal e moralmente zelar por seu bem-estar, abdicando de qualquer conduta que possa vir a prejudicá-los.

Porém, nem sempre esses valores são preservados pela família, daí advindo a necessidade de o Estado intervir, muitas vezes, inclusive, afastando a criança ou adolescente do ambiente familiar, o que, em parte dos casos, resulta até mesmo na institucionalização em entidades de abrigo ou na inserção em famílias substitutas.

Especificamente no que respeita a abusos sexuais, ganha especial relevo a questão das omissões familiares. Cuidando-se de um modo recorrente de violência, a legislação deu tratamento especial às omissões daqueles que têm o dever de proteger crianças e adolescentes, quando silenciam acerca de atos que os prejudicam em seu desenvolvimento sadio. Nas palavras de Viviane Nogueira de Azevedo Guerra (1998), a violência doméstica é representada por atos ou omissões praticadas por aqueles que têm o dever de proteger a criança e o adolescente, sendo essas formas de conduta causadoras de danos físicos, psicológicos e sexuais à vítima. Nesse caso, há uma troca do poder/dever de preservar pela negação dos direitos garantidos à criança e ao adolescente ainda em condições peculiares de desenvolvimento.

Em suma, quando se depara com casos de abuso sexual contra infantes e jovens, o sistema de justiça sempre deve agir a fim de promover o superior interesse da criança e do adolescente, buscando auxílio nas políticas públicas, mantendo sigilo total e resguardando a dignidade da pessoa em formação.

#### *A criminalidade sexual contra vulnerável e as consequências penais da omissão imprópria*

O crime sexual denominado “Estupro de Vulnerável”, tipificado no artigo 217-A do Código Penal (BRASIL, 1940), é definido pela prática de o agente “ter conjunção carnal ou atos libidinosos com menor de 14 (catorze) anos”. Tal inserção, dessa forma, deu-se com o advento da Lei n. 12.015 (BRASIL, 2009), com a finalidade de conferir maior proteção nas situações de violência e de exploração sexual infantil e de adolescentes no Brasil, cominando a quem praticar o ato pena de 8 (oito) a 15 (quinze) anos de reclusão.

A tutela penal contida nesse dispositivo ocorre no sentido de preservar a liberdade sexual, a dignidade e a integridade do indivíduo vulnerável, vulnerabilidade essa decorrente do fato de a pessoa não ter suficiente capacidade de discernimento para consentir validamente no que se refere a qualquer ato sexual. Estão nesse contexto os menores de 14 (catorze) anos, bem como qualquer pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tenha como assentir à prática do ato, tampouco conseguir, por outro lado, opor resistência contra ele. Trata-se de crime comum, no qual o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, adulto ou adolescente mais velho, mas exige que a vítima seja vulnerável, nas condições de vulnerabilidade já mencionadas (PRADO, 2015). Note-se que, ao contrário do que está descrito no artigo 213 do Código Penal (BRASIL, 1940), tipificador do delito de estupro, em que a violência física ou moral (grave ameaça) é elementar do tipo, no crime de estupro contra vulnerável basta o agente praticar a conduta de ter conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, ainda que a vítima tenha consentido, pois a lei presume, pela razão biológica da idade, que o menor não tem capacidade de discernimento para compreender o ato sexual (PRADO, 2015).

O tipo penal do crime é doloso, exigindo, assim, dolo específico de satisfazer a lascívia do agente, expresso pela vontade de realizar os elementos objetivos do tipo de injusto, consumando-se com a prática do ato e admitindo tentativa. As formas do crime de estupro de vulnerável serão qualificadas pelo resultado lesivo da conduta, se acarretar lesão corporal grave ou óbito. Trata-se, portanto, de delito qualificado pelo resultado (PRADO, 2015).

A pena prevista para o crime de estupro de vulnerável é reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, em sua forma simples. Nas qualificadas, será de 10 (dez) a 20 (vinte) anos, se o resultado da lesão corporal for de natureza grave, ou de 12 (doze) a 30 (trinta) anos, se houver a morte da vítima. Ademais, em qualquer de suas formas, o estupro de vulnerável integra o rol de crimes hediondos previsto na Lei n. 8.072 (BRASIL, 1990b), tornando-o insuscetível de anistia, graça, indulto ou fiança.

Paralelamente, a recente Lei n. 13.718 (BRASIL, 2018) alterou o Código Penal (BRASIL, 1940), promovendo ampla reformulação em alguns de seus dispositivos, tornando, também, pública incondicionada a natureza da ação penal, dentre outros contra a liberdade sexual, a dos crimes sexuais contra vulnerável, ao dar nova redação ao artigo 225. Portanto, o processo e o julgamento, assim como as

providências de natureza policial, independem da vontade da vítima, também independentemente de sua vontade se o abusador será ou não alcançado pela lei penal e punido pelo seu ato (ANDREUCCI, 2018).

