

COORDENAÇÃO
Fabrício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
Sérgio Henriques Zandona Freitas

ORGANIZADORES
Caroline Amorim Costa
Cristian Kiefer Da Silva
Cintia Moreira Gonçalves

DIALÉTICA
DE UMA
DEMOCRACIA
CONSTRUIDA
A PARTIR
DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS



Os temas apresentados ao debate são de natureza interdisciplinar e transdisciplinar, visto que os pesquisadores se propuseram a debater questões atuais e de interesse para a sociedade contemporânea, marcada pela diversidade, pluralismo e desigualdades. O debate acerca da judicialização do direito à alimentação adequada; a incidência de ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana; o julgamento da improcedência liminar do pedido; habilidades do advogado na mediação; desafios jurídicos enfrentados pelas cooperativas de crédito no Brasil; lei geral de proteção de dados; a prática de feminicídio contra mulheres trans; política ambiental dos tratados no âmbito da União Européia; criminalização da homofobia; efetividade dos direitos humanos e direitos fundamentais; benefícios assistenciais e previdenciários em razão de doenças mentais; transfusão de sangue de absolutamente incapaz; multiparentalidade; personalidade jurídica do embrião humano; quantificação do dano moral no Brasil e parcerias público-privadas foram os temas discutidos criticamente para evidenciar o drama enfrentado pelos estudiosos do Direito em implementar efetivamente a democracia no âmbito da sociedade civil brasileira. Pensar o direito para além do dogmatismo clássico proporciona aos estudiosos condições de enxergar as mazelas vivenciadas por aqueles sujeitos naturalmente excluídos quanto ao exercício de seus direitos. A curiosidade epistemológica é a mola propulsora utilizada como parâmetro para desconstruir dogmas e ideologias, muitas vezes utilizadas para interpretar os direitos existentes, de modo a excluir parte de seus reais titulares. Na presente obra objetiva-se descortinar a forma de pensar, interpretar e aplicar as normas jurídicas, no contexto de uma dialética democrática que permite a igualdade no que atine ao exercício dos direitos por todos os seus verdadeiros titulares.



Dialética de uma Democracia construída a partir dos Direitos Fundamentais



Comitê Editorial da Série



Filosofia & Interdisciplinaridade

- **Aginaldo Cuoco Portugal**, UNB, Brasil
- **Alexandre Franco Sá**, Universidade de Coimbra, Portugal
- **Christian Iber**, Alemanha
- **Claudio Gonçalves de Almeida**, PUCRS, Brasil
- **Cleide Calgato**, UCS, Brasil
- **Danilo Marcondes Souza Filho**, PUCRJ, Brasil
- **Danilo Vaz C. R. M. Costa**, UNICAP/PE, Brasil
- **Delamar José Volpato Dutra**, UFSC, Brasil
- **Draiton Gonzaga de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Eduardo Luft**, PUCRS, Brasil
- **Ernilo Jacob Stein**, PUCRS, Brasil
- **Felipe de Matos Muller**, UFSC, Brasil
- **Jean-François Kervégan**, Université Paris I, França
- **João F. Hobuss**, UFPEL, Brasil
- **José Pinheiro Pertille**, UFRGS, Brasil
- **Karl Heinz Efken**, UNICAP/PE, Brasil
- **Konrad Utz**, UFC, Brasil
- **Lauro Valentim Stoll Nardi**, UFRGS, Brasil
- **Marcia Andrea Bühring**, PUCRS, Brasil
- **Michael Quante**, Westfälische Wilhelms-Universität, Alemanha
- **Miguel Giusti**, PUCP, Peru
- **Norman Roland Madarasz**, PUCRS, Brasil
- **Nythamar H. F. de Oliveira Jr.**, PUCRS, Brasil
- **Reynner Franco**, Universidade de Salamanca, Espanha
- **Ricardo Timm de Souza**, PUCRS, Brasil
- **Robert Brandom**, University of Pittsburgh, EUA
- **Roberto Hofmeister Pich**, PUCRS, Brasil
- **Tarcílio Ciotta**, UNIOESTE, Brasil
- **Thadeu Weber**, PUCRS, Brasil

Dialética de uma Democracia construída a partir dos Direitos Fundamentais

Coordenação:

Fabício Veiga Costa
Magno Federici Gomes
Sérgio Henriques Zandona Freitas

Organizadores:

Caroline Amorim Costa
Cristian Kiefer da Silva
Cintia Moreira Gonçalves



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Filosofia e Interdisciplinaridade – 116

Este livro recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (Edital nº 03/19 de incentivo para produção científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO), Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado e CEDIS (FCT-PT)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici; FREITAS, Sérgio Henriques Zandonata (Coords.).

Dialética de uma democracia construída a partir dos direitos fundamentais. [recurso eletrônico] / Fabrício Veiga Costa; Magno Federici Gomes; Sérgio Henriques Zandonata Freitas (Coords.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.

474 p.

ISBN - 978-85-5696-808-1

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Dialética; 2. Democracia; 3. Direitos Fundamentais; 4. Direitos Humanos; 5. Brasil; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

*O meu ideal político é a democracia, para que todo o homem
seja respeitado como indivíduo e nenhum venerado.*

Albert Einstein

Sumário

Apresentação	13
Fabrício Veiga Costa	
Magno Federici Gomes	
Sérgio Henriques Zandoná Freitas	
Prefácio.....	16
Deilton Ribeiro Brasil	
1	19
A incidência e a cobrança do ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana: uma análise à luz da competência tributária	
Saulo Domingos de Oliveira Filho	
Rayssa Rodrigues Meneghetti	
2.....	37
Aspectos processuais e constitucionais sobre o julgamento de improcedência liminar do pedido no novo código de processo civil	
Fabrício Veiga Costa	
Maurício Gomes Pereira França	
Nara Bahia Vasconcelos	
3.....	61
Habilidades do advogado na mediação	
Graciane Rafisa Saliba	
Helena de Oliveira Diniz	
Sônia Cristina Fagundes Malta	
4.....	95
A possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada	
Fabrício Veiga Costa	
Sérgio Henriques Zandoná Freitas	
Gilson Fernando da Silva	

5.....	158
As características e o regime jurídico das cooperativas e o cooperativismo de crédito no Brasil	
Daniela Carla de Almeida Resende	
Fabício Veiga Costa	
Magno Federici Gomes	
6.....	183
Lei geral de proteção de dados, os poderes (i)limitados de acesso de dados do estado penal e a responsabilidade civil dos agentes portadores de dados: uma proposta necessária de interpretação diferenciada da responsabilidade civil na LGPD como garantia de proteção de direitos fundamentais contra o Estado	
Hudson de Oliveira Cambraia	
7.....	208
O feminicídio em relação à transexualidade	
Caroline Amorim Costa	
Jennifer Cristina de Carvalho	
Júlio Ramos de Souza	
Manuela Garces Bitarães Lataliza	
Naiane Rezende	
Simone de Almeida Oliveira Ramos	
8	224
Uma releitura da política ambiental dos tratados no âmbito da união europeia	
Deilton Ribeiro Brasil	
Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira	
9.....	235
Criminalização da homofobia como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais da população LGBTQ+	
Victor Ireneo Evangelista	
Cristian Kiefer da Silva	
10	277
Breves considerações sobre as inserções dos direitos fundamentais e humanos nas constituições brasileiras	
Lilian Mara Pinhon	

11.....	302
Doenças contemporâneas da psique - depressão e síndrome do pânico - e a (in)exigência de perícia especializada para fins de concessão de benefícios assistenciais e previdenciários	
Caroline Gentil Rodrigues	
12	342
Transfusão sanguínea de absolutamente incapaz, liberdade religiosa dos genitores e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no HC 268.459-SP	
Cíntia Moreira Gonçalves	
Fabício Manoel Oliveira	
13	365
Uma breve análise da multiparentalidade e suas repercussões no direito pátrio	
Caroline Amorim Costa	
Lara Carolina Anjos Araújo	
Rafaela Oliveira Pontes	
Raphael Caetano Rodrigues Silva	
14	390
A problemática jurídico-legal da quantificação do dano moral no Brasil: um estudo sob a ótica da natureza jurídica do dano moral individual e coletivo	
Andréia González Dias	
Fabício Veiga Costa	
Rayssa Rodrigues Meneghetti	
15	412
As parcerias público-privadas como um mecanismo de combate aos problemas da educação infantil: uma análise das UMEIs de Belo Horizonte	
Daniel Cunha Coelho	
Raphael Moreira Maia	
16	434
A relevância da teoria da associação diferencial em Sutherland para uma melhor compreensão dos crimes de colarinho branco	
Gabriel Xavier Nunes Vasconcelos	
Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais	
Sobre os coordenadores	473

Apresentação

*Fabrcio Veiga Costa*¹

*Magno Federici Gomes*²

*Srgio Henriques Zandona Freitas*³

O livro intitulado **“Dialtica de uma Democracia Construda a partir dos Direitos Fundamentais”** é um projeto interinstitucional que envolve docentes, discentes e demais pesquisadores das seguintes instituies de Ensino Superior: curso de graduao em Direito da **FAMINAS-BH** e **FPL** – Fundao Pedro Leopoldo; curso de graduao e ps-graduao *lato sensu* da **FAPAM** – Faculdade de Par de Minas; cursos de ps-graduao *stricto sensu*, nvel mestrado e doutorado em Direito da **Universidade de Ituna**; **Escola Superior Dom Helder Cmara**; ps-graduao *stricto sensu* em Direito, nvel mestrado, da Universidade **FUMEC**.

¹ Doutor em Direito – Pucminas. Ps-Doutor em Educao – UFMG. Ps-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Ps-Graduao Stricto Sensu em Proteo em Direitos Fundamentais da Universidade de Ituna. Professor da Graduao em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE- CV: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

² Estgio Ps-doutoral em Direito Pblico e Educao pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estgios Ps-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Ctedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educao pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentvel na Escola Superior Dom Helder Cmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Scio do Escritrio Moraes & Federici Advocacia Associada. Lder do Grupo de Pesquisa: Regulaao Ambiental da Atividade Econmica Sustentvel (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigao & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Ncleo de Estudos sobre Gestao de Polticas Pblicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurdica/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. E-mail: federici@pucminas.br

³ Coordenador e docente do Programa de Ps-Graduao Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurdica Meritum FUMEC. Ps-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Assessor Judicirio no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br

A referida obra foi construída com fomento do **CNPQ** (Chamada 2018) e da **Escola Superior Dom Helder Câmara** (Edital nº 03/19 de incentivo para produção científica), evidenciando a seriedade dos trabalhos publicados e o compromisso dos estudiosos com o progresso da ciência jurídica. O ponto central do debate proposto funda-se nos dilemas jurídicos que permeiam a implementação da democracia no Brasil, especialmente em razão dos desafios enfrentados no que atine ao exercício dos direitos fundamentais expressamente previstos no plano constituinte e instituinte.

Os temas apresentados ao debate são de natureza interdisciplinar e transdisciplinar, visto que os pesquisadores se propuseram a debater questões atuais e de interesse para a sociedade contemporânea, marcada pela diversidade, pluralismo e desigualdades. O debate acerca da judicialização do direito à alimentação adequada; a incidência de ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana; o julgamento da improcedência liminar do pedido; habilidades do advogado na mediação; desafios jurídicos enfrentados pelas cooperativas de crédito no Brasil; lei geral de proteção de dados; a prática de feminicídio contra mulheres trans; política ambiental dos tratados no âmbito da União Européia; criminalização da homofobia; efetividade dos direitos humanos e direitos fundamentais; benefícios assistenciais e previdenciários em razão de doenças mentais; transfusão de sangue de absolutamente incapaz; multiparentalidade; personalidade jurídica do embrião humano; quantificação do dano moral no Brasil e parcerias público-privadas foram os temas discutidos criticamente para evidenciar o drama enfrentado pelos estudiosos do Direito em implementar efetivamente a democracia no âmbito da sociedade civil brasileira.

Pensar o direito para além do dogmatismo clássico proporciona aos estudiosos condições de enxergar as mazelas vivenciadas por aqueles sujeitos naturalmente excluídos quanto ao exercício de seus direitos. A curiosidade epistemológica é a mola propulsora utilizada como parâmetro para desconstruir dogmas e ideologias, muitas vezes

utilizadas para interpretar os direitos existentes, de modo a excluir parte de seus reais titulares.

Na presente obra objetiva-se descortinar a forma de pensar, interpretar e aplicar as normas jurídicas, no contexto de uma dialética democrática que permite a igualdade no que atine ao exercício dos direitos por todos os seus verdadeiros titulares.

Prefácio

*Deilton Ribeiro Brasil*¹

Tenho aqui a importante tarefa de prefaciar este trabalho que é fruto da colaboração acadêmica entre importantes Instituições de Ensino Superior, entre elas, a FAMINAS-BH, FPL - Fundação Pedro Leopoldo; FAPAM - curso de graduação e pós-graduação *lato sensu* da Faculdade de Pará de Minas; Universidade de Itaúna - cursos de pós-graduação *stricto sensu*, nível mestrado e doutorado em Direito; ESDHC - Escola Superior Dom Helder Câmara - pós-graduação *stricto sensu* em Direito, nível mestrado e doutorado e FUMEC - pós-graduação *stricto sensu* em Direito, nível mestrado levadas a efeito pelos pesquisadores Caroline Amorim Costa, Cristian Kiefer da Silva e Cíntia Moreira Gonçalves que o Organizaram, somados à Fabrício Veiga Costa, Magno Federici Gomes e Sérgio Henriques Zandona Freitas que o Coordenaram. O livro é uma obra de fôlego e de ímpar relevância para a comunidade jurídica com o verbete “Dialética de uma Democracia Construída a partir dos Direitos Fundamentais”, é composto, de trabalhos que passaram por uma criteriosa seleção por parte dos Organizadores e Coordenadores, por se constituírem como importante contribuição por agregarem a mesma área de indagação científica.

Os Organizadores e os Coordenadores, conhecidos pesquisadores de nosso meio acadêmico, têm o seu *cv* resumido acostado às folhas inaugurais da obra, cuja leitura já nos dá mostra da qualidade de suas carreiras

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho-RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE-AFYA). CV: <http://lattes.cnpq.br/1342540205762285>.

e no que apostaram aqui discorrer. A este time, vieram em diapasão muito diferenciado, os trabalhos de Saulo Domingos de Oliveira Filho e Rayssa Rodrigues Meneghetti “A incidência e a cobrança do ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana: uma análise à luz da competência tributária”; Fabrício Veiga Costa, Maurício Gomes Pereira França e Nara Bahia Vasconcelos “Aspectos processuais e constitucionais sobre o julgamento de improcedência liminar do pedido no novo código de processo civil”; Graciane Rafisa Saliba, Helena de Oliveira Diniz e Sônia Cristina Fagundes Malta “Habilidades do advogado na mediação”; Fabrício Veiga Costa, Sérgio Henriques Zandona Freitas e Gilson Fernando da Silva “A possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada”; Daniela Carla de Almeida Resende, Fabrício Veiga Costa e Magno Federici Gomes “As características e o regime jurídico das cooperativas e o cooperativismo de crédito no Brasil”; Hudson de Oliveira Cambraia “Lei geral de proteção de dados, os poderes (i)limitados de acesso de dados do Estado penal e a responsabilidade civil dos agentes portadores de dados: uma proposta necessária de interpretação diferenciada da responsabilidade civil na LGPD como garantia de proteção de direitos fundamentais contra o Estado”; Caroline Amorim Costa, Jennifer Cristina de Carvalho, Júlio Ramos de Souza, Manuela Garces Bitarães Lataliza e Naiane Rezen-de. Simone de Almeida Oliveira Ramos “O feminicídio em relação à transexualidade”; Deilton Ribeiro Brasil e Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira “Uma releitura da política ambiental dos tratados no âmbito da União Europeia”; Victor Ireneo Evangelista e Cristian Kiefer da Silva “Criminalização da homofobia como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais da população LGBTQ+”; Lilian Mara Pinhon “Breves considerações sobre as inserções dos direitos fundamentais e humanos nas Constituições brasileiras”; Caroline Gentil Rodrigues “Doenças contemporâneas da psique – depressão e síndrome do pânico – e a (in)exigência de perícia especializada para fins de concessão de benefícios assistenciais e previdenciários”; Cíntia Moreira Gonçalves e Fabrício Manoel Oliveira “Transfusão sanguínea de absolu-

tamente incapaz, liberdade religiosa dos genitores e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no HC nº 268.459-SP”; Caroline Amorim Costa, Lara Carolina Anjos Araújo, Rafaela Oliveira Pontes e Raphael Caetano Rodrigues Silva "Uma breve análise da multiparentalidade e suas repercussões no direito pátrio”; Andréia Gonçalves Dias, Fabrício Veiga Costa e Rayssa Rodrigues Meneghetti “A problemática jurídico-legal da quantificação do dano moral no Brasil: um estudo sob a ótica da natureza jurídica do dano moral individual e coletivo”; Daniel Cunha Coelho e Raphael Moreira Maia “As parcerias público-privadas como um mecanismo de combate aos problemas da educação infantil: uma análise das UMEIS de Belo Horizonte; e, por fim, Gabriel Xavier Nunes Vasconcelos e Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais "A relevância da teoria da associação diferencial em Sutherland para uma melhor compreensão dos crimes de colarinho branco".

O resultado é uma obra rica para aqueles que se interessam pelas mais variadas questões afetas à dialética de uma Democracia construída a partir dos Direitos Fundamentais e vão desde a abordagem em torno de aspectos processuais constitucionais do Código de Processo Civil de 2015, a possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada; releitura da política ambiental dos tratados no âmbito da União Europeia e atribuição de personalidade jurídica ao embrião como concretização do princípio da dignidade humana entre outros temas instigantes.

A obra, bem organizada e coordenada, fará agregar contribuição acadêmica importante nos estudos jurídicos na seara, bem como, por evidente, no próprio somatório dos estudos científicos tão necessários em nosso país.

Boa leitura a todos!

Barbacena-MG, 20 de março de 2020.

A incidência e a cobrança do ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana: uma análise à luz da competência tributária

*Saulo Domingos de Oliveira Filho*¹

*Rayssa Rodrigues Meneghetti*²

1. Introdução

A economia colaborativa associada ao desenvolvimento tecnológico é uma realidade na sociedade moderna. Aplicativos que intermedeiam serviços, como Uber, Cabify e 99Pop, por exemplo, surgem para modificar as relações de prestação de serviços e, conseqüentemente, as relações jurídicas oriundas destas.

De maneira a esclarecer a temática, o presente artigo pretende abordar o impacto tecnológico sobre a economia colaborativa na atualidade, a maneira como a tecnologia é fundamental para o desenvolvimento econômico moderno, bem como as características específicas dos serviços de mobilidade urbana intermediada por aplicativos.