Trata-se, o estupro de vulnerável, de crime comissivo, praticado, portanto, em regra, através de ação. Contudo, diante da dicção do artigo 13, parágrafo 2º, do Código Penal (BRASIL, 1940), é possível falar-se também em forma comissiva por omissão, quando o agente, levado à condição de garante (ou garantidor), deixa de agir, lhe sendo possível, para evitar o resultado, incidindo desse modo (omissão) em um tipo penal cujo núcleo, originalmente, pressupõe uma ação.

Para César Roberto Bitencourt (2009), os garantidores devem prevenir, ajudar, instruir, defender e proteger o bem tutelado ameaçado. São eles a garantia de que o bem tutelado pelo Direito não será posto em risco ou lesado. Na versão original da Parte Geral do Código Penal (BRASIL, 1940), encontrávamos a situação em que o garantidor era um simples produto de uma doutrina elaborada, não existindo norma legal para que o mesmo fosse identificado. Porém, com a reforma da Parte Geral introduzida pela Lei n. 7.209 (BRASIL, 1984), ficaram expressamente reguladas as hipóteses em que o agente assume a condição de garante, tendo o dever de agir para evitar o resultado, assim entendido quem (a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma assumiu responsabilidade de impedir o resultado; ou (c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (artigo 13, parágrafo 2º).

Assim, para pensar-se em comissão por omissão, o sujeito deve possuir o papel de garante, que, ainda segundo César Roberto Bitencourt (2009), aparece em uma série de situações, como a de assistência que se devem mutuamente os cônjuges e a da que devem os pais aos filhos, dentre outras.

De fato, o artigo 229 da Constituição da República (BRASIL, 1988) preceitua que “aos pais cabe o dever de assistir, criar e educar os filhos menores”, ou seja, são eles os garantidores da proteção de seus filhos. Isso, somado ao ditame do artigo 13, parágrafo 2º, alínea “a”, do Código Penal (BRASIL, 1940), o qual preconiza que quem tem o dever legal de proteção responde penalmente pelo crime de igual forma a quem o diretamente praticou, os coloca [os pais] na condição de coautores de crimes contra seus filhos sempre que, por qualquer motivo, furtarem-se ao cumprimento de seu dever, desonrando sua condição de garante da prole, particularmente de sua



dignidade sexual, pois, ainda no dizer de Cézar Roberto Bitencourt (2009), o agente não tem só a obrigação de agir, mas sim agir para evitar um resultado, procurando salvaguardar a ocorrência de um determinado evento danoso.

Sobre os abusos sexuais contra crianças e adolescentes em si, suas formas iniciais nem sempre são apresentadas com violência física. Muitas vezes são praticadas de modo insidioso e progressivo, usando o agressor de estratégias como aproximação, conquista, intimidação e ameaças. Já a omissão familiar, por seu turno, ocorre de várias maneiras, importando aqui as consequências que essa omissão pode acarretar ao agente omissor, na esfera penal.

No entendimento de Miguel Reale Júnior (2012), a omissão constitui uma não interferência no curso causal, de forma a permitir a atuação livre das condições presentes, o que redundará na produção do resultado negativo. Possui ela [omissão] relevância penal em face de seu substrato naturalístico, sujeitando-se, contudo, a um enfoque normativo, configurador da tipicidade. E, em arremate, sentencia o autor que “a causalidade tem relevo nos crimes comissivos por omissão, visando à determinação da omissão como causa do resultado e ao reconhecimento desse comportamento omissivo como penalmente significativo” (REALE JÚNIOR, 2012, p. 256).

Percebe-se, assim, que, para caracterizar-se a omissão na esfera criminal, deve haver a existência de um elemento normativo (crimes omissivos próprios), mas trazendo o Direito Penal, igualmente, a possibilidade de responsabilização mesmo nos casos em que a conduta omissiva não esteja normatizada diretamente, desde que a omissão tenha relevância (causalidade) com o resultado naturalístico e esteja presente o dever de agir, pressupondo-se, também, que ao agente seja possível atuar para evitar o resultado (CUNHA, 2017). Daí porque, como bem alertado por José de Farias Tavares (2012), os crimes omissivos impróprios (comissivos por omissão) subsumem uma espécie de omissão qualificada, já que o agente omissor deve possuir certa qualidade específica, diversa daquela inerente às pessoas em geral. Nas palavras do autor, “[...] essa relação especial do sujeito (qualificado) para com a vítima corresponde a um dever especial de proteção, diferente do dever geral de solidariedade dos delitos omissivos próprios” (TAVARES, 2012, p. 312-313).

Ao mesmo tempo, como acentuam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, no Direito Penal brasileiro atribui-se o dever de agir, primeiramente, “a

quem tenha a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2010, p. 359).

Nesse contexto normativo, quando ocorre a omissão de um familiar, que é conivente com a prática de abusos sexuais contra vulneráveis, incorrerá ele, enquanto garante, na conduta prevista na alínea “a” (ou, dependendo das circunstâncias, na alínea “b”) do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal, que aponta a responsabilidade daqueles que têm o dever legal de cuidado, proteção e vigilância, já que, conforme preleciona Rogério Sanches Cunha (2017), em tais hipóteses o agente está obrigado a agir no sentido de proteger a incolumidade do bem alvo da tutela jurídica. A palavra “lei” constante na alínea “a”, segundo lembra o autor, “pode ser de natureza não penal, como aquela prevista no artigo 1.634 do Código Civil, que trata do exercício do poder familiar [...]” (CUNHA, 2017, p. 278).

Em paralelo, o significado da expressão penalmente relevante é explicado por Cleber Masson (2013), no sentido de que, por não ser típica, haja vista não estar descrita no tipo penal em casos de crimes omissivos impróprios, a omissão somente se torna penalmente relevante quando presente o dever de agir.

Ademais, além de serem responsabilizados penalmente, os pais ou aqueles que têm o dever legal de agir e forem omissos, poderão, como efeito secundário da condenação, perder o poder familiar sobre a criança ou adolescente abusado, na forma inciso II do artigo 92 do Código Penal (BRASIL, 1940), cuja redação atual foi introduzida pela Lei n. 13.715 (BRASIL, 2018).

Portanto, quando os pais, mesmo sendo capazes, não impedem os abusos sexuais, responderão pelo resultado, em coautoria ou participação, com o ofensor direto, pelo crime praticado, pois, na condição de garantes, não agiram para evitar o resultado naturalístico e, como efeito adicional da condenação, poderá qualquer dos genitores ainda perder o poder familiar. Como dito, em tais casos de ocorrência de crime omissivo impróprio, deverá o garantidor omissor responder pelo resultado, ou seja, como se praticado tivesse respectivo delito, conforme autoriza o artigo 13, parágrafo 2º, alínea “a” (ou eventualmente “b”), do Código Penal (BRASIL, 1940).

*As razões da inércia familiar na formulação de denúncias na visão de profissionais do Direito e da Psicologia*

Como já dito, constitui objetivo primordial do presente trabalho a identificação das causas que estão na raiz da omissão de responsáveis, especialmente a mãe, de levar casos de violência sexual intrafamiliar contra vulneráveis ao conhecimento das autoridades, revelando convivência em relação a abusos sofridos pelos filhos.

É cediço que a violência doméstica, aqui em sentido *lato*, abrangendo não só a mulher, mas também crianças e adolescentes, é um problema enfrentado pela sociedade desde muito tempo. Não se restringe ela [violência doméstica] apenas à de natureza sexual, alcançando também outras formas, como a violência física, caracterizada por agressão corporal, e a psicológica, decorrente de insultos, xingamentos e outras formas de agressão verbal. Especificamente a violência sexual contra crianças e adolescentes, na atualidade, divide-se em duas vertentes principais: abuso sexual intrafamiliar e exploração sexual comercial. Interessa, para este estudo, a primeira delas.

Na definição de Marcia Teresinha Moreschi (2018), abuso sexual intrafamiliar é expressão que refere violência ocorrida no âmbito do afeto, no seio da família, em meio ao principal ambiente de proteção da criança. É fato que, no dizer da autora, ocorre em todas as classes sociais, contudo muitas vezes imperceptível em razão dos pactos de silêncio, definidos como "arranjos familiares e de grupo que visam acomodar papéis, de forma que alguns se submetem a outros, numa hierarquia geralmente de poder, a exemplo da autoridade de pais sobre os filhos" (MORESCHI, 2018, p. 42).

Ainda, nas palavras da mesma autora, as ações que traduzem o abuso sexual intrafamiliar podem dar-se mediante contato físico, como carícias, toques de mão em zonas erógenas e pornografia, além, por óbvio, do ato sexual em si (com cópula vaginal, anal ou oral), assim como, também, sem contato corporal, a exemplo do que chama de abuso sexual verbal (conversas para despertar interesse ou choque), exibicionismo (exposição pelo abusador de partes erógenas de seu corpo para a vítima) ou mesmo atos de voyeurismo (observação lasciva da vítima pelo abusador) (MORESCHI, 2018, p. 42).