Posteriormente, será analisada a relação jurídica de caráter tributário sobre tais serviços, de maneira mais característica sobre o Imposto Sobre Serviços (ISS), bem como sua incidência e competência, tratando-se, em específico, do serviço intermediado por aplicativos de mobilidade

¹Graduada em Direito pela Faculdade de Minas – FAMINAS-BH. E-mail: sdomingosfilho@gmail.com

²Doutoranda e Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – UIT. Especialista em Direito Processual e Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Professora da Faculdade de Minas – FAMINAS-BH. E-mail: rayssa-rm@hotmail.com

urbana à luz da Lei Complementar 116/03 e da atual lacuna legislativa referente a estes serviços.

Objetiva-se, com a presente temática, apresentar uma possível solução à lacuna legislativa, no que se refere, especificamente, a incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) no caso de serviços de mobilidade urbana intermediados por aplicativos, demonstrando a ineficácia da aplicabilidade da regra apresentada pela Lei Complementar 116/03, que estipula que o imposto será devido no município sede da empresa prestadora e não onde o serviço é efetivamente prestado.

O tema abordado é de vital importância para o direito e para a economia, haja vista as constantes mudanças jurídicas e econômicas advindas do desenvolvimento contínuo da tecnologia. A pesquisa do tema propicia a discussão sobre a influência da tecnologia na economia, bem como esclarece sobre os impactos desta no campo do direito, não somente em relação aos aplicativos de mobilidade urbana, mas também sobre atividades promovidas por diferentes startup's, vislumbrando sobre como o direito, em especial o direito tributário, pode se posicionar para regulamentar tais atividades.

A pesquisa fundamentou-se na metodologia teórico bibliográfica e no método hipotético-dedutivo, pelo qual é plausível, através de uma profunda análise de diversas hipóteses, amoldar-se a solução para problemática proposta.

2. O desenvolvimento tecnológico e a economia colaborativa

Indubitavelmente, os marcos da história da humanidade se deram através de inovações tecnológicas. O surgimento da escrita como meio de comunicação e a conexão global pela internet são exemplos de tecnologias que modificaram a maneira como o homem se relaciona.

Atualmente, o constante desenvolvimento tecnológico afeta as relações negociais, jurídicas e econômicas. A economia colaborativa ou *sharing economy* é hoje fruto desse desenvolvimento.

Não é possível determinar quando o termo *sharing economy* necessariamente surgiu. Apesar de controvérsias, muitos atribuem seu primeiro uso a LESSIG (2008). Em suas palavras, “de todos os possíveis termos de troca dentro da *sharing economy*, o único termo que não é apropriado é dinheiro” (2008, p. 118). Segundo Lawrence Lessig, a essência do termo abarca as interações que não envolvem dinheiro, mas sim uma relação entre os envolvidos, como amizade, amor, companheirismo, etc. Para ele, o paradigma da *sharing economy* seria a Wikipédia, pois “Seus contribuidores não são motivados pelo dinheiro, mas sim pela diversão e alegria do que eles estão fazendo” (LESSIG, 2008, p. 162).

O grupo econômico The People Who Share assim definiu o termo economia colaborativa:

Um ecossistema socioeconômico construído em torno do compartilhamento de recursos físicos e humanos. Ele inclui o compartilhamento da criação, produção, distribuição, troca e consumo de bens e serviços por diferentes pessoas e organizações. [...] A Sharing Economy engloba os seguintes aspectos: troca, aquisição partilhada, consumo partilhado, posse partilhada, valor partilhado, cooperativas, cocriação, reciclagem, redistribuição, troca de bens usados, aluguel, empréstimos de bens, economia colaborativa peer-to-peer, collaborative economy, economia circular, economia ‘pay-as-you-use’, wiki-nomics, microfinanciamento, microempreendimento, mídias sociais, empresas sociais, crowdfunding, open source, open data e user generated content. (THE PEOPLE WHO SHARE, 2016)

A expansão do desenvolvimento tecnológico transforma e substitui as formas de produção e organização da economia. Pelo demonstrado, a economia compartilhada revoluciona a dinâmica de mercado e as relações consumeristas. Termos como compartilhamento, empréstimo e troca são cada vez mais utilizados na economia atual.

Contudo, não é como se tais relações não existissem antes no mercado. Desde os tempos antigos, as relações de consumo ocorriam, essencialmente, por meio das trocas, do escambo, do compartilhamento da produção própria e do artesanato. Com a Revolução Industrial a produção em escala e a especialização do trabalho, outra forma de

negociação de mercadorias, ganhou espaço, ou seja, a das relações de troca comerciais em que empresas, que detinham dos meios de produção, forneciam bens em troca de dinheiro e não mais favores ou outros objetos. Não que esta modalidade econômica ainda não existisse, mas somente ganhou escala e difundiu-se mundialmente a partir da transformação das sociedades em sociedades produtoras (BAUMAN, 2008, p.33).

Após a terceira Revolução Industrial, marcada pelo advento da tecnologia, a conexão entre as pessoas se intensificou, fazendo com que o comércio e o mercado ocorressem em escala global. Atualmente o mercado de consumo não acontece somente no espaço geográfico, mas também no espaço virtual.

O novo comércio ocorre no ciberespaço, um meio eletrônico muito distante do mercado delimitado geograficamente. A mudança no comércio primário do espaço geográfico para o ciberespaço representa uma das maiores mudanças na organização humana e precisa ser entendida adequadamente, na medida em que traz consigo grandes mudanças na própria percepção humana e da comunicação social. Provavelmente, em nenhum lugar, essas mudanças terão um impacto maior que em nossas noções de propriedade. (RIFKIN, 2001, p.45)

Novas formas de economia colaborativa surgiram recentemente, conferindo ao mercado uma nova dinâmica de comércio. O espaço cibernético se tornou na contemporaneidade um dos principais locais onde o comércio se realiza.

A tecnologia é elemento primordial no desenvolvimento econômico, sendo possível identificar como seu avanço afetou e afeta os mais variados mercados em diferentes épocas, especialmente do ponto de vista consumerista, permitindo organizações cada vez mais eficientes, sustentáveis e dinâmicas. Tais práticas, a seu turno, constituem-se por transações de compartilhamento, empréstimo, aluguel, doação, trocas e escambo. Possibilita a monetização do excesso e da ociosidade dos esto-

ques individuais, promovendo um novo modelo econômico que permite a diversificação da fonte de renda das pessoas (BOTSMAN,2011,p.55).

O que é inovador a respeito da colaboração contemporânea é que representa uma forma de mercado em que estranhos, ao invés de espécies de comunidades conectados pela internet, trocam bens e serviços. A economia colaborativa atual cria novos meios de proporcionar o acesso a bens e serviços e oportunidades para aquilo que é chamado consumo conectado (SCHOR, 2009, p. 23).

Com o expandir de uma nova forma de mercado, atrelada a falta de legislação específica, bem como a popularização dos *smarphones*, empresas se utilizaram da economia colaborativa para criar novos nichos de mercado, e a prestar serviços de maneira inovadora.

O transporte urbano intermediado por uma empresa de mobilidade, que não possui nenhum veículo e conecta um prestador a um cliente é um dos marcos característicos da economia colaborativa.

3. Características de aplicativos de mobilidade urbana

A economia colaborativa modificou drasticamente as relações de mercado. Diferentes espécies de serviços, dentre eles os de mobilidade urbana, surgiram nesse novo cenário.

Startup's de mobilidade urbana como Uber, 99Pop e Cabify, intermediam a relação entre um motorista, interessado em prestar um serviço, e um cliente interessado em se mover de um local a outro.

Na cidade de Paris, Travis Kalanick e Garrett Camp não conseguiram encontrar um táxi. Foi assim que surgiu a ideia da Uber. A Uber iniciou sua operação com uma pequena equipe composta de apenas quatro pessoas e dois carros na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos, realizando sua primeira corrida em junho de 2010. A principal característica da empresa é ser uma startup de intermediação de compartilhamento pago de automóveis ou aplicativo de carona paga, oferecendo um serviço que consiste no estabelecimento de uma conexão

entre motoristas profissionais e pessoas interessadas em contratá-los para uma corrida imediata através de sistema de georreferenciamento (GPS), fazendo uso de site ou aplicativo de smartphones para solicitação do serviço e pagamento via cartão de crédito, (atualmente também em dinheiro) com possibilidade de avaliação do motorista e usuário ao final da corrida (MENDES, CEROY, 2015, p. 07).

Segundo os termos de uso da empresa Uber, seus serviços integram uma plataforma de tecnologia que permite aos usuários de aplicativos móveis ou sítios de Internet da Uber, fornecidos como parte dos serviços, através dos aplicativos, providenciar e programar serviços de transporte e/ou logística e/ou compra de certos bens com terceiros provedores independentes desses serviços. A empresa esclarece que seus clientes devem reconhecer que a Uber não é fornecedora de bens, e não presta nenhuma espécie de serviço de transporte ou logística e que esses serviços são prestados por terceiros, independentes que não são seus empregados.

A Uber é hoje uma das maiores empresas de economia compartilhada do mundo, tanto pela sua atuação em diversos países ao redor do globo, quanto em termos financeiros, possuindo um valor de mercado de cerca de 52,8 bilhões de dólares no ano de 2019.

Como em todo ambiente econômico, a disputa pelo mercado consumidor se configura também na economia compartilhada. Assim como a Uber, diversas empresas de mobilidade urbana como Cabify e 99Pop, que atuam de maneira semelhante, objetivam serem escolhidas para intermediar serviços de transporte urbano, o que promove, mesmo na economia compartilhada, benefícios ao cliente consumidor.

Destarte, convém destacar a importância da atuação de empresas de mobilidade para o transporte urbano brasileiro. O transporte público precário, abarrotado e ineficiente em diversas cidades do país, por vezes leva o brasileiro a optar por comprar um veículo próprio, o que ocasiona ainda mais congestionamento nas vias nacionais. O transporte gerenciado por aplicativos pode ser uma solução para essa questão, promovendo

mais conforto, praticidade e agilidade à pessoa que deseja se deslocar nas grandes cidades brasileiras, além de diminuir o número de veículos nas vias, facilitando os estacionamentos e diminuindo até mesmo a produção de gases nocivos a atmosfera.

A mobilidade urbana está intimamente atrelada ao desenvolvimento e configuração das cidades. Luís Alberto Esteves, economista-chefe do CADE assevera:

Uma forma de suplantiar alguns problemas na avaliação dos impactos de modificações nos mercados de transporte individual de passageiros é por meio da análise de equilíbrio urbano, visto que a análise de equilíbrio parcial desconsidera um elemento teórico básico da literatura sobre economia urbana: as variações nos custos de deslocamento dentro das áreas urbanas podem alterar (direta e/ou indiretamente) a configuração das cidades, bem como o uso e a ocupação do solo urbano. Em suma, podem afetar outras variáveis relevantes do espaço urbano, tais como os preços dos imóveis, dos aluguéis residenciais e até mesmo a taxa de crescimento e espraiamento das cidades (sprawl urbano). (ESTEVES, 2015, p. 12)

Dada a importância dos serviços de mobilidade urbana intermediados por aplicativos, se faz necessário ao Estado brasileiro regulamentar tais atividades. Nesse sentido, continua Luiz Alberto Esteves:

Finalmente, é necessário discutir a regulação do mercado de transporte individual de passageiros, visto que não há elementos econômicos que justifiquem a proibição de novos prestadores de serviços de transporte individual. Além disso, elementos econômicos sugerem que, sob uma ótica concorrencial e do consumidor, a atuação de novos agentes tende a ser positiva. (ESTEVES, 2015, p.48)

Conforme demonstrado, a economia colaborativa e os serviços de mobilidade urbana intermediado por aplicativos, tem a capacidade de afetar não só as relações econômicas, mas também as relações sociais e jurídicas, devendo ser objeto de estudo pelo Estado a regulamentação desses serviços, almejando a adequação destes ao novo cenário econômico emergente.

Ante o novo paradigma econômico, os municípios, amparados pela ausência de norma regulamentadora específica sobre a mobilidade urbana intermediada por aplicativos, tem pleiteado para si, conforme demonstrado a seguir, a incidência do ISS sobre esses serviços.

4. Imposto sobre serviço de qualquer natureza

O Imposto Sobre Serviços é um imposto de caráter predominantemente fiscal, ou seja, não apresenta uma destinação específica aos valores arrecadados, podendo o ente competente utilizar do valor arrecadado para diferentes finalidades.

Segundo o professor Hugo Brito Machado: “Tributo com função fiscal é aquele cuja finalidade principal é a de obter recursos para o orçamento da entidade estatal correspondente” (2018, p. 64).

No mesmo sentido afirma Eduardo Sabbag: “Os impostos fiscais são aqueles que, possuindo intuito estritamente arrecadatório, devem prover de recursos o Estado” (2017, p. 560).

A doutrina nos tem esclarecido sobre o que caracteriza estes impostos, sendo necessário o atendimento a dois principais requisitos para a válida incidência e cobrança do ISS: (i) tratar-se, efetivamente, de serviço, para o que se exige a existência de obrigação de fazer a constituir a finalidade da contratação (atividade-fim) e (ii) estar esse serviço na lei complementar do ISS, a qual admite interpretação extensiva de seus subitens, respeitada a essência e a natureza dos serviços ali elencados (BARRETO, 2016, p. 56).

De acordo com Fernandino Aires Barreto o elemento fundamental que caracteriza o ISS é justamente a efetiva prestação de um serviço, vinculada a obrigação de fazer com uma finalidade específica, estando a natureza desse serviço elencada, cabendo interpretação extensiva na Lei Complementar 116/2003.

Paulo de Barros Carvalho esclarece critérios que definem o Imposto Sobre Serviços, sendo estes: (i) critério material: prestar serviços de

qualquer natureza, excetuando-se os serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação; (ii) critério espacial: território municipal; (iii) critério temporal: momento da prestação de serviço; e como consequências, (iv) critério pessoal: sujeito ativo: Município e sujeito passivo: prestador do serviço; (v) critério quantitativo: base de cálculo: preço do serviço e alíquota é aquela prevista na lei (CARVALHO, 2015, p.792).

De maneira complementar, Fernandino Aires Barreto elucidada:

Só é serviço tributável, destarte, o esforço humano com conteúdo econômico. Somente aqueles fatos que tenham real conteúdo econômico poderão ser erigidos em materialidade da hipótese de incidência do ISS, dado que é a dimensão econômica de cada fato que irá permitir que a sua ocorrência concreta dimensione, de alguma maneira, o tributo, e, portanto, possa ser reconhecida como indício de capacidade econômica. (BARRETO, 2016 p. 30)

Analisando os critérios apresentados pelos doutrinadores, é inquestionável à devida incidência do ISS que o fato gerador deste é a prestação de qualquer serviço de finalidade econômica, excluindo aqueles em que é devido o ICMS, se tratando de transporte interestadual, intermunicipal e de comunicação. São apresentados também outros critérios de inestimável relevância, como a definição dos sujeitos ativos e passivos da relação tributária, o momento em que o serviço é prestado bem como o caráter espacial, que define o território municipal como o competente a recolher o tributo, conforme apresentado pelo texto constitucional em seu artigo 156 inciso III:

Art.156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;

A Lei Complementar 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos municípios e do Distrito Federal, objetiva regulamentar e estabelecer critérios à incidência do ISS, esclarecendo em seu Artigo 1º:

Art. 1- O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

É de vital importância salientar que os serviços prestados sujeitos a incidência de ISS devam estar presentes em lista anexa da referida Lei Complementar, contudo conforme entendimento do STJ em tese jurisprudencial, cabe interpretação extensiva a estes serviços, conforme exposto:

A listagem de serviços que constituem fatos geradores do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN (anexa ao Decreto-Lei n. 406/1968 e à Lei Complementar n. 116/2003) comporta interpretação extensiva para abarcar os serviços congêneres àqueles previstos taxativamente. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 132)

Através da análise legal, doutrinária e jurisprudencial percebe-se que o Imposto Sobre Serviços é de competência municipal e do Distrito Federal e está condicionado a obrigação de fazer algo, consubstanciado na prestação de qualquer serviço (fato gerador) de caráter econômico constante na lista anexa, a esta cabendo interpretação extensiva, tendo como sujeito ativo o município ou Distrito Federal e como sujeito passivo o prestador de serviços.

5. Ausência de regulamentação da Lei 116/03 sobre aplicativos de mobilidade urbana e alterações trazidas pela lei 157/16

Diante do desenvolvimento tecnológico e das relações negociais, surgiram, conseqüentemente, novas demandas obrigacionais e a oferta de diferentes espécies de serviços tem se intensificado nos últimos anos. O serviço de mobilidade urbana intermediado por aplicativos e prestado por um terceiro é um exemplo claro de tais inovações.

Através da análise das características do ISS, é inegável o fato de que os serviços de mobilidade urbana intermediados por aplicativos estão sujeitos à incidência deste. Contudo, é relevante destacar que a particularidade deste serviço é que ele não é prestado diretamente pela empresa intermediadora, mas sim por um terceiro. Por possuir essa característica ímpar, tal serviço ainda não se encontra devidamente regulamentado pela Lei Complementar 116/2003 e seus anexos.

Ciente das mudanças advindas de novas relações obrigacionais, e de outros serviços, como streaming, que não estão intimamente ligados à obrigação de fazer, buscou o legislador, através da Lei Complementar 157/2016, ampliar o rol de serviços sujeitos a incidência do ISS, podendo os serviços intermediados por aplicativos se enquadrarem no item 10.02 da lista de serviços da Lei Complementar 116/2003. 10.02 – Agenciamento, corretagem ou intermediação de títulos em geral, valores mobiliários e contratos quaisquer.

Os municípios têm promovido a incidência do ISS sobre aplicativos de mobilidade urbana enquadrando-o no item supramencionado, que de acordo com a respectiva lei é devido ao município sede da empresa:

Art. 30 O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local:(...)

O próprio texto legal nos esclarece a definição de estabelecimento constante na LC 116/2003:

Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante para caracterizá-los as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

Contudo, diversos municípios e parlamentares tem debatido recentemente que a incidência do ISS deverá recair onde o serviço é devidamente prestado, e não no município sede da empresa, haja vista o caráter específico do serviço intermediado por aplicativos de mobilidade urbana, que é prestado em todo o território nacional e as empresas possuem sede em apenas um município.

6. A incidência de iss no transporte urbano intermediado por aplicativos

Apesar das recentes discussões sobre o recolhimento do ISS incidente sobre serviços de mobilidade urbana intermediados por aplicativos, o imposto é recolhido no município sede da empresa, contudo o debate ainda persiste sobre qual município deverá ser competente para recolher o tributo: o município sede da empresa ou o município onde o serviço é efetivamente prestado.