Do ponto de vista normativo, a Lei n. 13.431 (BRASIL, 2017), trouxe, em seu artigo 4º, inciso III, alínea "a", as formas de violência sexual, dentre elas o abuso sexual. Nos termos do diploma legal, a violência sexual envolve conduta que constranja a criança ou o adolescente a praticar ou presenciar conjunção carnal ou

qualquer outro ato libidinoso, compreendendo-se o abuso sexual (uma das formas de violência sexual) como toda ação que se utiliza da criança ou do adolescente para qualquer finalidade sexual, tanto por meio presencial quanto virtual, com o propósito de estimulação erótica do agente ou de terceira pessoa.

E, por certo, o ambiente familiar não está imune a tais práticas. Ao contrário, em boa parte das vezes é justamente dentro de casa que os abusos sexuais contra infantes e jovens acontece, tendo como protagonistas pessoas da própria família, notadamente do sexo masculino como pais, padrastos, irmãos e tios. E, pior, muitas dessas vezes contando com a omissão dos demais familiares, especialmente das mães, que, embora sabendo do problema, não tomam providência alguma para a cessação do sofrimento e angústia das pequenas vítimas.

Mas, qual a razão da inércia familiar?

Quando há denúncia, incumbe ao delegado de polícia instaurar o inquérito para averiguar a veracidade dos fatos e, ao final, após encerradas as investigações, fornecer ao Ministério Público elementos suficientes para a formação da *opinio delicti* acerca do ocorrido. Daí a importância de saber-se as reflexões de uma autoridade policial a respeito do presente tema, tendo o entrevistado sido o delegado Ulisses Gabriel, da comarca de Orleans/SC.

Quando questionado sobre a busca de ajuda das mães em relação a este tipo de problema, o delegado mencionou que, até algum tempo atrás, não era comum as mulheres buscarem ajuda para essas ações, acreditando que muitas tinham medo das consequências. O que se percebe é que, com o advento da Lei Maria da Penha e a movimentação na mídia, com a publicidade em torno da legislação, muitas mulheres passaram a tomar a iniciativa de procurar a Polícia e o Estado quando ocorre uma situação de agressão, o que acabou favorecendo que iniciativas fossem tomadas também em relação a situações de abusos sexuais.

O delegado ainda ressalta um dos motivos que levam mães a não buscarem apoio policial ser a dependência financeira destas em relação ao agressor, o que faz com que evitem registrar ocorrências de abusos. Há também, em sua opinião, uma questão de afetividade com o companheiro (agressor), o que as leva a acreditar neste e, não raras vezes, a culpar os próprios filhos, sejam o menino ou a menina, atribuindo-lhes a responsabilidade pela situação criada.

No que concerne à atuação da sociedade em casos assim, o delegado menciona que as pessoas não querem se envolver em assuntos que não são de seus interesses familiares, meio que na esteira do dito popular de que “em briga de marido e mulher não se mete a colher”. No entanto, em seu entendimento, quanto mais as pessoas puderem contribuir para o conhecimento de informações sobre casos de abusos sexuais infantis, mesmo que não seja relacionado à sua família, mais estarão ajudando pessoas que se sentem impotentes para levar os fatos ao conhecimento das autoridades.

Edinilsa Ramos de Souza, Simone Gonçalves de Assis e Fernanda de Carvalho Vecchi Alzuguir (2002), em trabalho focado nas estratégias de atendimento, lembram que, quando a autoridade policial tem o conhecimento desses acontecimentos, é possível fazer com que as devidas ações sejam tomadas, como o afastamento do abusador do âmbito familiar, asseverando as dificuldades da investigação quando sobretudo a mãe não denuncia e nem corrobora qualquer informação.

O que deve ser levando em consideração nesses casos é o sofrimento pessoal da criança, que não se desenvolverá como uma pessoa sadia e feliz, enquanto estiverem presas a situações como essas, isso profundamente agravado quando não há apoio da mãe, que para elas é o seio protetor.

Igualmente, entrevistou-se o juiz de direito Klaus Correa Souza, da comarca de Braço do Norte/SC. Indagado sobre a quantidade de abusos sexuais que chegam até o juízo todos os meses, respondeu que aportam, em média, dois por mês. Todavia, em época de campanhas e palestras, dentre outras formas de esclarecimento, esse número aumenta a até cinco por mês.

Perguntado também sobre em quais situações acontece a maioria dos abusos, afirmou não saber precisar, mas destacou que os abusos partem de pessoas de dentro ou próxima da família da vítima. A título de exemplo, citou que muitos casos acontecem quando a mãe sai para trabalhar e deixa a criança com algum familiar, como o pai, um tio, o padrasto, enfim pessoas próximas. Acrescentou, ainda, que muitas vezes a mãe opta por ficar com o agressor enquanto a criança vai morar com algum outro familiar. Lembrou, inclusive, de uma situação em que condenou uma mãe pelo crime de estupro de vulnerável na condição de coautora, pois era conivente com

os abusos. Salientou, ainda, que acredita ser essa omissão decorrente da dependência financeira e/ou amorosa.

Ao final, disse que as maiores dificuldades estão no fato de que grande parte desses crimes acontecerem dentro do âmbito familiar, onde o Estado não tem acesso, ou seja, as pessoas que podem ajudar nessas situações acabam tomando conhecimento dos fatos muito tempo depois, quando a criança decide falar. E destacou, ademais, a ausência de preparo dos profissionais do Estado, em todos os âmbitos, pois, em boa parte, não estão qualificados para lidar com crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais.

De acordo com V. Dobke (2001), os juízes devem prestar seu favor em relação à vítima, neste caso o menor em situação vulnerável, devendo fazer valer seus direitos e ter em mente o melhor interesse da criança na hora de tomarem suas decisões.

Depois de apresentado esse breve resumo da entrevista realizada com o juiz de direito, conclui-se com a entrevista realizada com a psicóloga Tayrine Della Giustina, do CREAS do Município de Braço do Norte/SC. Inicialmente relatou que a função do CREAS é garantir o direito de proteção da família, não realizando qualquer papel investigativo, mas sim possuindo um propósito apenas restaurativo.

Quando indagada sobre como o agressor costuma agir, a psicóloga informou que, de acordo com os relatos das vítimas, dificilmente acontece a conjunção carnal. O agressor, para não deixar vestígios, na grande maioria dos relatos, acaricia as partes íntimas das vítimas e, como forma de manter isso em segredo, as ameaça. E as vítimas, por causa do medo que têm do agressor, demoram a relatar que estão sendo molestadas.

A psicóloga informou que, quando há a suspeita de abuso sexual, o CREAS interfere na família e aplica uma medida de proteção que consiste em afastar o agressor do lar ou levar a vítima para uma família extensa ou, mesmo, para acolhimento em abrigo. Esta última medida ocorre quando a mãe se nega a aceitar o afastamento do agressor.

Em relação às consequências e os transtornos que os abusos podem causar nas vítimas, a psicóloga percebe que é muito relativo. Depende muito da idade da vítima, o tempo que ela foi abusada, sendo, enfim, difícil descrever porque cada ser

humano é diferente. Entretanto, ressaltou que o CREAS, através das psicólogas, trabalha para minimizar os danos causados pelo agressor.

Em outro ponto da entrevista, a psicóloga, quando questionada sobre o porquê de os familiares (em especial a mãe) serem omissos quando seus filhos estão sendo abusados, disse, na mesma esteira dos profissionais do Direito entrevistados, que essa omissão acontece por conta da dependência financeira, psicológica e também afetiva.

A respeito dos profissionais da Psicologia, Thiago Coutinho (2018) revela que seu trabalho, em relação ao abuso sexual de crianças, deve ser minuciosamente realizado, ao ponto de os infantes revelarem os acontecimentos. No entanto, ao ressuscitar essas lembranças, podem se sentir ainda mais frustrados, devendo, assim, ser trabalhado seu lado psicológico, inclusive estendendo-se também a outros familiares quando isso revelar-se necessário.

Como se vê, portanto, todos os entrevistados (delegado de polícia, juiz de direito e psicóloga) convergem no sentido de a omissão, especialmente de mulheres e mães, terem como razão de ser a dependência destas em relação à figura, masculina em geral, do agressor. São unânimes em falar de dependência financeira e afetiva, acrescentando a última entrevistada também o que chama de dependência psicológica, além do relato tardio de vítimas que, intimidadas por ameaças do abusador, silenciam quanto ao sofrimento dentro do ambiente familiar, não revelando sequer à mãe, muitas vezes, o abuso a que são submetidas.

### *Estudo de caso*

Considerando o objeto do trabalho, que é a omissão familiar como fato contributivo para os abusos sexuais intrafamiliares de vulneráveis, passa-se ao estudo de caso, visando a análise qualitativa dos elementos que envolveram abusos sexuais intrafamiliares que vitimaram duas crianças, para mensurar-se, em tal situação, qual o grau de contribuição que a omissão materna teve para os resultados havidos.