Sob essa perspectiva se faz relevante retomar preceitos básicos caracterizadores dos tributos e dos serviços sujeitos à tributação, em destaque o caráter espacial. Geraldo Ataliba, determina o aspecto espacial como “(...) a indicação de circunstâncias de lugar, contidas explicita ou implicitamente na hipótese de incidência, relevantes para a configuração do que convencionou chamar ‘fato imponible’.” (ATALIBA, 2012, p. 104).

Fernandino Aires Barreto elucida:

(...) o arquétipo constitucional do tributo estabelece que a circunstância relevante para a ocorrência do fato imponible é a prestação do serviço e não o local onde está estabelecido o prestador do serviço tributado”. (BARRETO, 2016, p.45)

É possível concluir que o fato determinante para incidência do ISS é exatamente onde o serviço é efetivamente prestado e não o local onde está estabelecido o prestador do serviço tributado. Da mesma forma concorda Marçal Justem Filho:

(...) E não há como opor a isso o raciocínio de existirem situações onde há dificuldade de apuração do local em que o fato impositivo ocorreu. Essa dificuldade só pode ser do intérprete desavisado ou desaparelhado. Com isto, o fato impositivo do ISS ocorre no local onde há execução de prestação de serviço, qualificável como adimplemento a uma obrigação de fazer."(JUSTEM FILHO, 1985, p.147)

Diferentemente dos autores supramencionados, Geraldo Ataliba considera relevante para indicar a incidência de determinado tributo a menção legal do aspecto espacial que determinará este, e não apenas, como no caso do ISS, o local onde o serviço é prestado:

(...) a indicação de circunstâncias de lugar, contidas explícita ou implicitamente na h.i, relevantes para a configuração do fato impositivo. (...) o aspecto espacial tem, além disso, âmbito específico, quando abrange o próprio local físico onde a lei reputa consumado o fato impositivo. Quando a lei menciona estabelecimento, depósito, filial, sucursal, etc., está fixando condições de situação do fato impositivo relevantes para se qualificar a incidência e a isenção, conforme o caso. (ATALIBA, 2003, p.14)

Percebe-se a divergência dos doutrinadores quanto a competência tributária municipal e quanto ao local onde deverá ser recolhido o tributo. No caso de serviços de mobilidade intermediados por aplicativos tal discussão se torna ainda mais complexa, pois, conforme exposto por Ataliba, esses serviços não se encontram dispostos explicitamente no texto legal, podendo se aplicar a regra geral. Tal fato se agrava, pois, cabe aos municípios, conforme preceitua a Constituição, através de lei ordinária, definir quais serviços estarão sujeitos à tributação, da maneira como ensina Eduardo Sabbag:

Em face do princípio da estrita legalidade tributária (art. 150, I da CF; art. 97 do CTN), para que os Municípios possam cobrar o ISSQN dos prestadores de serviços, devem instituí-lo por meio de lei ordinária própria, ou poderá adotar todos os itens da Lista de Serviços anexa à lei complementar, ou apenas alguns deles, sendo-lhes, porém, defeso criar serviços não previstos nessa norma complementar, sob pena de inconstitucionalidade (SABBAG, 2015, p.1091)

Em caráter excepcional, de acordo com Portal Tributário, alguns municípios têm cobrado diretamente do motorista que presta o serviço, e não da empresa intermediadora, os valores referentes ao recolhimento do ISS.

Deveras discussões, de acordo com a Agência Senado atualmente o imposto é recolhido no município onde está sediada a empresa. O Superior Tribunal de Justiça em tese jurisprudencial assim assevera:

A partir da vigência da Lei Complementar n. 116/03, a competência tributária ativa para a cobrança do ISSQN recai sobre o município em que o serviço é efetivamente realizado, desde que, no local, haja unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/73 - Temas 354 e 355)

Hoje as empresas Uber, Cabify e 99Pop estão sediadas em São Paulo. Em 2017, a Uber pagou R\$ 972 milhões em ISS. É incontestável o deslumbrante valor pago por somente uma startup de mobilidade urbana a somente um município, que concentrou a arrecadação de um serviço prestado em todo território nacional. É evidente, que a regra estabelecida pelo Art. 3º da LC 116/2003 é ineficiente ao determinar o local de incidência do ISS no caso de serviços intermediados por aplicativos de mobilidade urbana, haja vista as especificidades do serviço.

A arrecadação em favor de um único município é estritamente contrária a natureza e ao objetivo almejado pelo legislador constituinte ao instituir o ISS. Analisando as características do ISS e seu caráter fiscal sob uma perspectiva jurídico tributária, percebe-se que esta é uma importante fonte de arrecadação, sendo indispensável à manutenção municipal, o que preceitua a incoerência ao se outorgar a um único município a arrecadação oriunda de serviços intermediados por aplicativos de mobilidade.

7. Considerações finais

Com o advento da economia colaborativa, incentivada pelo desenvolvimento tecnológico, é evidente o surgir de uma nova dinâmica

negocial, em que aplicativos gerenciados por startup's que intermedeiam serviços entre duas ou mais pessoas, gerando um novo paradigma nas relações prestacionais e obrigacionais.

É então dever do sistema jurídico pátrio acompanhar as mudanças negociais advindas dessas novas relações, criando meios que as regulamentem. Os serviços de mobilidade urbana, intermediados por aplicativos como Uber e Cabify, são um exemplo e uma realidade de tais mudanças.

Assim como as demais discussões sobre o tema e o descortinar de todo um prisma jurídico, negocial e econômico decorrentes da economia colaborativa, se faz mister discorrer sobre o regime jurídico-tributário adequado ao caso.

Os tributos são uma importante fonte de arrecadação e indispensáveis a manutenção dos entes federativos. O Imposto Sobre Serviços, de caráter fiscal, é uma relevante fonte de receita municipal. Com as alterações na LC 116/2003 em 2016 os serviços de mobilidade urbana intermediados por aplicativos se tornaram passíveis à incidência do referido imposto.

Apesar da LC 116/2003 não tratar em específico sobre esse tipo de serviço, aplicou-se conforme demonstrado, a regra geral trazida em seu Art. 3º, em que o ISS será devido no município sede da empresa, e não onde o serviço foi efetivamente prestado. Tal premissa é estritamente contrária ao almejado pelo legislador constituinte ao definir a competência tributária municipal ao recolhimento do ISS, haja vista o volume de serviços prestados e intermediados por aplicativos de mobilidade urbana, bem como serem passíveis de prestação em todos os municípios do vasto território nacional.

Definir um único município, em que o prestador tenha sede, como o competente a recolher o ISS, de um serviço prestado continuamente em todo o território nacional, gera uma arrecadação desequilibrada e até mesmo injusta em detrimento aos demais municípios onde o serviço é prestado. Dadas as características específicas dos serviços intermediados por aplicativos de mobilidade urbana, é determinante considerar à incidência do ISS, o caráter espacial onde o serviço foi devidamente tomado.

À luz das especificidades dos serviços intermediados por aplicativos de mobilidade urbana, se faz necessária medida legal que regulamente esses serviços.

Além da inclusão de tais serviços na lista anexa da LC 116/2003, é necessário que legislador determine que o município competente para recolher o ISS incidente de tais prestações seja o município do tomador do serviço, bem como estabeleça critérios que orientem os municípios, que criarão leis ordinárias, sobre como deve ser efetivada tal cobrança, sob a justificativa constitucional da promoção do ISS em favor de todos os municípios, conforme disposto no artigo 156 da Constituição Federal.

8. Referências

- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. 6. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- BARRETO, Aires Fernandino. **ISS na Constituição e na Lei**. São Paulo. Dialética. 2003.
- BARRETO, Aires Fernandino. **ISS, IOF e Instituições Financeiras**. São Paulo. Noeses. 2016.
- BASSO, Ana; RIBEIRO, Maria; FEITOSA, Raymundo. **A incidência do Imposto Sobre Serviço aos aplicativos de mobilidade urbana**. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/ods65m46/xv41nq79/O13V1QOTEV8KFH3m.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2019.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **O que é meu é seu: Como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo**. Porto Alegre: Bookman, 2011.
- BRASIL. STJ. **Jurisprudência em Teses - STJ. Edição N. 64 Brasília**, 24 de agosto de 2016. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2064%20-%20Impostos%20Municipais%20II%20ISS.pdf. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. **Lei complementar nº 116 de 31 de julho de 2003**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp116.htm. Acesso em: 07 jun. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 45. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito tributário: Linguagem e Método**. São Paulo: Noeses. 2015.

FERREIRA, Karolina Matias; MÉXAS, Mirian Picinini; ABREU, Weniston; MELLO, Priscylla Leventis. **Economia Compartilhada e Consumo Colaborativo: Uma Revisão da Literatura** - Disponível em: http://www.inovarse.org/sites/default/files/T16_369.pdf. Acesso em: 27 nov 2019.

ESTEVES, Luiz Alberto. **Documento de Trabalho 001/2015** – O Mercado de transporte individual privado de passageiros: Regulação Externalidades e Equilíbrio Urbano. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Setembro de 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **O imposto sobre serviços na Constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.

LESSIG, Lawrence. **Remix: Making Art and Commerce Thrive in the Hybrid Economy**. Penguin Press, 2008. Disponível em: <https://archive.org/details/LawrenceLessigRemix>. Acesso em: 14 nov. 2019.

MACHADO, Hugo Brito. **Manual de Direito Tributário**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018

MENDES, F. S.; CEROY, F. M. **Economia Compartilhada e a Política Nacional de Mobilidade Urbana: Uma Proposta de marco regulatório**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado. Novembro/2015). Disponível em: <http://www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 18 nov. 2019.

REIS João; NASCIMENTO Lucas. **A Sharing Economy: Uma Análise dos Modelos de Negócio da Economia de Compartilhamento**. Disponível em :<http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopoli10022824.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

RIFKIN, Jeremy. **A era do acesso: a transição de mercados convencionais para networks e o nascimento de uma nova economia**. São Paulo: Makron Books, 2001.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 10. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHOR, Juliet. **Collaborating and Connecting**: the emergence of the sharing economy. 2014. Disponível em: http://www.bc.edu/content/dam/files/schools/cas_sites/sociology/pdf. Acesso em: 14 nov. 2019.

SILVA, André. **A regra - matriz de incidência tributária e o imposto sobre serviços - ISS** -Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/a-regra-matriz-de-incidencia-tributaria-e-o-imposto-sobre-servicos-iss/>. Acesso em 25 nov. 2019.

THE PEOPLE WHO SHARE. **What Is the Sharing Economy**. 2016. Disponível em: <http://www.thepeoplewhoshare.com/blog/what-is-the-sharing-economy>. Acesso em 14 nov. 2019.

Uber Do Brasil Tecnologia LTDA. **Termos e Condições**. Disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR/legal/terms/br/>. Acesso em: 25 nov. 2019.

RIVEIRA, Carolina. **Uma boa notícia: Uber perde “só” 1,2 bilhão de dólares e receita cresce**. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/uma-boa-noticia-uber-perde-so-12-bilhoes-de-dolares-e-receita-cresce/>. Acesso: 25 nov 2019.

Aspectos processuais e constitucionais sobre o julgamento de improcedência liminar do pedido no novo código de processo civil

*Fabrcio Veiga Costa*¹

*Maurcio Gomes Pereira Franca*²

*Nara Bahia Vasconcelos*³

1. Introdução

Passa-se a promover análises sobre aspectos positivos e negativos da aplicação do artigo 332 do Código de Processo Civil em vigor ao analisá-lo sob o aspecto constitucional no paradigma do Estado Democrático de Direito. Como fio condutor, abordar-se-á o Estado Democrático de Direito em suas premissas basilares.

Em seguida, promove-se análise teórica e funcional dos princípios fundamentais arrolados pelo Legislador infraconstitucional na Lei 13.105/2015. Os apontamentos consignados sobre os referidos princípios têm por objetivo firmar terreno para a abordagem do dispositivo do artigo 332 do Código de Processo Civil.

¹Pós-Doutorado em Educação pela UFMG; Doutorado em Direito Processual Pela PUCMINAS; Mestrado em Direito Processual pela PUCMINAS; Especialização em Direito De Família Pela PUCMINAS; Especialização em Direito Educacional pela PUCMINAS; Especialização em Direito Processual pela PUCMINAS; Graduado em Direito pela UFU. Advogado.

² Mestre em Proteção aos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna; Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

³Pós-Graduanda em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas - FAPAM. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas - FAPAM. Advogada.

A análise do julgamento sumário de improcedência será feita a partir de aspectos constitucionais-processuais. Procedem-se sucinta distinção entre premissas das chamadas Escola Paulista de Processo e Escola Mineira de Processo.

Ao final, pretende-se contribuir para o avanço científico do tema, convidando o leitor à reflexão tanto das premissas referidas quanto sobre a aplicabilidade ou não do dispositivo legal em questão.

Para tanto, foi aplicado o método sistêmico, através de uma pesquisa qualitativa e teórica.

2. Linhas sobre o estado democrático de direito

Nas palavras de Marcelo Cattoni, Estado é a “representação política da nação”. Ao citar Max Weber, Gilmar Mendes retrata a relação entre poder e Estado e sua forma legítima de exercício. Consigna o autor:

O Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas (MENDES, 2009, p. 61).

Na literatura jurídica em geral, é possível perceber que a definição de *Estado* acaba por permeá-la na noção de poder. A forma com que esse poder é exercido vai aproximar ou afastar o Estado do *Direito*. O sistema *check and balance* serve ao fim de evitar abusos no exercício do poder, que por vezes se traveste de *exercício regular do direito*, conforme prelecionou José Alfredo de Oliveira Baracho (1984, p. 26).

Ronaldo Brêtas descortina em obra propriedades imprescindíveis à caracterização do Estado de Direito. Registrou que o afastamento da ideia do Estado como criação divina, preservação das liberdades individuais, a enunciação de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, a asse-

guração à possibilidade de desenvolvimento, organização de funções norteada por princípios racionais que respeitem os direitos à cidadania, independência do judiciário e segurança na administração da justiça, o império da lei e a representação do povo por meio da atividade legislativa, além da legalidade da administração pública, formam um conjunto capaz de fornecer contornos firmes ao Estado de Direito (DIAS, 2012, p. 50-51).

No Estado Democrático de Direito busca-se uma participação dos destinatários de forma isonômica para a construção das decisões tomadas pelos governantes. Nas palavras COSTA:

Essa participação do cidadão na vida do Estado somente será considerada genuinamente democrática se os sujeitos do discurso estiverem no mesmo plano de argumentação jurídica, e se as controvérsias e questões levantadas pelos sujeitos do debate forem igualmente analisadas quando da construção do provimento final. (2016, p. 30)

Possível perceber que a democracia é a fonte de legitimação do exercício do poder, que deve emanar do *povo*, assim entendido como “comunidade política do Estado, composta de pessoas livres, dotadas de direitos subjetivos umas em face de outras e perante o próprio Estado” (DIAS, 2012, p. 59).

No modelo *democrático*, tenciona-se garantir formal e materialmente o exercício dos direitos fundamentais, para isso a aplicação das normas se dá fundada nos princípios constitucionais, como a isonomia, contraditório e ampla defesa.

O contraditório é corolário do processo a garantir a legitimidade do provimento final no paradigma do Estado Democrático de Direito. É através dele que se dá a participação do sujeito (amplamente considerado) ou até mesmo do Estado na construção da decisão que o (s) atingirá. É com base nele que se pode influenciar na condução e conquista legitimada de seus interesses próprios. (FRANÇA, 2016, p. 97)

Na Constituição da República Federativa do Brasil, a expressão “Estado Democrático” desponta inicialmente em seu preâmbulo. E logo no artigo 1º do texto constitucional, o constituinte reafirma a vocação *democrática* do texto.

A aplicação das garantias constitucionais deve se harmonizar à busca da realização da democracia. Por vezes, os princípios passarão a convergir. Noutras, a tensão diametralmente oposta será resolvida com o afastamento momentâneo de um axioma para aplicação de outro. E tal situação não implica em invalidação ou negativa de existência do princípio. Apenas que ele não se aplica da mesma forma no caso concreto. Nas palavras de Aroldo Plínio Gonçalves:

(...) a economia e a celeridade do processo não são incompatíveis com as garantias das partes, e a garantia constitucional do contraditório não permite que seja ele violado em nome do rápido andamento do processo (2012, p. 107)

Na lição do autor mineiro, é de se buscar a compatibilidade dos primados do contraditório e ampla defesa à razoável duração do processo. Todos são princípios encartados na constituição como garantias fundamentais.

A história mostra que as mutações social, política e econômica devem ser consideradas na construção, conformação e aplicação do Direito, sob pena de se criarem trincheiras entre a teoria e a prática, que conduziria à alienação, ao afastamento da realidade natural.

3. A principiologia fundamental no novo código de processo civil

Para melhor entender a principiologia fundamental no Novo Código de Processo Civil, deve-se entender primeiro o que é processo, bem como, o que é processo no Estado Democrático de Direito. Nas palavras de GONÇALVES:

O processo é um procedimento, mas não qualquer procedimento, é o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em relação ao ato final são opostos. (2012, p. 68)

Assim, processo no Estado Democrático de Direito é procedimento construído em contraditório em que às partes é garantida a participação para a construção do provimento final. Por fim, verifica-se que o processo é um instituto constitucional, cujos destinatários imediatos são participantes ativos. Neste sentido:

O processo é o *instrumento* através do qual a jurisdição tutela os direitos *na dimensão da Constituição*. É o *modulo legal* que legitima a atividade jurisdicional e, atrelado à participação, *colabora para a legitimidade da decisão*. É a *vía* que *garante o acesso de todos* ao Poder Judiciário e, além disto, é o *conduto*, para a *participação popular* no poder e na reivindicação da concretização e da proteção dos direitos fundamentais. (MARINONI, 2007, p. 477/478)

Para que se tenha processo deve-se atentar aos princípios fundamentais do processo, os quais definem o processo em parâmetros modernos de direito, apto ao exercício de direitos fundamentais.

De forma a romper com o modelo então vigente e reafirmar a nova ordem de um direito processual com o foco na realização de direitos e preservação dos princípios fundamentais encartados na constituição, o legislador infraconstitucional positivou no artigo 1º do Código de Processo Civil em vigor que *o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*. Ainda que possa ser qualificado como despidendo, visto a obviedade do comando, historicamente a aplicação do direito infraconstitucional sobrepunha-se, não raramente, à Constituição.