Não devendo ser considerado como parâmetro, mas na tentativa de compreender os motivos pelos quais omissões familiares acontecem, entrevistou-se a mãe, que por um tempo foi conivente com os abusos sofridos por sua filha mais

velha. A figura materna possui atualmente mais de cinquenta anos de idade, com escolaridade até o terceiro ano do ensino fundamental. Hoje, moradora da zona urbana de uma pequena cidade do interior de Santa Catarina, a mesma relata que, à época em que suas filhas sofriam abusos sexuais, residia em comunidade rural e que trabalhava na condição de agricultora.

Relatou inicialmente que suas filhas estavam com idade entre sete e oito anos, quando os abusos começaram por parte do seu marido e pai das crianças. Assim que soube dos atentados sexuais, que sua filha mais velha, na época com oito anos, estava sofrendo, contou imediatamente para sua sogra, avó paterna da infante, o que havia ocorrido. Decidiu registrar a ocorrência junto à delegacia de polícia, mas, depois de ter procedido o registro, inclusive com o testemunho da criança ofendida, a mãe foi coagida por sua sogra a "retirar a denúncia", com os argumentos de que ela tinha três filhos para criar e que, com o agressor preso, não teria condições de sustentar as crianças, pois, nas palavras da mãe, não iria ser ajudada pelos seus sogros, uma vez que já estavam em estado avançado de idade.

Diante dessa pressão sofrida da parte dos avós paternos da vítima, a mãe decidiu levar a menina até a delegacia em que fizera o registro da ocorrência e lá afirmaram, falsamente, que a criança havia inventado a prática do abuso. Também relatou, a mãe, ter sofrido abuso sexual de seu pai quando criança. E questionada qual o seu sentimento tão logo descobriu os atentados contra sua filha, relatou que desejou fazer justiça com as próprias mãos, mas, como muito nova e sem saber como agir, acabou esperando pela Justiça propriamente dita.

Não restando outra alternativa, a mãe destacou que continuou convivendo com o seu marido (agressor), pois dele dependia economicamente, todavia evitando deixar as crianças sozinhas na companhia deste.

Passado algum tempo, aliado ao abuso sexual da filha e de outras crianças vizinhas, a mãe, enfim, decidiu separar-se. Entretanto, como pai das crianças, foi concedido ao abusador o direito de visitas. E, a outra filha, na época com sete anos, em dia que passou com o pai, ao retornar para casa, estava estranha. Naquele momento a mãe suspeitou de que havia ocorrido algum tipo de abuso do pai também contra a segunda filha.

A suspeita confirmou-se dias depois, após várias ligações da escola onde a menina estudava, para a mãe, e principalmente após a menina confirmar para uma



tia o estupro sofrido. Aquele abuso foi estopim, relatando a mãe que, decidida, foi até a delegacia e realizou a denúncia contra seu ex-marido, por ter este cometido abuso sexual também contra a filha mais nova.

Questionada se tinha algum arrependimento sobre a desistência da primeira denúncia, a mãe relatou que estava muito arrependida, pois, se tivesse mantido o registro naquela época, novos abusos não teriam ocorrido. Apontou, ainda, que fez a menina dizer que tinha inventado ter sofrido abuso e em seguida "retirou a denúncia", porque pensou que não conseguiria criar os filhos sozinha, pois dependia muito dele. Outro fator que contribuiu para que ela retirasse a primeira denúncia de abuso foi o fato de não ter tido conselhos e ajuda das pessoas. Enfim, estava totalmente à mercê do marido, o qual, além de praticar abusos sexuais contra suas filhas, também a agredia.

Desse relato, percebeu-se as razões que levaram a mãe a omitir-se em relação aos abusos cometidos por seu marido contra suas filhas: a primeira é o fato de ela ter três filhos e não possuir condições de sozinha sustentá-los; a segunda, está na dependência, ainda muito presente na sociedade, que as mulheres têm quanto a seus maridos, em relação ao medo de não conseguirem superar sua própria dependência. Há ainda uma terceira razão, que se dá pelas ameaças e agressões que a mãe sofria de seu marido no ambiente doméstico, e uma quarta, que está fundada na ausência do apoio dos familiares e pessoas próximas, a isso somando-se a pressão de sua sogra no sentido de proteger o filho (agressor).