O artigo trabalhará em prol da proposta, sem pretensão de esgotamento, os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal,

isonomia, acesso à jurisdição, lealdade processual e razoável duração do processo

3.1 Contraditório

O princípio do contraditório preconiza a garantia da dialeticidade entre as partes processuais, em um movimento recíproco e simétrico dentro da estrutura do processo. Leciona FAZZALARI:

O contraditório é a fase preparatória do provimento final, consistindo na real possibilidade de uma parte se manifestar seguidamente na estrutura do procedimento exercitando um conjunto de escolhas, reações, controles e na necessidade de suportar as mesmas manifestações da outra parte, em simétrica paridade de posições subjetivas processuais. (1975, p. 29)⁴

O novo Código de Processo Civil distanciou o contraditório da fórmula hermética *ciência possibilidade de reação*, aproximando-o do conceito fazzalariano, para o qual o contraditório é engrenagem qualificadora. É elemento legitimador do *provimento*. “Imprimindo-se a marca do contraditório a essa sucessão de atos (procedimento), tem-se uma qualificação; assim, aquela sequência de atos dirigidos pela norma, regularmente praticada, é alçada à condição de processo” (FRANÇA, 2016, p. 71-2).

O conceito de Fazzalari para o contraditório se desenvolveu, pois hoje não se trata apenas da possibilidade de participação no processo, mas garantir efetiva participação àqueles que serão atingidos, direta ou indiretamente, pelo provimento. A garantia da efetiva participação pressupõe que o provimento leve em consideração, efetivamente se atente, ao diálogo urdido pelas partes no curso do processo. O pronunciamento

⁴ Nas palavras de FAZZALARI (1975, p. 29): “Ed è la struttura dialettica del procedimento, cioè, appunto, il contraddittorio. Tale struttura consiste: nella partecipazione dei destinatari degli effetti dell’atto finale all’atto preparatorio del medesimo, nella simmetrica parità delle loro posizioni, nella mutua implicazione delle loro attività (volte, rispettivamente, a promuovere ed a impedire l’emanazione dell’atto), nella rilevanza delle medesime per l’autore dell’atto: in modo che ciascun contraddittore possa esercitare un insieme _ copiscuo o modesto non importa _ di scelte, di reazioni, di controlli, e debba subire i controlli e le reazioni degli altri, e Che l’autore dell’atto debba tener conto dei risultati”.

estatal serfruto desse substrato. É a premissa do Estado Democrático de Direito.

 possvel perceber a transposio acima referida quando considerada a literatura jurídica hodierna ao tratar do princpio fundamental em comento. Antes mesmo da vigência do atual Código de Processo Civil, Aroldo Plínio Gonçalves (2012, p. 115) registrou que “o contraditório realizado entre as partes deve ser observado pelo juiz, por se tratar de um princpio jurídico”. Nas palavras do autor mineiro:

O contraditório realizado entre as partes não exclui que o juiz participe atentamente ao processo, mas, ao contrário, o exige, porquanto, sendo o contraditório um princpio jurídico,  necessário que o juiz a ele se atenha, adote as providências necessárias para garanti-lo, determine as medidas adequadas para assegurá-lo, para fazê-lo observar, para observ-lo, ele mesmo. (GONÇALVES, 2012, p. 105)

SARLET, MARINONI E MITIDIERO consignam:

Contraditório significa hoje conhecer e reagir, mas não só. *Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência. Com essa nova dimensão, o direito ao contraditório deixou de ser algo cujos destinatários são tão somente as partes e começou a gravar igualmente o juiz. Daí a razão pela qual eloquentemente se observa que o juiz tem o dever não são de velar pelo contraditório entre as partes, mas fundamentalmente a ele também se submeter. O juiz encontra-se igualmente sujeito ao contraditório. (2013, p.731)*

Assim, o princpio do contraditório garante às partes influenciar no provimento final. Trata-se assim de uma faculdade, e não de uma obrigao, sendo que a não manifestao da parte no momento oportuno não caracteriza afronta ao princpio, porém a parte deverá suportar o nus causado por sua omissão.

Não se pode perder de vista que o contraditório é a garantia, a possibilidade assegurada da participao das partes em simétrica paridade, e uma garantia, considerada do ângulo do Estado, é um dever, mas do ângulo do

jurisdicionado jamais pode ser identificada a uma coação, porque sempre será proteção assegurada pelo Direito. (GONÇALVES, 2012, p. 108)

Enquanto garantia fundamental, a não observância do contraditório no contexto processual civil eiva de vício o procedimento desafiando a declaração judicial de nulidade. Se é a norma a criar o entrave ao contraditório, desafiará a declaração de inconstitucionalidade.

3.2 Ampla defesa

O princípio da ampla defesa previsto na Constituição Federal consiste no direito que tem o cidadão (amplamente considerado) dese defender em um processo, dentro dos limites interpostos pela lei. Rosemiro Pereira Leal define da seguinte forma:

A amplitude de defesa se faz nos limites temporais do procedimento em contraditório. A amplitude de defesa não supõe a infinitude de produção de defesa a qualquer tempo, porém, que esta se produza pelos meios e elementos totais de alegações e provas no tempo processual oportunizado na lei. Há de ser ampla, porque não pode ser estreitada (comprimida) pela sumarização do tempo a tal ponto de excluir a liberdade de reflexão cômoda dos aspectos fundamentais de sua produção eficiente. (2002, p. 89).

Por se tratar de uma garantia constitucional, a ampla defesa não pode ser mitigada, devendo ser respeitada em todos os seus limites, e se dar a oportunidade de exaurimento das articulações de direito e produção de provas cabíveis. Neste sentido SARLET, MARINONI E MITIDIERO:

A defesa pessoal é aquela realizada pelo *próprio acusado* e tem a sua maior expressão no seu *interrogatório*. A *autodefesa* consiste em direito de *participar* do processo e nele estar *presente* - entrelaçando-se, aí, com a necessidade de *publicidade imediata* do processo. Como o acusado tem direito ao silêncio - já que *nemo tenetur se detegere* (arts. 5.º, LXIII, da CF, e 186 do CPP) -, o direito à autodefesa situa-se na esfera de sua disponibilidade. (2013, p. 738/739)

Ao tratar do instituto da ampla defesa verificamos que consiste no direito do cidadão de se defender, sendo assim, deve ser respeitado e garantido por todos os participantes do processo, se valendo de meios que colaborem para sua efetividade, sendo que o único que pode abster-se desse instituto é o réu/requerido.

3.3 Devido processo legal

O princípio do devido processo legal está previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, que prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, como o próprio artigo determina, para que seja tomada qualquer decisão que afete a liberdade ou o bem de um indivíduo é necessário o devido processo legal, sendo este norteador para os demais princípios do processo. NEVES, define que:

(...) a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz no caso concreto a observar os princípios processuais na condição do instrumento estatal oferecido aos jurisdicionados para a tutela de seus direitos materiais. Contemporaneamente, o devido processo legal vem associado com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos. (2016, p. 114)

Desta forma, deve-se ater ao princípio do devido processo legal, para que se tenha uma decisão justa, construída através da participação das partes e da proteção dos direitos fundamentais.

Assim, além de *público*, *paritário*, *tempestivo* etc., adjetivos que correspondem às normas constitucionais expressamente consagradas, citadas acima, o processo, para ser devido, há de ter outros atributos. Um processo, para ser devido, precisa ser *adequado*, *leal* e *efetivo*. (DIDIER JR., 2011, p. 49)

Contudo, esse princípio não se restringe ao contraditório e a ampla defesa, vai além destes institutos, ele garante o direito de as partes não serem surpreendidas por uma decisão absolutamente contrária ao que foi produzido no processo.

Percebe-se, porém, que o contraditório, a publicidade e a motivação são antes de tudo, garantias de um processo justo, e apenas nessa dimensão garantem a justiça da decisão. Tais garantias processuais de justiça, ao lado da garantia de imparcialidade do juiz, são imprescindíveis ao “devido processo legal” ou a um “procedimento legal”. (MARINONI, 2007, p. 468)

O princípio do devido processo constitucional é o direito que as partes têm de uma apreciação racional, na qual o magistrado leva em consideração as peculiaridades do caso concreto, apreciando minuciosamente e pontualmente cada ponto debatido no processo. Neste sentido LEAL:

O *constitutional due process* (“Devido Processo Constitucional”) é garantia (como dever do Estado) de realização desses procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia, direito ao advogado, gratuidade de jurisdição nas hipóteses de existência de conflito ou contenciosidade de direitos pretendidos. (2005, p. 73)

Qualifica-se como *devido processo* aquele que respeita os preceitos constitucionais, atentando-se ao escopo para o qual foi urdido: garantia de que o acesso à jurisdição seja balizado pelo respeito às garantias fundamentais e que a decisão não seja uma *surpresa* às partes que participaram do processo, mas um pronunciamento legitimado pelo diálogo paritário e emanado por representante estatal investido da capacidade jurisdicional.

3.4 Isonomia processual

O princípio da isonomia processual está previsto na Constituição Federal, no qual seu objetivo é buscar tratamento igual para as partes, de forma que elas possam desenvolver o processo em condição paritária.

Na obra *Ética a Nicômaco*, Aristóteles retrata a isonomia. Registrou-se: “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Sendo assim, eventual desequilíbrio fático deve merecer um reequilíbrio na seara processual. LEAL assim descreve:

O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia – que são a isotopia, isomenia e isocrítica –, em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos de interpretar a lei (isomenia) e igualdade de todos de fazer, alterar ou substituir a lei (isocrítica). (2005, p. 75)

A garantia constitucional da igualdade, contida no *caput* do artigo 5º não é nada senão preceito, quando não implementada no campo da materialidade. Em outros termos, a igualdade prevista no texto constitucional é um sofisma se o legislador ou o julgador, ao verificar que as partes que se postam no processo em busca de um provimento encontram-se em pé de desigualdade tal que inviabiliza o *diálogo efetivo* que antecede o provimento legitimado.

Em situação tal, o reequilíbrio deve ser arranjado a partir da medida do desequilíbrio que lhe é prévio. Isso sem permitir-se afastar, o julgador, da imparcialidade. Tal razão fez com que o Código de Processo Civil trouxesse, por exemplo, dispositivos que permitem a ampliação de prazos processuais para que o réu, por exemplo, disponha de mais tempo para oferecimento de defesa quando diante de demanda extremamente complexa. Ou mesmo a chamada distribuição dinâmica do ônus da prova. Medidas que buscam garantir que as partes tenham as mesmas oportunidades dentro do processo.

3.5 Acesso a jurisdição

Mauro Capelletti e Bryant Garth expuseram que o acesso à justiça pode “ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Em linha sintetizadas,

(...) altos custos em geral e para causas de pequena repercussão patrimonial (considerando-se gastos com taxas judiciárias e contratação de advogados); o tempo de tramitação dos processos em geral; aptidão da população para conhecer um direito seu e saber que instrumentos processuais podem ser utilizados a fim de buscar sua realização; disposição psicológica para enfrentar uma demanda; o enfrentamento de demandas pelo demandante eventual contra entes que são considerados demandantes habituais; capacidade postulatória; as demandas de interesses difusos e coletivos em contraponto ao espírito individualista humano (TOMAZ; FRANÇA, 2016, p. 60-61).

O princípio em comento está previsto no artigo 5º da Constituição da República e tem como objetivo garantir a todos o acesso à justiça, conferindo o direito de pedir ao judiciário tutela sobre os direitos pretendidos. MARINONI, assim leciona:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, além de dar ao cidadão o direito à técnica processual adequada à tutela do direito material, igualmente confere a todos o direito de pedir ao Poder Judiciário a tutela dos seus direitos. (2007, p. 473)

O direito ao acesso à justiça não é apenas necessário para viabilizar a tutela dos demais direitos, como imprescindível para uma organização justa e democrática. Não há democracia em um Estado incapaz de garantir o acesso à justiça. (2007, p. 474)

Ao se falar de tal instituto deve-se ater ao fato de que todos têm direito à tutela, seja preventiva ou repressiva, sempre que necessário. Trata-se de mandado de otimização que impõe ao legislador infraconstitucional viabilizar meios para a efetivação do preceito. Calha citar:

É por isso que o direito de acesso à justiça (art. 5.º, XXXV, da CF) incide sobre o legislador – que resta obrigado a traçar “formas de justiça” (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas – e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito de acesso à justiça. (MARINONI, 2007, p. 474)

O novo Código de Processo Civil obrou no sentido de conferir efetividade ao acesso. A guisa de exemplos, pode-se falar na dilação de prazos para a Defensoria Pública e aos Núcleos de Práticas Jurídicas de Faculdades de Direito que buscam garantir a veiculação de demandas aos necessitados, o remodelamento do instituto da gratuidade judiciária, o protagonismo das partes na solução das demandas com a instituição da audiência prévia à apresentação de defesa, dentre outros.

A efetivação do acesso deve também ser vista para além da disponibilização de mecanismos pelo Estado, mas como um *modus operandi* das partes envolvidas no processo. O protagonismo que o novo Código lhes confere traz a reboque o ônus de participarem ativamente na construção do provimento também por meio da conformação do sistema multipor-tas de solução de conflitos.

3.6 Lealdade processual – escopo da sociedade justa e solidária no âmbito das relações processuais.

O referido princípio deita raízes na Constituição da República. No artigo 1º, inciso III, o legislador constituinte firmou como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade humana. E como objetivo fundamental, nos termos do inciso I do artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Não é viável trabalhar a lealdade processual à margem desses pilares. A judicialização temerária, a tentativa de alteração da verdade dos fatos, a manifestação por meio de incidentes ou recursos temerários e/ou protelatórios, ao pretexto de exercício constitucional do direito de ação ou de defesa atentam contra o *devido processo legal*, visto que criam obrigação de manifestação por parte do Estado à vista da indeclinabilidade da Jurisdição, fazendo postergar a entrega da atividade jurisdicional.

Agir com lealdade é agir com boa-fé. Ser leal processualmente é agir com seriedade, respeitando os limites impostos e não utilizando qualquer meio que possa ser considerado fraudulento ou ardiloso.

Os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé, presentes em diversos artigos do Código de Processo Civil, prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevenindo condutas que violam a boa-fé e lealdade processual e indicando quais são as sanções correspondentes. (NEVES, 2016, p. 147)

A lealdade processual conduz ao respeito dos prazos e dos atos processuais de forma a se garantir um devido processo legal. Neste sentido LEAL, prevê:

Assim, a lealdade é princípio informativo do processo, porque inerente do *princípio da isonomia* que repugna o desbalanceamento das posições dos sujeitos do processo, por vantagens, favores ou artimanhas, em rompimento à permanente condições de licitude e de equilíbrio jurídico assegurados em norma fundamental na realização dos atos processuais. (2005, p. 114/115)

Assim o princípio da lealdade processual é um dos pilares do devido processo. Não se pode aspirar um *processo justo* em que se franqueie o uso abusivo de instrumental posto à disposição do jurisdicional.

3.7 Razoável duração do processo

Para se evitar a morosidade processual surgiu então o princípio da razoável duração do processo. Trata-se de desdobramento do princípio do acesso à jurisdição, haja vista ser o tempo processual um entrave ao acesso.

Sarlet, Marinoni e Mitideiro, dispõem que “o direito ao processo com duração razoável, portanto, constitui peça fundamental para promover e manter a confiança social na efetividade da ordem jurídica” (2013, p. 762).

O princípio em comento possui acepção indeterminada. Não há como definir, se não por meio de axiomas, o que é razoabilidade na duração do processo. Há diversas variantes que devem ser levadas em consideração, como complexidade da matéria debatida, número de litigantes, natureza da demanda, espécie de prova a ser produzida, etc. No sentido, cita-se:

Esses parâmetros são perfeitamente aplicáveis no direito brasileiro para fins de aferição da concretização do direito no processo sem dilações indevidas. A complexidade da causa, sua importância na vida do litigante, o comportamento das partes e o comportamento do juiz – ou de qualquer de seus auxiliares – são critérios que permitem aferir racionalmente a razoabilidade da duração do processo. (SARLET, MARINONI E MITIDEIRO, 2013, p. 764

É importante que se registre. Não há entrave para a convivência do princípio da razoável duração do processo e de outras garantias fundamentais. Não se pode arrepriá-las ao argumento de que o processo precisa de celeridade. Do contrário, pode-se ter razoável duração de coisa outra, mas não do *processo* em sua acepção legítima. A razoável duração do processo é aquele que se faz necessária para uma decisão final legitimada.

4. Improcedência liminar do pedido

O instituto da improcedência liminar do pedido está previsto no artigo 332, do Código de Processo Civil. Trata-se de decisão que resolve a demanda pela via da improcedência e ocorre de modo sumário, antes mesmo de o réu ser citado.

De acordo com o dispositivo, preenchidas as hipóteses autorizadas, o mérito poderá ser resolvido. Para a confecção do artigo, o legislador levou em conta a celeridade, economia processual e valoração da jurisprudência como instrumento de segurança jurídica. Eis a disposição legal:

Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

- I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;
- II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

§ 1º O juiz também poderá julgar liminarmente improcedente o pedido se verificar, desde logo, a ocorrência de decadência ou de prescrição.

§ 2º Não interposta a apelação, o réu será intimado do trânsito em julgado da sentença, nos termos do [art. 241](#).

§ 3º Interposta a apelação, o juiz poderá retratar-se em 5 (cinco) dias.

§ 4º Se houver retratação, o juiz determinará o prosseguimento do processo, com a citação do réu, e, se não houver retratação, determinará a citação do réu para apresentar contrarrazões, no prazo de 15 (quinze) dias.

O *caput* do dispositivo legal aponta que o julgamento liminar somente poderá ocorrer nos casos em que a dilação probatória puder ser afastada. Em outros termos, a demanda apresentada visa à provocação de pronunciamento estatal de questão puramente jurídica ou, se fática e jurídica, que já tenha ali elementos suficientes para a negativa como resultado do provimento.

No inciso I, verifica-se que contrariando o pedido, súmula do STF ou do STJ, poderá o juiz julgar improcedente o pedido. Consta-se que a intenção do legislador é uniformizar o entendimento do direito constitucional e infraconstitucional. Importa registrar que a aplicação de enunciado de súmula de Tribunal Superior deve seguir-se de contextualização. Isso porque, há súmulas que já não têm aplicabilidade e foram editadas em outro tempo, sob paradigma diverso do Estado Democrático de Direito. Incumbe ao operador do direito em sua postulação vestibular demonstrar que o caso ali vertido não comporta a aplicação do enunciado já defasado. E também ao julgador o mesmo exercício ao afastar a decisão do texto sumular.

Os incisos II e III tratam de hipóteses em que o pedido inicial é formulado em sentido contrário às decisões com afetação geral, chamadas de demandas repetitivas sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, e as decorrentes de incidentes de resolução de demandas repetitivas ou incidentes de assunção de competência nos Tribunais Superiores. Tal inciso tem como base a necessidade de se uniformizar a aplicação do direito no país. Um dos escopos alinhados na Exposição de Motivos ao Código de Processo Civil de 2015 é a necessidade de dar interpretação

igualitária do direito no território nacional. Não é desejável e não revela aplicação de *justiça* decisões variadas sobre situação jurídica semelhante.

É importante observar que não há se falar em identidade de demandas, visto que cada demanda carrega em si particularidades. Essas particularidades é que poderão demover o julgador da aplicação do entendimento sumulado ou enquadrado na sistemática dos recursos repetitivos. O artigo 927, §§ 2º e 4º do Código de Processo Civil.

No inciso IV, verifica-se situação semelhante à do inciso I, porém dirigido à higidez da súmula do Tribunal local. Aqui aplicam-se as mesmas ponderações dispendidas no tocante ao inciso I.

No parágrafo primeiro verificamos que o juiz poderá julgar improcedente o pedido, se verificar ocorrência de decadência ou prescrição, ambos os temas são relativos a mérito da causa, sendo assim o juiz percebendo que se trata de um desses temas poderá improceder o pedido, de modo a evitar que a demanda se arraste por longo período de tempo.

Interessa a este artigo a análise das hipóteses de julgamento sumariado, razão por que não se tecerá considerações sobre juízo de retratação e procedimento de citação para apresentação de resposta a eventual apelação manejada.

Descortinam-se, no caso, duas preocupações do legislador. A economia processual, desdobramento da razoável duração do processo, e a manutenção da higidez do entendimento jurídico, a fim de evitar posicionamentos díspares quando casos com mesmo direito de fundo são apresentados. A situação, conforme referido, impõe prejuízo à noção da segurança jurídica.

Quanto à vertente da economia processual, tem-se que a função judicante será provida de forma mais célere diante de processos que poderiam levar anos em tramitação para se constatar, ao final, tratar-se de mesma situação jurídica já resolvida em Corte Superior. Em outras linhas, o pleito estaria fadado à improcedência ao final de longa tramitação, fazendo apenas agregar custo ao Estado. Conforme leciona Neves:

O objetivo do dispositivo legal é o encerramento de demandas repetitivas – típicas da sociedade de massa em que vivemos atualmente – nas quais a mesma questão jurídica é alegada em diversas demandas individuais. A economia processual e a celeridade do processo mais uma vez são os fundamentos principais que levaram o legislador a prever o instituto processual que possibilita um encerramento definitivo da demanda (sentença de mérito produzindo coisa julgada material) antes mesmo da complementação da relação jurídica processual com a citação do réu. (2016, p.546)

Trata-se de medida salutar em termos de celeridade processual e economia processual, sagrando-se o réu vitorioso, e de forma definitiva, sem nem mesmo ter sido incomodado com a sua citação e por consequência sem nem ter precisado participar do processo. (2016, p. 550)

Imperioso que o juiz, ao determinar a extinção pela via rápida, fundamente sua decisão, sob pena de invalidade, conforme disposto no artigo 489, parágrafo primeiro, inciso V do Código de Processo Civil.

Não há no Novo Código de Processo Civil a exigência de que a fundamentação da sentença no julgamento liminar de improcedência seja a transcrição de sentença de improcedência anteriormente proferida pelo juízo (art. 285-A, *caput*, do CPC/1973), regra formal que perdeu todo o seu sentido a partir da mudança nas hipóteses de julgamento dessa espécie. Deverá, entretanto, fundamentar sua sentença liminar na *ratio decidendi* do precedente que justifica essa forma de julgamento. (NEVES, 2016, p. 549)

Calha trazer à colação excertos de Nélon Nery Jr.:

A exigência legal é de que haja menção a precedente ou enunciado de súmula de tribunal (vinculante ou simples), seguida da análise dos fatos e do direito da causa, que se amoldariam àquele enunciado ou precedente. Trata-se da mesma *ratio* exigida pelo CPC 489, §1º. I. É preciso que o juiz indique quais as circunstâncias do caso concreto que fariam com que se amoldasse ao precedente ou ao enunciado de súmula de tribunal. A mera indicação do precedente ou do enunciado da súmula não é circunstância que caracterize a decisão como fundamentada. Simples indicação de precedente ou enunciado de súmula significa – tal como ocorre na simples indicação de texto de lei – decisão nula por falta de fundamentação(CF 93, IX). (NERY, 2015, p. 1156)

Intensa questão que cerca referido artigo é sobre sua constitucionalidade.

De um lado, a possibilidade da improcedência limar do pedido não fere o princípio do contraditório, tendo em vista que o autor poderá interpor apelação, expondo os motivos de o processo não ser extinto, podendo o juiz se retratar ou não, momento este que o réu também poderá se manifestar, assim o contraditório será efetivamente exercido.

Indo além, a improcedência liminar do pedido inicial vem ao socorro da economia processual, sob a marca da garantia do acesso à jurisdição. Explica-se: ao garantir um julgamento individualizado mais célere, desafia-se o Estado, monopolizador da tutela jurisdicional imperativa, para promover decisões sobre outras causas que pendem.

Trata-se de uma visão mais utilitarista que deve ser vista de modo pragmático. O abuso no direito de ação e de defesa é uma realidade. E as penalidades previstas no Código de Processo Civil por litigância de má-fé são ainda tímidas e não alcançam o objetivo de inibir os referidos abusos.

Não se pode perder de vista que o Estado é grande litigante. Ainda em 2012 o Conselho Nacional de Justiça publicizou que os Órgão Federais estão entre os 100 maiores litigantes.

A guisa de ilustração, no ano de 2016 havia na Justiça Estadual no Estado de Minas Gerais 6.048.754 (seis milhões quarenta e oito mil setecentos e cinquenta e quatro) processos para um universo de 1.023 (mil e vinte e três) juizes. Há uma média de 5.912 (cinco mil novecentos e doze) processos por juiz.

Há um excesso de demandas. Isso é inegável. O país está longe da evolução para que a judicialização de questões de somenos importância seja evitada. A resposta não é a contratação, via concurso público, de mais julgadores, mas um trabalho de conscientização sobre o que precisa e o que não precisa ser objeto de demanda. Verificar também gargalos para dar vazão à procura do cidadão/jurisdicionado.

Entretanto, a resposta utilitarista acima referida não repousa em terreno tranquilo. É grande o número de pensadores que se opõem à

aplicação do dispositivo legal em comento. Há, segundo entendimento, ofensa ao contraditório, ampla defesa, isonomia e devido processo legal. Por ser o processo, procedimento em que o contraditório é legitimante ao provimento, a mitigação da garantia da dialeticidade teria o condão de macular o procedimento. De se lembrar que

(...) a participação em contraditório paritário traz a reboque a definição da *legitimação para agir*. Vê-se, portanto, que o contraditório serve: 1) à distinção entre processo e procedimento; 2) à legitimação do provimento estatal emanado; 3) à caracterização da legitimação para agir, visto que esta é inferida a partir da delimitação daqueles que sofrerão os efeitos do provimento. (FRANÇA, 2016, p. 74)

Assim não se estaria ferindo somente o princípio do contraditório, mas também o da ampla defesa, pois o réu teria uma oportunidade a menos de alinhar suas razões, hipótese de haver recurso à segunda instância e esta, ao proceder a análise do mérito liquida qualquer discussão probatória. Importante repisar que, em se tratando de matéria que carece de instrução probatória, o dispositivo legal não deve ser aplicado. Mas a crítica severa se faz presente. Cita-se:

O legítimo exercício dos direitos fundamentais se dá pelo processo constitucional, que deve ser visto como um lócus de implementação dos princípios do contraditório, compreendido como o espaço processualizado para a construção do provimento; da isonomia processual, consiste na possibilidade de se buscar a concretização de oportunidades jurídicos-processuais que não venham a permitir tratamento jurídico diferenciado e de forma infundada; e a ampla defesa, cujo exercício se condiciona o tempo processual oportunizado na lei, nunca restringindo o direito fundamentais de liberdade de defesa em prol do fetiche da celeridade processual, muitas vezes equivocadamente interpretada a partir da sumarização do tempo e limitação na prática de atos processuais. (COSTA, 2016, p. 35).

Na esteira da alegação de inconstitucionalidade do dispositivo legal, NERY JR. (2015), afirma haver ofensa, além do contraditório e da ampla defesa, da isonomia, legalidade, devido processo legal e do dispositivo.

Isso porque o Réu, citado, poderia abrir mão do direito que poderia defender. Além do mais, o sistema de precedentes, conforme posto no Código de Processo Civil, sobretudo a vinculação da Jurisdição, teria o condão de travestir-se de usurpação da função legislativa, sobremaneira ao se refletir sobre a súmula vinculante.

A esse teor, consignou-se sobre a súmula vinculante:

Constatamos ser inconstitucional por sua manifesta incompatibilidade com vários dispositivos constitucionais de proteção da democracia em geral, entre os quais, os artigos 2º e 95, I a III, parágrafo único, I a V, que preveem, respectivamente, a independência dos poderes e as garantias da independência dos juízes; 5º, II, que tutela a liberdade das pessoas, entendida como autonomia privada e pública, reservando à lei de modo absoluto sua limitação; 60, m §4º, incisos III e IV, que proíbe emendas constitucionais tendo por objeto abolir a “separação de poderes” e os direitos e garantias individuais (ROCHA, 2009, p. 101).

Vê-se que ao impor, o legislador ao julgador, determinada conduta na forma de decisão, está aquele a arvoar-se na função precípua deste. Situação que *per si* tem o condão de obstar a consecução do *due process*.

5. Considerações finais

O ponto de partida do Estado Democrático de Direito é a consciência de que a participação para a construção de provimentos emanados pelo Estado é característica marcante sem a qual o exercício do poder pode passar de legítimo ao despótico.

Os princípios fundamentais positivados nos primeiros artigos do novo Código de Processo Civil devem servir de fio condutor à atuação das partes no processo ao fim de garantir a execução de direitos por meio de um processo devido.

As ideias assentadas em abordagem preambular serviram a preparar a discussão sobre a pertinência, ou legalidade, do julgamento sumário negativo de mérito. É possível, conforme visto, notar haver argumentos

para se defender ou refutar a legalidade do dispositivo do artigo 332 do Código de Processo Civil em vigor.

Não há incompatibilidade entre os princípios da razoável duração do processo e do contraditório. Mas nem sempre a harmonização dos referidos primados será feita sem que haja degradação momentânea de um ou outro. Em rigor, estão eles alçados à mesma condição de importância no texto constitucional. Estão alocados em meio às garantias fundamentais individuais e coletivas.

Entretanto, a aplicação de dispositivos legais que tenham a condição de obstar a plenitude de alguma garantia fundamental deve ser cotejada à luz do caso concreto, com zelo elevado. E ainda assim, não se pode garantir que tal situação não vá se afastar do mandamento constitucional da *democracia*.

6. Referências.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os pensadores)

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 18 mar. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 85-86, *apud* DIAS, Ronaldo Bretãs de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 64.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Frabris, 1988, p. 12.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie, PEIXOTO, Ravi Medeiros. **Novo Código de Processo Civil de 2015: comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed., v. 1. Bahia, Editora Jus Podivm, 2011.

FAZZALARI, Elio. **Istituzionidi direto processuale**. Padova: CEDAN, 1975.

FRANÇA, Maurício Gomes Pereira. **A Natureza Jurídica da Legitimação Ativa nas Ações Coletivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 9. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria do Processo**. 6. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil, Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 167-168.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Bonet. **Curso de Direito Constitucional**, 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria Rosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 3, ns. 5 e 6, p. 161-169, Belo Horizonte, 1º e 2º sem. 2000.

ROCHA, José de Albuquerque. **Súmula Vinculante e Democracia**. São Paulo: Atlas Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. I, 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Habilidades do advogado na mediação

*Graciane Rafisa Saliba*¹

*Helena de Oliveira Diniz*²

*Sônia Cristina Fagundes Malta*³

1 Introdução

Os meios autocompositivos e adequados de resolução de conflitos, formados pela conciliação, mediação e negociação, oferecem uma alternativa ao Judiciário para a resolução mais célere e satisfatória dos conflitos.

Uma das formas que vem ganhando destaque é a mediação, principalmente após a edição da Lei nº 13.140/2015 – Lei da Mediação – e também pela vigência do novo Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), o qual tornou obrigatória a intimação das partes no âmbito judicial para tentativa de autocomposição, tanto pela conciliação, como pela mediação.

¹Doutorado em Direito Privado/Direito do Trabalho e Mestrado em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. MBA em Direito do Trabalho pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), com extensão pela Ohio University, Estados Unidos. Especialização em Direito do Trabalho e Crise Econômica pela Universidad Castilla la Mancha (UCLM Espanha). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada com experiência na área de Direito do Trabalho, Direito Econômico e Direito Internacional. Bolsista NUFFIC na Academia de Direito Internacional de Haia (Hague Academy of Internatinal Law), em Haia, Holanda. Membro da ILA - International Law Association. Coordenadora do curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas - MG, professora da graduação e dos cursos de Pós-Graduação. Professora da Universidade de Itaúna (UIT)

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM. Pós-graduanda em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas – FAPAM.

³ Bacharel em Direito pela Universidade de Itaúna. Mestre em Teoria do Direito pela PUC Minas. Coordenadora do curso de Direito e Professora na FAPAM – Faculdade de Pará de Minas. Advogada Colaborativa capacitada pelo IBPC – Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas. Mediadora certificada pelo ICFML – Instituto de Certificação e Formação de Mediadores Lusófonos e Advogada certificada para atuar na mediação pelo mesmo Instituto.

Nesse contexto, necessário se faz que os profissionais que atuam na área estejam familiarizados com os novos procedimentos adotados, sobretudo o advogado, uma vez que é considerado pela Constituição Federal como sendo figura indispensável à administração da justiça.

Dessa forma, surgem os seguintes questionamentos: todo advogado está devidamente habilitado para acompanhar o cliente no procedimento da mediação? Se não, quais as habilidades necessárias para atenuar, em vez de agravar, a animosidade entre as partes?

A fim de responder aos questionamentos supracitados, utilizou-se da pesquisa qualitativa, realizada por meio do método dedutivo, cuja fundamentação se deu por meio de instrumentos técnicos, tais como: doutrinas, artigos de publicações periódicas de *sites* especializados e/ou impressas, e legislação.

Assim, o presente artigo foi estruturado de modo a compreender primeiramente os meios adequados de resolução de conflitos, para melhor entender como eles ingressaram e vêm sendo aplicados no ordenamento jurídico brasileiro.

Após, buscou-se conceituar e distinguir institutos básicos e importantes para solucionar a problemática trazida à luz da sua aplicação, quais sejam: a definição de conflito, a compreensão dos métodos auto-compositivos e heterocompositivos de solução de conflitos, e as diferenças básicas entre mediação e conciliação.

No terceiro capítulo, buscou-se aprofundar na compreensão do procedimento da mediação, uma vez que é o objeto central da presente pesquisa, conceituando-a e elucidando os quatro tipos existentes, de forma a analisar o procedimento adotado pelo CPC/2015.

Após, foi necessário compreender o papel do advogado na mediação e a sua importância no procedimento, uma vez que é ele quem será responsável por orientar juridicamente seu cliente a respeito das possíveis decisões tomadas por este, bem como por zelar pela correta aplicação do Direito.

Por fim, foi realizada a análise acerca da necessidade ou não de o advogado possuir habilidades específicas para acompanhar o cliente no procedimento da mediação.

2. Sistema multiportas de resolução de conflitos

2.1 Evolução dos métodos adequados de resolução de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro

Certo é que com a evolução da democracia e, conseqüentemente, do Direito Constitucional Democrático, surgiram diversas garantias legalmente tuteladas, algumas tidas como fundamentais, dentre elas se encontram o direito ao acesso à justiça e a inafastabilidade do Poder Judiciário.

Ocorre que, de acordo com Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2016, p. 67), o direito ao acesso à justiça e a inafastabilidade do Poder Judiciário, somados à globalização, à diversificação das relações sociais e à maior interação das pessoas, o que gera um maior número de conflitos, resultou no crescimento das ações judiciais.

Uma vez previstas as garantias e os direitos fundamentais na Constituição Federal, necessária se torna a implementação de medidas para efetivá-los (CHAGAS, MAZZEI, 2016, p. 68).

No entanto, sabe-se que a prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário, não obstante seja considerada imprescindível para a resolução dos conflitos de interesses, não é a única forma de solução dos litígios existentes.

Consoante Lília Maia de Moraes Sales (2008), vêm se desenvolvendo há algumas décadas, meios alternativos de resolução de conflitos que buscam oferecer à sociedade formas de resolução pacífica e célere das controvérsias.

Para aquela autora, além de esses meios trazerem consigo novas alternativas, possibilitam a mudança da mentalidade da sociedade,

implementando em seu seio a cultura do diálogo, “a qual possibilita que, em um litígio, as próprias partes envolvidas ajam como atores responsáveis pela resolução de suas controvérsias”.

Nesse contexto, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2010, editou a Resolução nº 125, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

Dentre os motivos que ensejaram a edição dessa resolução, dispôs o CNJ que cabe ao Judiciário estabelecer políticas públicas de tratamento adequado dos conflitos de interesses, de forma a organizar os serviços prestados nos processos judiciais, bem como para que possam fazê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, sobretudo os consensuais, como a mediação e a conciliação, que são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, sendo certo que a sua apropriada disciplina reduz a excessiva judicialização dos conflitos, a quantidade de recursos e de execução de sentenças (BRASIL, 2010).

Assim, o aludido ato normativo traz as primeiras diretrizes para implementação dos meios alternativos e adequados de resolução de conflitos, especialmente a mediação e conciliação.

Importante destacar que esses meios de solução adequados de conflitos podem ser realizados, inclusive, extrajudicialmente. Nesse sentido, Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2016, p. 9), aduz que os meios extrajudiciais de resolução de conflitos surgem como alternativas a um sistema judicial repleto de dificuldades materiais, como a ausência de desenvolvimento tecnológico e instrumentais, e tendo como maior problemática a dificuldade do Poder Judiciário em atender uma elevada demanda de processos, com indivíduos ansiosos por respostas céleres e eficazes.

Para aquele autor (2016, p. 11), as vantagens das formas extrajudiciais são inúmeras, como a celeridade do procedimento, o menor custo, as partes escolherem o terceiro imparcial e, se quiserem, poderem intervir no procedimento, o que possibilita uma informalidade na participação soberana das partes nos conflitos.

O legislador, consciente dos movimentos de acesso qualificado à justiça, trouxe grandes evoluções no que diz respeito aos métodos alternativos de resolução de conflitos, com a promulgação do CPC/2015.

O supracitado dispositivo dispõe em seu artigo 3º, § 2º e § 3º, que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, bem como que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, ainda que no curso do processo judicial” (BRASIL, 2016).

Nota-se, pois, que o CPC/2015 inclui a figura do Advogado como um dos responsáveis por estimular a solução consensual de conflitos.

Nesse sentido, cumpre destacar, inclusive, que o art. 2º, VI, do Código de Ética e Disciplina da OAB traz como dever do Advogado estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.