Além disso, pode-se dizer que nem todas as pessoas possuem o entendimento de que relatar o fato a outros pode ser benéfico para conseguir a ajuda necessária. Nesse caso, viu-se que a mulher buscou ajuda de sua sogra, o que não resultou nada além de coação moral, talvez esse bloqueio a impedindo de procurar outras pessoas que, na época, poderiam ter ajudado.

Tal conclusão foi retirada da declaração de apenas uma mãe, que muito corajosamente, dispôs-se a contar sobre as agressões sexuais sofridas por suas filhas, de forma semelhante às que ela própria sofrera quando criança. Aliás, estudos realizados por D. Pintello e S. Zuravin (2001) mencionam que o fato de as mães acreditarem nos filhos, quando relatam o abuso sexual, é fator determinante para que a criança consiga seguir adiante, lidando com a situação. Por outro lado, para M. G. Narvaz (2005), o fato de as mães serem coniventes com situações abusivas de seus

filhos se dá por não terem apoio de outras pessoas e serem ameaçadas pelo agressor, o que muitas vezes as deixa em situação de impotência, podendo inclusive acometer-lhes forte sinais de depressão.

Já, segundo Renata Mendonça (2017), as crianças que sofrem esse tipo de abuso não apresentam necessariamente sintomas, mas um conjunto de indicações deste acontecimento. Algumas indicações merecem destaque, como a mudança de comportamento repentino, a aproximação excessiva do abusador em relação a familiares e a rejeição que pode a criança demonstrar. Mudanças de hábitos, como falta de alimentação e negação em se vestir adequadamente também podem evidenciar tais atentados.

Dessa forma, através das entrevistas realizadas com os profissionais responsáveis por investigar, julgar e minimizar os danos causados pelo agressor sobre a vítima, associadas ao relato da mãe no caso estudado, pode-se perceber que a omissão familiar nesses casos ocorre por causa da dependência econômica e afetiva que a mulher tem do marido/companheiro. Não bastasse, há ainda muito arraigado no Brasil o patriarcado, pelo qual o homem é que tem o poder familiar de forma unilateral e autoritária, sendo que esse autoritarismo é construído muitas vezes através da violência, o que funciona como elemento catalisador das intimidações.

Portanto, o Estado e a sociedade de um modo geral devem, através de campanhas, seja realizando palestras em instituições de ensino de todos os níveis, igrejas, associações de bairro, enfim entidades diversas da sociedade civil, fortalecer o empenho para que abusos sexuais contra crianças e adolescentes, cometidos no seio familiar, sejam mais facilmente descobertos. Não é difícil perceber que a demonstração de estarem, Estado e a sociedade, dispostos a acolher e ajudar as pequenas vítimas, terá o condão de encorajar mulheres, mães e pessoas em geral a denunciar os abusos, permitindo a punição dos agressores e auxiliando na proteção os ofendidos.

### **Considerações finais**

A questão do abuso sexual contra crianças e adolescentes é problema complexo, que congrega elementos de ordem histórica, socioeconômica, cultural e jurídica. Embora a família seja o primeiro ambiente de ligação da criança com o

mundo, responsável direta por sua formação, nem sempre cumpre ela [família] o papel que lhe é reservado dentro do contexto da proteção integral, doutrina que norteia a matriz constitucional brasileira aplicável à questão da infância e juventude, cominada também ao Estado e à sociedade.

Ainda assim, quando se trata de abusos sexuais que vitimam crianças e adolescentes ocorridos dentro da própria família, percebe-se particular dificuldade de apuração e, por conseguinte, de efetivação de políticas e medidas que tendam a, de fato, proteger as pequenas vítimas, de forma a garantir-lhes segurança e crescimento sadio. Tais dificuldades restam bem claras a partir das entrevistas realizadas no curso do presente trabalho, colhidas junto a profissionais que atuam na área, especificamente um delegado de polícia, um juiz de direito e uma psicóloga. Há certa convergência nos depoimentos de todos, no sentido de haver casos em que a própria família acaba por acobertar a situação, invertendo a ordem de valores, na medida em que, com tais omissões, protege o abusador e deixa as vítimas ao desamparo, permitindo que as práticas abusivas tenham continuidade.

Os principais motivos para as omissões familiares parecem ser a existência de certo grau de afetividade com o abusador e, sobretudo, a dependência econômica que permeia esposa, filhos e enteados em relação àquele. Isso acaba por responder ao problema levantado ao início, no sentido de identificar-se as razões que levam à omissão, especialmente de mulheres, de denunciar abusadores sexuais de crianças e adolescentes quando tais abusos ocorrem de maneira intrafamiliar.