Não obstante o disposto no Código de Ética e Disciplina na OAB, culturalmente instaurou-se a forma combativa de resolução de conflitos.

Consoante Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2016, p. 81), os profissionais do direito frequentemente (quase sempre) atuam como guerreiros e encaram o processo como campos de batalha. Assim, conseqüentemente, “em vez de apaziguarem os ânimos das partes, contribuem para agravar as tensões pré-existentes (*sic*), formando um círculo vicioso de conflito”.

No entanto, a mudança do paradigma pela busca da solução efetiva do conflito exigirá o comprometimento, sobretudo dos profissionais do direito, em alcançar um modelo adequado de tratamento e solução dos conflitos sociais (CURY, 2016, p. 507).

Nesse contexto, necessário se torna compreender o papel do Advogado nos métodos de solução adequados de conflito, sobretudo no que toca às habilidades essenciais a ele, a fim de orientar os sujeitos sobre os desdobramentos jurídicos das possíveis atitudes tomadas no procedi-

mento, sem agravar as tensões preexistentes, contribuindo para o fim da formação do círculo vicioso de conflito.

Para tanto, a princípio, buscar-se-á conceituar e distinguir institutos básicos e importantes, a fim de solucionar a problemática à luz da sua aplicação.

2.2 Conceitos e diferenças básicas dos institutos inerentes ao assunto

2.2.1 Conflito

A sociedade é constituída por indivíduos, grupos e organizações sociais, que possuem suas próprias perspectivas da realidade que os cerca. Dessa forma, é natural que as relações sejam marcadas por divergências, pelos mais diversos motivos, tais como emocionais, políticos, religiosos, sociais, ideológicos, etc.

Dessa forma, o conflito surge sempre que houver atividades incompatíveis entre os indivíduos, grupos ou organizações sociais de uma dada sociedade, oriundas, ou não, da vontade deles.

Paulo Moraes (2016, p. 258), tecendo breves considerações acerca do conflito, define o conflito como sendo “um desacordo agudo ou um antagonismo de interesses, ideias, valores ou posturas, em que existe uma resistência recíproca por parte dos envolvidos”.

O conflito, portanto, é inevitável e inerente à condição humana.

Maria de Nazareth Serpa (2016, p. 12-13), citando Rudolph Rummel, aborda ainda a chamada teoria do conflito, em que se tem “um confronto dialético entre a realidade e a perspectiva do homem”. Nesse sentido, define-se conflito como “o equilíbrio dos vetores de poder”, de modo que “nenhuma das partes tem poder suficiente para se sobrepor a outra e eliminar o conflito”.

É sabido que o conflito ocorre em qualquer lugar e com qualquer pessoa. Isso faz com que o ser humano busque formas de evitá-lo e, quando não possível evitar, resolvê-lo (SERPA, 2018, p. 12-13).

Dessa forma, a fim de resolver os conflitos existentes, surgem os meios de autocomposição e heterocomposição, que serão analisados a seguir.

2.2.2 Meios de resolução dos conflitos: autocomposição e heterocomposição

A autocomposição consiste em formas de resolução de conflito concretizadas pelas próprias partes que o vivenciam, de forma direta ou com o auxílio de um terceiro que não trará a solução, mas apenas assistirá as partes na construção do consenso.

Conforme Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme (2016, p. 07), a natureza jurídica da autocomposição é de um negócio jurídico bilateral, sem jurisdição, uma vez que a sua finalidade não é a produção de uma sentença imposta por um terceiro interventor, mas sim a autonomia da vontade das próprias partes que estruturam seus interesses.

Diferentemente do que ocorre na autocomposição, na heterocomposição a solução do litígio depende da intervenção de uma terceira pessoa, exterior ao conflito original, e as partes ficam submetidas à análise daquele, que formará sua decisão a partir dos elementos trazidos pelas partes e imporá sua decisão a estas. A heterocomposição é definida pela jurisdição comum, que pode se dar por meio da distribuição da justiça feita pelo Estado ou, na esfera privada, pela arbitragem (GUILHERME, 2016, p. 07-08).

Destaca-se que os métodos consensuais se apresentam mais adequados ao direito moderno e à complexidade das relações da sociedade atual, diferente da concepção puramente abstrata de aplicação da lei, tudo isso tendo por base a percepção de que alguns conflitos são melhor tratados por meio de procedimentos não adversariais (CURY, 2016, p. 488).

Dessa forma, o presente estudo se limita a compreender a autocomposição, que é caracterizada por alguns meios de solução de conflitos, como a negociação direta, a mediação e a conciliação, que serão abordados a seguir.

2.2.3 Diferenças entre mediação e conciliação

Inicialmente, cumpre destacar que mediação e conciliação têm em comum serem formas de negociação assistida. Com efeito, a negociação pode ser direta – quando realizada pelas próprias partes em disputa – ou indireta, como ocorre na conciliação e na mediação, em que um terceiro imparcial assiste as partes na negociação de seus interesses.

Conforme restou demonstrado, a mediação e a conciliação são formas de autocomposição, em que as partes constroem por si só a resolução do conflito. No entanto, esses institutos possuem diferenças básicas entre si, merecendo destaque conceituar e distingui-los, a fim de melhor compreendê-los.

A diferença entre os dois institutos consiste na atuação do terceiro interventor no procedimento, sendo que o conciliador atua de forma mais ativa na condução das partes, enquanto que o mediador atua como facilitador do diálogo, sendo-lhe proibido exercer qualquer intervenção direta na vontade das partes (BEDÊ. CHMATALIK, 2016, p. 434-435).

Ainda sobre o papel do mediador e do conciliador, Maria Nazareth Serpa, citada por Luiz Guilherme (2016, p. 12), aduz que na mediação, o terceiro interventor, pessoa neutra, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. Seu papel é ajudar na comunicação das partes, por meio da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como está fora do contexto conflituoso, ele servirá como um catalisador da disputa, ao conduzir as partes na solução do conflito, sem propriamente interferir na substância deste.

Na conciliação, por sua vez, o terceiro pode propor e encaminhar soluções para o litígio, deixando que as partes decidam. Nesse contexto, a função do conciliador é tentar fazer com que as partes evitem ou desistam da jurisdição ao encontrar denominadores comuns, seja pela renúncia, submissão ou transação (GUILHERME, 2016, p. 12).

Cumprido destacar, inclusive, que o CPC/2015, sabendo da importância dessa questão conceitual, traça em seu artigo 165, § 2º e 3º, a distinção básica entre a atuação do conciliador e do mediador.

De acordo com esse dispositivo, o conciliador atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes e poderá sugerir soluções para o litígio, desde que não se utilize de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação, para que as partes cheguem a um acordo; ao passo que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, mas apenas auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que as próprias partes possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si só, soluções consensuais que gerem benefícios para ambos (BRASIL, 2015).

Outra diferença importante diz respeito ao objetivo almejado por cada um dos métodos. Na conciliação, o principal objetivo é chegar ao acordo, ao passo que na mediação é facilitar a comunicação das partes, sendo que o acordo é apenas uma consequência da comunicação restabelecida.

Importante observar que, não obstante os métodos de resolução alternativos de conflitos se tratem de uma forma de acesso à justiça, seu objetivo não pode ser como de um mecanismo para efetivar a duração razoável do processo, ainda que indiretamente sirvam para essa função.

Nesse sentido, Ravi Peixoto (2016, p. 93), ao tratar do assunto, traz os exemplos da utilização dos chamados “mutirões de conciliação”, que encaram a mediação e a conciliação como mecanismos de efetivação da duração razoável do processo em vez de permitirem paulatinamente a construção de um diálogo entre as partes, sendo certo que forçar esses métodos alternativos pode resultar no favorecimento daqueles que possuem maior poder de barganha.

Nesse contexto, necessário novamente trazer à tona a importância do papel do Advogado nesses métodos de resolução de conflitos, sobretudo na mediação, como parte fundamental para orientar os sujeitos e suas

possíveis atitudes na construção do consenso, sem incentivar a política da barganha.

Lado outro, de acordo com Ravi Peixoto (2016, p. 94), o Código de Processo Civil ficou no meio termo ao tratar do assunto, uma vez que “adotou uma opção mista entre os diferentes objetivos da mediação, tendo o desejo de alcançar acordos e, ao mesmo tempo, incentivar a restauração das relações rompidas”.

Dessa forma, importante aprofundar na temática, sobretudo no que toca à mediação, a fim de abordar os tipos existentes para melhor compreender o procedimento adotado pelo CPC/2015, e posteriormente entender o papel do Advogado nesse método de mediação adotado.

3. A mediação como forma de resolução de conflitos

Conforme restou demonstrado, instaurou-se culturalmente a política do combate, em que, numa situação de litígio, as partes ingressam em juízo e encaram o processo como verdadeiro campo de batalha, o que contribui, ainda mais, para a morosidade do Poder Judiciário.

Nesse contexto, surgem os meios adequados de resolução de conflitos, dentre eles a mediação, que consiste numa forma de autocomposição em que as próprias partes resolvem seus conflitos por meio do diálogo, facilitado pelo mediador.

De acordo com Lília Maia de Moraes Sales (2008), “a mediação possibilita a transformação da ‘cultura do conflito’ em ‘cultura do diálogo’ na medida em que estimula a resolução das querelas jurídicas pelas próprias partes”. Para aquela autora, “a valorização dá-se em um ponto importante, eis que são elas [as partes] os atores principais responsáveis pela resolução da divergência”.

O objetivo inicial da mediação, portanto, é tentar fazer com que as partes voltem a ter uma comunicação eficiente, a fim de que possam discutir os pontos relevantes do conflito, e possam encontrar uma solu-

ção amigável para o problema, sendo certo que o acordo é apenas uma consequência lógica do diálogo restabelecido.

Cumpre salientar que, se atingido o acordo, por ter sido construído pelas próprias partes, será também melhor aderido por elas, com maior índice de comprometimento, cumprimento espontâneo e satisfação mútua. O sentimento de autoria auxilia na espontaneidade do cumprimento, pelas partes, dos acordos celebrados por estas.

Ademais, se bem-sucedida, as partes deixarão a mediação conhecedoras de suas próprias emoções e equipadas de ferramentas de comunicação que poderão lhes ser úteis em conflitos futuros, uma vez que a mediação possui efeitos terapêuticos, já que as pessoas acabam por desenvolver suas capacidades de percepção dos próprios sentimentos e das suas necessidades, além de conseguirem reconhecer os sentimentos e as necessidades do outro.

A fim de tentar restabelecer o diálogo entre as partes e conduzi-las nesse processo de autoconhecimento, surge a figura do mediador, terceiro imparcial, que possui a função de analisar o conflito, buscando compreender os interesses encobertos pelas posições.

Nesse contexto, importante diferenciar interesse de posição, isto é, aquilo que as partes em litígio realmente querem e o que aparentemente buscam com o conflito estabelecido. Noutras palavras, o interesse é o que é realmente importante para a parte, suas necessidades reais; a posição é uma possível estratégia, vislumbrada pela parte – e por isso, é o que ela pede – para satisfação daquele interesse ou necessidade.

Assim, tem-se que posição, também denominada de interesse declarado ou interesse aparente, é aquilo que a parte externa como sendo seu objetivo, isto é, a intenção declarada pela parte; ao passo que interesse, também chamado de interesse real ou interesse verdadeiro, é aquilo que se busca com a posição declarada, aquilo que a parte de fato almeja como resultado final. Por trás de um interesse, existe uma necessidade que é importante trazer à luz na condução do processo de mediação.

Dessa forma, conclui-se que na mediação as partes são conduzidas, por um terceiro imparcial, à compreensão das posições e interesses, para que elas mesmas busquem as melhores soluções para satisfazer os seus reais interesses, e não apenas aquilo que a princípio declarou como sendo seu objetivo.

O CPC/2015 implementou em seu bojo, ainda, diversos dispositivos que disciplinam a mediação, que se encontram previstos em seus artigos 165 a 175:

I) dever de criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos (Cejuscs); II) existência de princípios norteadores da mediação; III) capacitação de mediadores em entidades credenciadas; IV) credenciamento de mediadores e Câmaras de Mediação junto aos quadros dos Tribunais; V) previsão de remuneração dos mediadores em tabela fixada pelo Tribunal; VI) causas de impedimento e descredenciamento dos mediadores; e VII) possibilidade de Câmaras específicas à resolução consensual de conflitos no âmbito administrativo (MARCATO, 2016, 133).

Por fim, destaca-se que diversos são os tipos de mediação, bem como as técnicas que podem ser empregadas pelo mediador na resolução do conflito, que serão vistos a seguir.

3.1 Tipos de mediação

Analisar os tipos de mediação existentes se faz importante a fim de compreender o método escolhido, na Resolução nº 125/10 do CNJ, como modalidade a ser utilizada no âmbito do Judiciário e, assim, compreender a figura do Advogado nesse contexto.

Dessa forma, passa-se a uma breve análise das principais abordagens ou métodos de mediação existentes.

3.1.1 Mediação avaliativa

A mediação avaliativa surgiu por volta dos anos de 1980, nos Estados Unidos. Nela, o mediador-avaliador deve se preocupar não só com os direitos legais das partes, mas também em tornar célere o acordo quando do processo de mediação.

Conforme Enia Cecília Briquet (2016, p. 155), trata-se de “uma mediação baseada em conceitos jurídicos de justiça, no direito e na lei”, em que o mediador se apoia nas disposições legais como fundamento à sua mediação, dando às partes suas previsões e diagnósticos sobre o caso, “apontando a fragilidade dos argumentos de ambas as partes e fornecendo consultoria a cada uma das partes, principalmente em reuniões particulares”.

Nota-se, pois, que na mediação avaliativa o mediador, tido como avaliador, apresenta prognósticos do caso, sobretudo no que diz respeito a como o conflito se desenrolaria no tribunal, a fim de tornar o acordo célere e tentar evitar o ajuizamento de uma demanda judicial.

3.1.2 Mediação narrativa

A mediação narrativa foi desenvolvida em meados de 1980, por Michael White e David Epston, na Austrália. Ela se encontra fundamentada pela terapia narrativa familiar e utiliza duas ideias-chave: a desestabilização e a construção conjunta de histórias.

Enia Briquet (2016, p. 168), citando Sara Cobb, elucida que a história contada pela parte no conflito é, ao mesmo tempo: “o seu conteúdo, contido dentro do corpo da história em si (o real conjunto de acontecimentos) e a maneira de ser contada ou a forma de como a história é relatada (o discurso)”.

Importante observar que o ponto de vista de uma pessoa nunca será objetivo, sendo certo que a descrição de um fato está diretamente ligada a esse ponto de vista, que está ligado, por sua vez, ao contexto sociocultural do narrador.

Como consequência disso, as histórias dos conflitos geralmente tendem a lançar a parte que conta sua história no papel de vítima e/ou

herói, e colocar a outra parte no papel de “mal”, do inimigo (BRIQUET, 2016, p. 170).

Nesse contexto, a principal função do mediador é circular as histórias dos participantes, a fim de criar uma interdependência entre eles e à própria estória.

Isto é, deve-se entender que para que as partes se compreendam por meio desse processo de comunicação facilitada por um terceiro estranho, é necessário analisar não só a causa imediata que determinou aquela situação problema, mas o conjunto de causas remotas que contribuíram para o deslinde do conflito (LUZ, 2016, p. 635).

Para tanto, utilizam-se das técnicas da desconstrução, a fim de desconstruir e desestabilizar a história dominante, inicialmente trazida pelas partes, para a construção de uma realidade diferente, uma história alternativa que contemple todos os envolvidos, que se veem implicados nos fatos narrados.

Noutros termos, o mediador, nesta abordagem de mediação, auxilia os mediandos a perceberem sua parcela de responsabilidade nos fatos que narram – e não apenas como vítimas. A partir do momento em que cada parte se percebe também responsável, de alguma forma, pelo conflito, abre-se o caminho para que se perceba também como responsável pela solução, o que cria um movimento de engajamento na busca do consenso.

Portanto, por meio da mediação narrativa, leva-se em consideração a história das partes, a fim de encontrar o sentido na construção da relação entre elas e, assim, entender a existência do conflito e tentar resolvê-lo.

3.1.3 Mediação transformativa

A mediação transformativa foi ventilada em 1994, tendo como precursores Robert A. Baruch Bush e Joseph Folger, e tem como principal objetivo fomentar nas partes o empoderamento e reconhecimento, o que permitiria aos mediandos aproximar-se do problema atual e antecipar problemas futuros ao ter uma visão mais ampla do caso.

Para eles, nas palavras de Enia Briquet (2016, p. 166), o empoderamento consiste em habilitar as partes para que cada uma possa definir seus problemas e procurar soluções por si só; ao passo que reconhecimento significa reconhecer as necessidades e interesses da outra parte, bem como compreender as perspectivas da outra parte envolvida.

Assim, a mediação transformativa “ajuda as partes a reconhecer e explorar as oportunidades de crescimento moral inerentemente proporcionadas pelo conflito”, independentemente de terem seu ponto de vista reconhecido (BRIQUET, 2016, p. 166).

Com efeito, vivenciar um conflito coloca as partes em situação de fragilidade – percepção de si mesmo como vítima – e autocentrimento, que é o fechamento da parte em si mesma, desconsiderando o outro como sujeito titular de necessidades e direitos legítimos.

Assim, a mediação transformativa trabalha para colocar as partes em movimento, levando-as da fragilidade ao empoderamento – percepção da própria capacidade de tomada das melhores decisões acerca da própria vida – e do autocentrimento ao reconhecimento do outro, cujos interesses são igualmente legítimos. Esse movimento coloca ambas as partes em equilíbrio para a negociação que poderá levar à satisfação dos interesses e necessidades de cada um dos mediandos.

Para Ilana Martins Luz (2016, p. 637), “o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar sua autoestima, rompida com o problema vivenciado”.

Na mediação transformativa, portanto, cada uma das partes, além de definir quais são os seus problemas, busca compreender as necessidades e os interesses da outra. Nesse contexto, o controle sai da figura do mediador e é colocado nas próprias partes, que possuem a responsabilidade por todo o desfecho da mediação.

3.1.4 Mediação facilitativa

A mediação facilitativa possui o objetivo de auxiliar as próprias partes a buscarem uma resolução do conflito que seja mutuamente aceitável para elas.

O mediador possui o objetivo de facilitar a resolução do problema, estimulando as partes a avaliarem e tomarem suas próprias decisões, isto é, facilitando a avaliação que deverá ser realizada pelas próprias partes.

Nesse sentido, Enia Briquet, citando K.K. Kovach e L.P. Love, enumera as funções do mediador nesse tipo de mediação:

- 1) elaborar a composição da conversa de forma que as partes possam se ouvir reciprocamente sem reagir de uma maneira defensiva; 2) estruturar o planejamento das transações de forma a maximizar a possibilidade de uma colaboração bem-sucedida entre as partes; 3) experimentar estimativas e posições de modo a assegurar que cada parte compreenda e considere as contraposições e avaliações distintas; 4) desestimular propostas que possam atrapalhar as negociações ou que pareçam irrealistas e insatisfatórias; 5) encorajar as partes a obterem mais recursos e informações; 6) em determinados casos, sugerir possibilidades de resolução que estimulem as partes a elaborar opiniões próprias (BRIQUET, 2016, p. 154).

Conforme restou demonstrado, o CPC/2015 trouxe em seu bojo a definição do mediador, dispendo, repita-se, que ele apenas auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que as próprias partes possam identificar, por si só, soluções consensuais que gerem benefícios para ambos.

Tem-se, portanto, que a partir dessa definição é possível concluir que o CPC/2015, por inspiração da Resolução nº 125/10 do CNJ, adotou a chamada mediação facilitativa, uma vez que o mediador apenas facilitará o diálogo entre as partes. Destaque-se que a mencionada Resolução regulamenta a formação do mediador de conflitos, no âmbito do Judiciário, a partir das premissas afetas à mediação facilitativa.

Nesse contexto, surge a figura do Advogado, que orientará seu cliente quanto aos resultados jurídicos do processo de mediação, o que passa a tratar a seguir.

4 A indispensabilidade do advogado na mediação

Os Advogados exercem um papel fundamental na realização da mediação, uma vez que eles serão os responsáveis por orientar cada mediando no que diz respeito aos desdobramentos jurídicos das possíveis escolhas tomadas por ele no procedimento. Ademais, os Advogados zelam pela observância dos direitos e garantias das partes do conflito.

Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas (2016, p. 80) elucidam, ainda, que os Advogados exercem importante participação para que se alcance a chamada decisão informada, uma vez que a parte que se submete à mediação possui o direito de ser orientado no que diz respeito à solução consensual em construção, tanto no plano processual, como material, a fim de tentar evitar que ela se surpreenda posteriormente com uma consequência jurídica não prevista na autocomposição.

No que tange à relação Advogado-cliente, Gabriela Assmar e Débora Pinho (2016, p. 602) entendem que é o Advogado quem garante ao cliente que este está fazendo as melhores opções dentro do que possa ser exequível juridicamente, uma vez que o cliente deposita sua confiança no seu patrono. Ademais, por não estar emocionalmente envolvido no conflito, o Advogado consegue auxiliar o cliente na tomada de decisões racionais – já que a racionalidade tem difícil acesso no campo das emoções que assolam os indivíduos na vivência de um conflito.

Dessa forma, reconhecendo a importância do Advogado na realização da mediação, o CPC/2015 dispôs, em seu artigo 334, §9º, que na mediação judicial as partes obrigatoriamente devem estar acompanhadas por advogados ou defensores públicos, exceto nas hipóteses de dispensa destes (BRASIL, 2015).

Nas mediações extrajudiciais, por sua vez, a presença do Advogado não configura requisito indispensável para realização do procedimento, não obstante, na prática, um Advogado capacitado para atuar na mediação ofereça ao cliente maior segurança emocional e jurídica. Acerca disso, pretende-se refletir no presente artigo.

A Lei 13.140/15 – Lei da Mediação – dispõe, em seu artigo 10, que as partes poderão ser assistidas por Advogados ou Defensores Públicos, fazendo uma ressalva apenas de que se uma das partes comparecer acompanhada de Advogado ou Defensor Público, a mediação será suspensa até que todas estejam devidamente assistidas (BRASIL, 2015). Essa ressalva visa à manutenção do equilíbrio negocial das partes.

Nota-se, pois, que a lei utiliza o vocábulo “poderão” e não “deverão”, o que divide a opinião dos operadores do Direito no que diz respeito à obrigatoriedade da participação do Advogado na mediação extrajudicial.

Não obstante, é recomendável que mesmo nos procedimentos extrajudiciais, as partes sejam acompanhadas de Advogados e/ou Defensores Públicos a fim de orientá-las, uma vez que elas emitirão vontades e firmarão compromissos com consequências jurídicas (MAZZEI e CHAGAS. 2016, p. 80).

Entretanto, espera-se que o Advogado possua o conhecimento técnico referente aos métodos adequados de resolução de conflitos, para além da experiência judicial, a fim de que possa efetivamente auxiliar seu cliente na construção de decisão satisfatória, célere e duradoura para o conflito.

Para tanto, é imprescindível que o Advogado possua as habilidades necessária ao assessoramento do cliente da mediação, a fim de orientá-lo no rumo de solucionar o conflito preexistente – e não agravá-lo.

Dessa forma, passa-se a abordar as habilidades essenciais ao Advogado na mediação.

5 Habilidades essenciais ao advogado na mediação

Conforme restou demonstrado, a presença do Advogado na mediação é fundamental, uma vez que é ele quem vai orientar o cliente a respeito dos desdobramentos jurídicos de possíveis decisões.

No entanto, a participação do Advogado no processo de mediação não pode ser descuidada.

Cumpra destacar que os Advogados que chegam preparados para a mediação possuem maiores chances de melhor cooperar para o restabelecimento do diálogo das partes e, conseqüentemente, para a confecção de um bom acordo.

Assim, para melhor assessorar o cliente na mediação, o Advogado precisa possuir habilidades específicas que vão além do conhecimento puramente jurídico, como se verá a seguir.

5.1 Conhecimento técnico do procedimento

O principal objetivo da mediação é o restabelecimento do diálogo entre as partes, sendo o acordo uma consequência secundária, de modo que a contribuição do Advogado é fundamental.

No entanto, deve haver uma adaptação de seu comportamento e estratégia, a fim de potencializar as chances de obtenção de êxito, de modo a atenuar, em vez de agravar, o grau de litigiosidade entre as partes.

Tudo isso só será possível se o Advogado possuir o conhecimento técnico necessário para a atuação no procedimento. Importante salientar que o conhecimento é necessário tanto na fase pré procedimental, como no procedimento.

Previamente ao procedimento da mediação, o Advogado precisa avaliar se essa é a forma mais adequada para resolver o conflito que lhe foi apresentado. Para tanto, precisa conhecer as vantagens e desvantagens do procedimento, além do resultado buscado pelo seu cliente.

Além disso, possuindo o conhecimento técnico acerca dos métodos adequados de resolução de conflitos, somados ao conhecimento obtido com a prática forense, os Advogados poderão também orientar seus cli-

entes no sentido de que a finalidade do processo não deve ser apenas fazer justiça, mas principalmente buscar a pacificação do conflito, a qual pode ser obtida mais satisfatoriamente pelos meios autocompositivos, do que os adjudicatórios (MAZZEI; CHAGAS. 2016, p. 81).

Vários pontos devem ser analisados, dentre os quais, se o cliente procura: um maior controle sobre o resultado final do conflito; um procedimento que consiga resolver não só as questões jurídicas, mas também as não-jurídicas; preservar ou aperfeiçoar um relacionamento, pessoal ou profissional; soluções criativas; estruturar acordos duradouros; economizar tempo e dinheiro (ORLANDO, 2014, p. 78-79).

Caso se esteja diante dessa situação, a mediação é o procedimento viável. No entanto, o Advogado só conseguirá assim enxergar se tiver o conhecimento técnico para tanto, uma vez que a inexperiência no procedimento da mediação tende a levar o Advogado a rejeitá-la por não saber como garantir os direitos de seu cliente nesse novo cenário. É natural o receio – e evitação – quanto ao desconhecido.

O Advogado deve, ainda, saber escolher o mediador mais adequado para o caso em conflito, uma vez que existem mediadores com vários graus de experiência, especializados em diversas áreas e com estilos diferentes de atuação (ORLANDO, 2014, 79). A escolha do mediador, na mediação privada, é fundamental. Já na mediação pública ou judicial, comumente os mediadores são designados pelo Tribunal, o que restringe a liberdade dos mediandos e Advogados na importante tarefa de escolher o facilitador do diálogo.

As autoras Gabriela Assmar e Débora Pinho (2016, p. 602) aduzem que, para melhor assessorar aos interesses de seus clientes, “os advogados deverão se familiarizar com a experiência da mediação, os códigos de ética e regulamentos praticados por instituições provedoras de serviços de mediação”. Além disso, deverão compreender “os estilos de mediadores, entre outros fatores que podem colaborar para a obtenção de bons resultados em mediação ou a partir dela”.

Após optar, juntamente com o cliente, pela mediação, este e o Advogado devem se preparar, de modo a traçar os principais objetivos a serem alcançados e a melhor estratégia para atingi-los. Nesse sentido:

É extremamente útil que o mediador tenha oportunidade de conversar primeiro com os advogados, ajudando-os a preparar seus clientes para a primeira reunião de mediação [...]. O advogado não pode ser surpreendido diante de seu cliente. Ele precisa prepará-lo para a primeira reunião de mediação e para cada passo da negociação, ajudando-o, inclusive, a decidir que temas devem ser preservados na confidencialidade de reuniões privadas com o mediador e que temas podem ser tratados em reuniões conjuntas (ASSMAR; PINHO. 2016, p. 603).

Após ingressar no procedimento em si, é necessário que o Advogado saiba diferenciar a forma de atuação numa mediação à postura esperada dele num processo litigioso. Na mediação, o protagonista é o cliente, ao passo que o Advogado atua como um assistente do cliente negociador; não há necessidade de convencer o terceiro externo a dar razão a seu cliente em detrimento do outro lado. (ASSMAR e PINHO. 2016, p. 602-603).

Nota-se, pois, que o Advogado inserido em um procedimento de mediação deve possuir o conhecimento técnico necessário para compreender o protagonismo das partes, de modo que, em vez de falar por elas, defendendo-as, representando-as, argumentando e buscando resolver os seus conflitos, deverá reconhecer que as partes sabem o que é melhor para a própria vida.

Dessa forma, o Advogado assume um papel de assessor jurídico de seu cliente, uma vez que deixa de ser o representante, a voz da parte, passando a ser seu consultor jurídico, fornecendo as orientações jurídicas necessárias para o caso, uma vez que o mediador, terceiro imparcial, está proibido de fazê-lo.

Nesse sentido, cumpre salientar que as orientações jurídicas se limitam em avaliar se a vontade do cliente é permitida pelo ordenamento jurídica brasileiro, e não em apontar a solução que o Direito dá para casos similares, de modo a contribuir para a construção de um acordo

que seja baseado em fundamentos jurídicos válidos, a fim de evitar possíveis nulidades.

Lado outro, Gabriela Assmar e Débora Pinho (2016, p. 602) aduzem que a nova legislação confia uma função muito importante aos Advogados no que diz respeito à “redação de cláusulas compromissórias de mediação sob medida para a realidade, necessidade e limitações de seus clientes”.

É necessário, portanto, o conhecimento técnico para confeccionar as cláusulas de compromisso de acordo com a realidade a que as partes se encontram submetidas.

Assim, tem-se que o Advogado conhecedor das técnicas de mediação sabe que deve dar espaço aos clientes para que eles consigam expressar os seus sentimentos e suas necessidades, para, assim, conseguirem construir juntos a melhor solução para o seu conflito, dentro dos limites legais e dentro das cláusulas compromissórias por ele confeccionadas.

5.2 Habilidades comunicacionais

Comunicar-se qualitativamente numa mediação é de extrema importância, não só para as partes, que procuram restabelecer o diálogo, mas também para os Advogados, uma vez que, conforme restou demonstrado, são eles que acompanharão seus clientes quanto ao procedimento escolhido.

Alessandra Mourão (2017, p. 71) elucida que “a comunicação não se restringe a falar ou escrever uma intenção, ideia ou objetivo de forma unilateral”. Para aquela autora, a comunicação eficiente só se efetiva quando se está diante de uma via de mão dupla, isto é, falar e ouvir, entender e verificar se entendeu e foi entendido.

No entanto, diante de uma mediação, é necessário que haja cautela na forma de expressar o raciocínio, uma vez que, dependendo da forma escolhida, pode impactar a parte, de modo a agravar o problema que lhe foi trazido.

Considerando que o Advogado assumirá o papel de assessor jurídico do cliente, deve abandonar “as práticas litigiosas de comunicação combativa, competição excludente, intimidação e perspectiva ganha-perde” e assumir uma versão “não adversarial, se utilizando de uma comunicação construtiva, persuasiva, sem abandonar a parcialidade, competindo de forma cooperativa”. Nesse caso, deve atuar sob uma perspectiva ganha-ganha, “a fim de auxiliar da melhor maneira possível não só o seu cliente, mas também o próprio procedimento” (SANTIAGO, 2017).

Dessa forma, o Advogado potencializa as chances de sucesso na mediação, diminuindo o grau de litigiosidade entre as partes.

O inverso ocorre quando o Advogado apresenta a comunicação combativa, mostrando-se extremamente litigante na mediação e apresentando um comportamento de tentar convencer e impor sua razão.

Nesse caso, os conflitos tendem a se agravar e o caminho será o do processo, o qual é extremamente desgastante e moroso para as partes.

É fundamental, portanto, que o Advogado na mediação apresente uma comunicação cooperativa e colaborativa, a fim de contribuir para a pacificação do conflito. Nesse contexto, surge o questionamento: como é realizada essa comunicação colaborativa?

O primeiro passo consiste em saber ouvir. Em suma, as pessoas tendem a ouvir para projetar uma resposta e não para de fato compreender o que o outro está falando. Para saber ouvir, é necessário que se ouça com atenção, interesse e concentração no que está sendo dito.

O que muitas vezes as partes precisam é de serem ouvidas para que os sentimentos de mágoa, rancor e hostilidade se transformem em sentimentos de confiança e tranquilidade.

Um erro comum no que diz respeito à comunicação consiste em manter o foco em si, no que se tem a dizer, ao invés de prestar atenção no que a outra parte está dizendo (MOURÃO, 2017, p. 71).

Dessa forma, para que os Advogados consigam compreender de fato qual é o interesse de seu cliente e não apenas sua posição, é preciso saber ouvi-los.

Outro ponto importante consiste em conseguir equilibrar empatia e objetividade.

Para agir com empatia, é importante que seja capaz de verificar se o que vem compreendendo é de fato o que o outro está falando, a fim de corrigir caso haja algum equívoco.

Alessandra Mourão (2017, p. 74) aduz que a empatia consiste na “habilidade de demonstrar de forma precisa e desprovida de qualquer julgamento o seu entendimento sobre quais sejam os interesses, intenções, necessidades e perspectivas do outro, sem que isso implique concordância quanto a eles”.

No entanto, é necessário ponderar o comportamento empático e a firmeza de suas colocações.

Dessa forma, o Advogado deve conseguir expressar e defender com firmeza suas perspectivas e intenções, de forma clara e precisa, verificando também se suas colocações estão sendo absorvidas pelo cliente.

Por fim, é importante que o Advogado saiba pensar e ponderar antes de expressar sua opinião, para não impactar negativamente a forma que o cliente irá se portar diante da mediação.

5.3 Habilidades negociais

Certo é que com a diversificação das relações sociais e a maior interação entre as pessoas, surge um maior número de conflitos, de modo que saber resolvê-los satisfatoriamente torna-se uma habilidade essencial.

Uma das formas utilizadas para resolver conflitos é a negociação, a qual, quando dominada pelo profissional, é uma qualidade que melhora o seu desempenho na solução do conflito.

Roger Fisher e William Ury (2014, p. 21) definem a negociação como sendo “uma comunicação de ida e volta, concebida para que se chegue a um acordo quando você e outra parte têm tanto interesses em comum quanto divergências (sem falar nos casos em que os interesses são simplesmente diferentes)”.

A fim de compreender a técnica de negociação a ser utilizada pelo Advogado como assessor jurídico na mediação, é necessário entender as técnicas de negociações existentes.

Enia Cecília Briquet enumera quatro tipos de orientações negociais: competitiva, cooperativa, integrativa e mista.

Na negociação competitiva, as pessoas tendem a ter uma visão apenas do interesse próprio e, dessa forma, há um antagonismo, de modo que enquanto uma parte ganha, a outra perde. Sua principal tática envolve dissimulação, confronto e ameaças (BRIQUET, 2016, p. 138).

A negociação cooperativa, por sua vez, consiste em um tipo de estratégia para resolução do problema, sendo que se pretende que as partes trabalhem conjuntamente a fim de buscar a solução de suas questões, de modo que seja razoavelmente boa para ambas. Busca-se consolidar acordos justos, sábios e duráveis (BRIQUET, 2016, p. 138).

Citando Gifford, Enia Briquet (2016, p. 138) aborda ainda a chamada negociação integrativa, a qual tenta conciliar os interesses das partes. Nela, utiliza-se a estratégia da troca de informações entre as partes, “para que seus motivos, valores e objetivos sejam entendidos e levados em consideração”. Assim, busca-se chegar à resolução do conflito por meio do esforço das partes em desenvolver novas opções para satisfazer a todos.

Por fim, a negociação mista consiste na junção das três estratégias, uma vez que, por elas não serem exclusivas, um negociador pode se utilizar de mais de uma delas numa única negociação.

Consoante elucida a autora Alessandra Nascimento Silva e Figueiredo Mourão (2017, p. 33), o Advogado deve orientar o cliente no sentido de enxergar as vantagens da negociação, explicando que os possíveis resultados negociados, vindo ao encontro dos interesses de seu constituinte, significam uma vitória, e não um indício de fraqueza e/ou submissão.

Considerando que numa mediação não se tem o objetivo de derrotar a outra parte, mas sim de tentar restabelecer a comunicação eficiente entre elas, a fim de que possam debater os pontos relevantes do conflito e encontrarem juntas uma solução para o problema, espera-se que o Ad-

vogado se utilize da negociação cooperativa, a fim de colaborar para a solução do conflito, sem agravá-lo.

Nesse sentido, Fabíola Orlando (2014, p. 78) aduz que para advogar no procedimento da mediação com efetividade, pressupõe-se “o desenvolvimento contínuo da habilidade de assessorar adequadamente seu cliente para estar em uma negociação de cunho colaborativo, que nada se aproxima daquela dinâmica tradicional, baseada na barganha”.

Importante ainda conhecer o modelo de negociação elaborado por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, para melhor orientar seu cliente na mediação.

5.3.1 Método de negociação de Harvard

O modelo elaborado por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, também chamado de “método de Harvard” ou “como chegar ao sim”, baseia-se em quatro princípios essenciais que devem ser estudadas por aqueles que pretendem se especializar em negociação.

O primeiro passo do método supracitado consiste em separar as pessoas do problema.

É sabido que em uma negociação se lida com seres humanos, que estão tomados por emoções, experiências e diferentes pontos de vista, de modo que tudo isso acaba se misturando com as discussões sobre o objeto do conflito (substância).