Tal situação restou bastante evidenciada no caso estudado, em que a genitora, diante do fato de depender economicamente do violador, mesmo diante de uma denúncia inicial quando tomou conhecimento do abuso contra a filha mais velha (à época com oito anos de idade), voltou atrás e acabou por retratar-se do primeiro propósito, "retirando a queixa". Tal fator foi determinante, tempos depois, para que também uma segunda filha fosse vítima de semelhante crime, o que, com boa chance, teria sido evitado caso tivesse a mãe levado adiante a ideia de responsabilização do marido, quando tomou conhecimento do primeiro fato.

Não fosse a dependência econômica e, quiçá, outras pressões familiares (especialmente da mãe do abusador e sogra da mãe das vítimas), a facilitação da atuação dos órgãos oficiais do sistema de justiça poderia ter permitido ao menos evitar-se o segundo fato, tivesse o abusador sido devidamente responsabilizado pelo

primeiro, o que acabou não ocorrendo em razão da leniência materna, mesmo diante da gravidade dos relatos de que tomou conhecimento, de certa forma tornando a mãe corresponsável pelo ocorrido, em face de sua omissão que, no caso, conteve relevância penal.

Por fim, reafirma-se que, sem pretensão de universalização e generalização, senão propondo-se a avaliar as razões da omissão especialmente no caso estudado, não é crível sejam tais razões limitadas a essa situação, sobretudo a partir dos relatos dos profissionais entrevistados. Assim, contribui-se no sentido de a leitura deste artigo poder representar um elemento a mais para permitir o alerta e a conscientização das famílias, como fator determinante na prevenção e repressão de abusos sexuais intrafamiliares contra crianças e adolescentes, honrando a proteção integral que lhes confiou o constituinte e a ordem jurídica pátria como um todo.

## Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual e a nova lei 13.718/18. 2018.** Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-acao-penal-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual-e-a-nova-lei-13-718-18>>. Acesso em: 19 mai. 2019.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?** Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2011.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal parte geral.** 12.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 04 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 04 mai. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1980-1988/l7209.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/l7209.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. [Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#). Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. [Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009](#). Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. [Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017](#). Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. [Lei nº 13.715, de 24 de setembro de 2018](#). Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para dispor sobre hipóteses de perda do poder familiar pelo autor de determinados crimes contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar ou contra filho, filha ou outro descendente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13715.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

\_\_\_\_\_. [Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018](#). Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

COUTINHO, Thiago. Abuso sexual na infância: psicólogo alerta pais e aponta consequências. 2018. Disponível em: <<https://noticias.cancaonova.com/brasil/abuso-sexual-na-infancia-psicologo-alerta-pais-e-aponta-consequencias/>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal parte I** 5. ed. ver., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DOBKE, V. **Abuso Sexual: A Inquirição das Crianças – Uma Abordagem Multidisciplinar**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8.ed. Curitiba: Positivo, 2019.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. **Violência dos pais contra filhos: a tragédia revisitada**. 3.ed. São Paulo: Cortez, 1998.

ISHIDA, Kenji Valter. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2014. 758p.

MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos práticos e teóricos**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1191p.

MASSON, Cleber. **Direito penal parte especial**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

MENDONÇA, Renata. **Como identificar possíveis sinais de abuso sexual em crianças?** BBC Brasil, 2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/salasocial-39696399>>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

MORESCHI, Marcia Teresinha. **Violência contra Crianças e Adolescentes: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2018.

NARVAZ, M. G. **Submissão e resistência: explodindo o discurso patriarcal da dominação feminina**. 2005. 195f. Dissertação (Mestrado em psicologia) - Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

PINTELLO, D.; ZURAVIN, S. **Intrafamilial child sexual abuse: Predictors of postdisclosure maternal belief and protective action**. Child Maltreatment, v.6, n.4, p.344-352, 2001.

PRADO, Maria do Carmo Cintra de Almeida. **O mosaico da violência: a perversão na vida cotidiana**. São Paulo: Vetor, 2015.

REALE JÚNIOR. Miguel. **Direito penal parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

SOUZA, Edinilsa Ramos de; ASSIS, Simone Gonçalves de; ALZUGUIR, Fernanda de Carvalho Vecchi. Estratégias de atendimento aos casos de abuso sexual infantil: um estudo bibliográfico. Rev. Bras. Saude Mater. Infant., Recife, v.2, n.2, mai./ago., 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1519-38292002000200003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-38292002000200003)>. Acesso em: 03 de maio de 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TRIVIÑOS, A. N. S. **Introdução à pesquisa em Ciências Sociais: a pesquisa qualitativa em educação**. São Paulo: Atlas, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.