Carlos Eduardo Vasconcelos (2008, p. 76) aduz que “a relação tende a confundir-se com o problema, uma vez que a barganha posicional não distingue o relacionamento do problema material em conflito”.

A barganha posicional ocorre quando cada uma das partes de uma negociação assume uma posição, defendendo-a e não fazendo concessões para chegar a resolução daquele conflito através do acordo.

Para Roger Fisher e William Ury (2014, p. 42) “a barganha posicional leva a um conflito entre a substância e relacionamento”, de forma que “tratar uma negociação como um concurso de vontades a respeito de

posições agrava o processo de embaralhamento”. Ademais, conclui que “essa estratégia geralmente resulta em uma substância sofrível e em um relacionamento prejudicado”.

Dessa forma, necessário se faz que o negociador conduza as partes no sentido de separar a relação da substância, de modo que não se deve resolver questões relacionais através de concessões materiais.

Para tanto, deve-se orientar a parte a se colocar no lugar da outra, sem deduzir as intenções desta, tampouco culpá-la pelo problema.

Ademais, é importante entender as emoções de cada uma das partes, tornando-as explícitas e reconhecendo-as como legítimas. Além disso, deve-se deixar que cada uma das partes desabafe, uma vez que, para os autores (2014, p. 51), “um modo eficaz de lidar com a ira, a frustração e outras emoções negativas das pessoas é ajudá-las a desabafar”.

No entanto, liberar emoções pode ser arriscado. Assim, deve-se orientar a parte a não reagir com surtos emocionais, indicando que cada um terá sua vez.

Tudo isso contribui para que haja uma descarga psicológica, o que facilita na desvinculação da emoção e do objeto do conflito e ajuda no restabelecimento da comunicação racional entre as partes.

Como segundo princípio do método tem-se que é necessário conciliar interesses, isto é, aquilo que as partes de fato almejam como resultado final, em vez de posições, ou seja, aquilo que as partes aparentemente têm por objetivo.

Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (2014, p. 58) aduzem que “interesses são motivadores. São a força oculta por detrás do rebuliço das posições. A sua posição é algo sobre o que você decidiu. Seus interesses são o que o levaram a tomar essa decisão”.

Para os autores (2014, p. 60), “quando se examinam realmente os interesses motivacionais por trás das posições opostas, frequentemente se descobre uma posição alternativa que atende não apenas aos interesses de uma das partes, como também da outra”.

A conciliação de interesses é admissível tendo em vista que, para cada interesse, é possível que haja mais de uma solução para satisfazê-lo. Ademais, por detrás de posições opostas, é possível que haja soluções alternativas que atendam ambas as partes (BRIQUET, 2016, p. 144).

Dessa forma, mesmo que se esteja diante de posições antagônicas, é possível que haja interesses comuns e compatíveis.

O terceiro ponto consiste em inventar opções de ganhos mútuos, isto é, soluções que atendam a ambas as partes.

Para lograr êxito na tentativa de convencer a outra parte a fazer as coisas do seu jeito, é preciso que ela também tenha ganhos com isso.

Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton (2014, p. 82) elucidam que “independentemente do interesse conjunto de se evitar uma perda mútua, quase sempre existe a possibilidade de um ganho comum. Isso pode tomar a forma do desenvolvimento de um relacionamento mutuamente vantajoso”.

Para tanto, os autores (2014, p. 74-75) sugerem a realização de uma sessão de *brainstorming*, isto é, técnica utilizada para desenvolvimento de novas ideias, a fim de tentar obter a maior quantidade possível de opções para a solução do conflito.

Nesse ponto, é importante que o Advogado oriente seu cliente no sentido de que não está se comprometendo a nada, mas tão somente apresentando opções que são possibilidades imaginadas, a fim de que não haja um bloqueio nesse processo imaginativo.

Dessa forma, torna-se possível a identificação de interesses compartilhados e a harmonização de interesses discrepantes.

Por fim, como quarto ponto do método, devem-se utilizar critérios objetivos, isto é, a solução se baseia num padrão justo, independente das vontades de cada lado.

Para Alessandra Mourão (2017, p. 65), não basta que se criem opções de ganhos mútuos. É necessário também que essas opções sejam legítimas e justas, para que possam ser aceitas pelos envolvidos, uma vez que nenhuma das partes gosta da sensação de sair de uma negociação

como se tivesse sido lesada. Esse sentimento leva ao não cumprimento espontâneo do acordo firmado.

Enia Briquet (2016, p. 146) aduz que os padrões justos podem se basear em algum precedente, “em padrões morais, num tratamento igualitário, na tradição, na reciprocidade, na eficiência, custos, etc”, sendo que, quando cada uma das partes possui um padrão diferente, é preciso achar uma concordância entre elas.

O supracitado método é um guia para a negociação colaborativa em uma enorme variedade de áreas, inclusive a Advocacia e, sobretudo, quando se trata de mediação de conflitos, em que se espera o comportamento colaborativo do profissional que está ao lado de cada parte.

Importante reafirmar que os Advogados que chegam preparados e colaborativos para o procedimento de mediação, sobretudo conhecedores das técnicas de negociação, têm maiores chances de êxito na evolução do trabalho, auxiliando seu cliente a alcançar o melhor desfecho para o caso.

6 Considerações finais

A introdução da mediação – negociação cooperativa facilitada por um terceiro imparcial – no ordenamento jurídico brasileiro ainda é recente, uma vez que seus primeiros traços surgiram com a Resolução 125/2010, editada pelo CNJ.

Dessa forma, é necessário que haja uma mudança cultural e, consequentemente, estrutural, uma vez que é fundamental a qualificação dos profissionais para melhor atuarem com esse novo método, tido por adequado, de resolução de conflitos, para melhor atender àqueles que procuram resolver seus problemas.

Nesse contexto, surgiram os questionamentos: todo Advogado está devidamente habilitado para acompanhar o cliente no procedimento da mediação? Se não, quais as habilidades necessárias para atenuar, em vez de agravar, a animosidade das partes?

Com o presente estudo chegou-se à conclusão de que a postura do Advogado precisará amoldar-se estratégica e comportamental, a fim de se adequar ao contexto do método autocompositivo.

Para tanto, é necessário que haja a qualificação profissional do Advogado, que atuará na mediação como assessor jurídico do seu cliente e precisa ter habilidades específicas, a fim de auxiliar na solução do conflito existente, em vez de agravá-lo.

Assim, abordaram-se três habilidades básicas que todo Advogado que queira ingressar nesse mercado precisa desenvolver: conhecimento técnico sobre o procedimento, domínio das técnicas de comunicação e de negociação.

O conhecimento técnico sobre o procedimento é importante uma vez que, diferentemente do que ocorre no processo litigioso, na mediação o Advogado precisa entender que ele atuará como assessor jurídico de seu cliente, o qual deve ser considerado protagonista do procedimento e que ditará os termos de seu acordo, enquanto que ao Advogado caberá orientar o cliente acerca dos desdobramentos jurídicos das suas escolhas.

Ademais, é o Advogado que avaliará se a mediação é a medida mais adequada para resolver o conflito; que apresentará a mediação ao cliente; que escolherá o mediador mais adequado; e que vai preparar o cliente de modo a traçar os principais objetivos a serem alcançados e a melhor estratégia para atingi-los.

Com relação à comunicação, é importante que o Advogado adote uma comunicação construtiva, persuasiva, sem abandonar a parcialidade, competindo de forma cooperativa, colaborativa, ao invés da costumeira comunicação combativa, uma vez que na mediação se tem o objetivo de restabelecer o diálogo entre as partes, de modo que a comunicação adotada pelo advogado influencia diretamente o procedimento.

Para tanto, é necessário que o Advogado saiba ouvir o que o cliente tem a dizer, de modo a conseguir verificar qual o seu interesse e não apenas sua posição; que saiba ponderar empatia e objetividade, a fim de verificar se o que está sendo dito está sendo compreendido da maneira

devida e vice-versa; e que saiba pensar e ponderar antes de expressar sua opinião, para que não impacte negativamente na forma com que o cliente está participando da mediação.

Por fim, é necessário que o Advogado domine as técnicas de negociação, que melhoram seu desempenho na solução do conflito.

Considerando que numa mediação não se tem o objetivo de derrotar a outra parte, mas sim de tentar restabelecer a comunicação eficiente entre elas, é necessário que o Advogado adote a negociação cooperativa.

Ademais, o Advogado deve ser conhecedor da técnica de negociação elaborada por Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, chamada de “método de Harvard” ou “como chegar ao sim”, a qual é baseada em quatro princípios essenciais.

O primeiro princípio consiste em separar as pessoas do problema, de modo que não se deve resolver questões relacionais através de concessões materiais; o segundo consiste em conciliar interesses e não posições, uma vez que mesmo que se esteja diante de posições antagônicas, é possível que haja interesses comuns; o terceiro consiste em inventar opções de ganhos mútuos, a fim de identificar interesses compartilhados e harmonizar interesses discrepantes; por fim, como quarto princípio, tem-se que é necessário se utilizar de critérios objetivos, baseados em padrões justos, para que as partes não se sintam lesadas.

Dessa forma, conclui-se que o Advogado preparado e qualificado potencializa as suas chances de sucesso na mediação, diminuindo o grau de litigiosidade entre as partes e aumentando o grau de satisfação do cliente, tanto com a prestação do serviço advocatício contratado, quanto com os resultados obtidos por meio da mediação.

7 Referências

ASSMAR, Gabriela; e PINHO, Débora. **Mediação Privada – um mercado em formação no Brasil**. In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Justiça multipartas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 589-606.

BEDÊ JÚNIOR, Américo; CHMATALIK, Cristiane Conde. **Conciliação: as técnicas de negociação e a nova política judiciária.** In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 431-441.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23 mar. De 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL. **Resolução** nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em 26 abr.2018.

BRIQUET, Enia Cecília. **Manual de mediação:** teoria e prática na formação do mediador. Petrópolis: Vozes, 2016.

CURY, César Felipe. **Mediação.** In. ZENETI JUNIOR, Hermes. e Trícia Navarro Xavier Cabral. Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 485-494.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim:** como negociar acordos sem fazer concessões. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual dos MESC:** meios extrajudiciais de solução de conflitos. Barueri: Manole, 2016.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa e mediação vítima-ofensor no sistema criminal.** In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 623-645.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. **A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil:** da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 129-139

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. **Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos.** In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. *Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.* Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 66-88

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Novo Código de Processo Civil** – o Ministério Público e os métodos autocompositivos. In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. *Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.* Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 253-268

MOURÃO, Alessandra Nascimento S. e F. **Técnicas de negociação para advogados.** 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ORLANDO, Fabíola. **Importantes contribuições do advogado para a mediação.** In. *Manual de mediação de conflitos para advogados: escrito por advogados.* Disponível em: <http://camc.oabj.org.br/camc/home/download/manual_mediacao.pdf> Acesso em 20 abr. 2018.

PEIXOTO, Ravi. **Os princípios da mediação e da conciliação:** uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In. ZENETI JUNIOR, Hermes. E Trícia Navarro Xavier Cabral. *Justiça multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.* Coord. Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 91-107.

SALES, Lília Maia de Moraes. **A mediação de conflitos:** mudanças de paradigmas. Disponível em <http://www.cbmae.org.br/n/artigo/a-mediacao-de-conflitos-mudanca-de-paradigmas>. Acesso em 18 abr. 2018.

SANTIAGO, Aryana de Assunção. **O exercício da advocacia na mediação de conflitos:** perfil e principais funções do Advogado não adversarial. Disponível em: <https://aryanasantiago.jusbrasil.com.br/artigos/436574014/o-exercicio-da-advocacia-na-mediacao-de-conflitos>. Acesso em 16 de mar. de 2018, às 20h15min.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação:** uma solução judiciousa para conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. ***Mediação de conflitos e práticas restaurativas:*** modelos, processos, ética e aplicações. São Paulo: Método, 2008.

A possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada

*Fabício Veiga Costa*¹

*Sérgio Henriques Zandoná Freitas*²

*Gilson Fernando da Silva*³

1 Introdução

Após as duas grandes guerras mundiais foi preciso repensar a dignidade humana como valor supremo e nos direitos capazes de explicitá-la.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, fala-se em “reconstrução dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2008, p. 118), com fundamento na dignidade como paradigma e referencial ético a ser seguido por todos os Estados. Esta “internacionalização dos direitos hu-

¹ Pós-Doutor em Educação pela UFMG; Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Direito de Família pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Direito Educacional Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU/MG. Advogado. Professor.

² Coordenador e docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzhf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandonapro.br

³ Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna - UIT/MG, com área de concentração em proteção dos Direitos Fundamentais; Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Pós-graduando em Direito Processual Constitucional pela Faculdade de Pará de Minas - FAPAM/MG. Graduado em Direito pela Faculdade de Pará de Minas - FAPAM/MG. Advogado. Professor.

manos” (PIOVESAN, 2008, p. 118) motivou diversos compromissos internacionais destinados a promover, garantir e proteger tais direitos, cujo catálogo reconhecido inclui o direito à alimentação adequada.

Nesse viés, o primeiro item inicia uma abordagem do direito à alimentação adequada no contexto dos direitos humanos, a partir do marco de usa internacionalização e reconstrução como valor para a fonte do direito.

Na segunda subseção, a alimentação e a cultura são apresentadas como dimensões dos direitos humanos a serem conjugadas, e na terceira o direito à alimentação adequada é considerado como indispensável à dignidade humana, para a promoção de uma vida ativa e saudável. Após esta contextualização, a quarta subseção apresenta a evolução do conceito de segurança alimentar.

O estudo exposto acima é importante porque a alimentação adequada é indispensável ao bom funcionamento do organismo humano, e, conseqüentemente, essencial à vida (FAO, 2002). A pesquisa é igualmente justificada diante da necessidade de definir o marco da internacionalização do direito à alimentação adequada, e mostrar a relação deste direito com a cultura e a dignidade humana.

Ao concluir a primeira parte do trabalho, encerra-se o objetivo inicial da pesquisa, que é realizar uma abordagem do direito à alimentação adequada no contexto dos direitos humanos a partir de sua internacionalização, bem como demonstrar o conceito de (in)segurança alimentar.

O segundo item analisa a diferença entre a judicialização da política e o ativismo judicial. Nesta parte, o Constitucionalismo Contemporâneo é apresentado como uma relação entre Direito, Política e Judiciário. A judicialização da política é estudada como uma questão social-político-judiciária. O ativismo judicial, finalmente, é classificado como um ato de vontade do julgador.

Ao encerrar as abordagens nos tópicos precedentes, o terceiro item, como delimitação do tema, estuda a possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada.

Por essa abordagem, encerra-se o objetivo final da presente pesquisa, que é apontar os contornos do direito à alimentação adequada, e a possibilidade de sua implementação por meio da judicialização em favor de pessoa ou grupo de pessoas em situação de insegurança alimentar.

A relevância da delimitação do tema é que, no Brasil, não obstante os avanços em relação ao cumprimento das metas internacionais e nacionais de segurança alimentar, ainda existem pessoas que vivem em situação de insegurança alimentar, e, portanto, sem o devido acesso ao direito fundamental à alimentação adequada.

A metodologia de trabalho é baseada em uma pesquisa que considera a interdisciplinaridade de temas, ao observar a unidade indivisível formada pelos direitos humanos.

Em relação à abordagem, a pesquisa é qualitativa, pois se preocupa com a compreensão e explicação do direito à alimentação adequada no contexto dos direitos humanos à luz das relações sociais, e sua implementação pela judicialização.

No que se refere ao procedimento, trata-se de uma pesquisa teórica, eis que o trabalho é realizado mediante o levantamento de fontes bibliográficas, a partir de referências teóricas já analisadas e publicadas por meios escritos e eletrônicos, a exemplo de livros, artigos científicos e páginas de *web sites*.

Para a contextualização e compreensão do tema, a pesquisa é feita com o uso do método histórico, tendo em vista a necessidade de identificar os acontecimentos do passado que motivaram o reconhecimento do direito humano à alimentação adequada e a preocupação com a segurança alimentar. A pesquisa também é desenvolvida com base no método dedutivo, pois as premissas gerais levantadas sobre o direito humano e fundamental em questão são relacionadas à análise da possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada.

2 O direito à alimentação adequada no contexto dos direitos humanos

O mundo presenciou no século XX as duas grandes guerras responsáveis pela morte de várias pessoas, em meio à destruição de bens e valores inerentes ao convívio em sociedade. A própria negação da condição da pessoa humana como valor para a fonte do direito passou a ser questionada e repensada.

O início do período pós-guerra é marcado por vários problemas, a exemplo da fome evidenciada por inúmeros Estados, em razão da insuficiência de disponibilidade de alimentos. E, na tentativa de materializar uma cooperação internacional para solucionar os problemas de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, a Organização das Nações Unidas (ONU) surge em 26 de junho de 1945.

A consolidação das Nações Unidas possibilitou a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Este instrumento, como código de ética universal, trouxe em seu texto o catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais como direitos humanos, com fundamento na dignidade. Entre outros direitos, a alimentação é valorizada na Declaração Universal, com o objetivo de promover a dignidade humana.

A par dessas afirmações, pretende-se estabelecer, neste capítulo, uma pesquisa capaz de compreender o direito à alimentação no contexto dos direitos humanos. Nessa perspectiva, a definição do marco de sua internacionalização é necessária para a definição do fundamento desse direito, assim como para identificar a relação existente entre alimentação adequada, cultura e dignidade humana.

O direito humano à alimentação adequada vai além de seu reconhecimento e compreensão, pois é preciso promovê-lo no contexto da segurança alimentar nacional. Nesse sublinhar, apresentar a evolução do conceito de segurança alimentar, e os aspectos gerais da insegurança alimentar no mundo, fazem parte dessa primeira abordagem, para, adi-

ante, identificar as recomendaes prticas estabelecidas pela Organizao das Naes Unidas para Agricultura e Alimentao (FAO).

2.1 O marco da internacionalizao do direito à alimentao no campo da proteo internacional dos direitos humanos

Após a Segunda Guerra Mundial, a Organizao das Naes Unidas (ONU) surge em 26 de junho de 1945, por meio da respectiva Carta⁴, visando, entre outros propósitos, materializar uma cooperao internacional para solucionar os problemas internacionais de carter econmico, social, cultural ou humanitrio, com respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distino de raa, sexo, lngua ou religio.

No sculo XX, as duas guerras mundiais, as atrocidades e os extremismos causados por Hitler significaram a “ruptura do paradigma dos direitos humanos”, em decorrncia da negao da condio humana como valor para a fonte do direito, de modo que foi preciso firmar o marco da “internacionalizao dos direitos humanos”, reconstruindo tais direitos como referencial e modelo tico a ser seguido. (PIOVESAN, 2008, p. 118).

Em Paris, no dia 10 de dezembro de 1948, por meio da Resoluo n^o 217 A (III), da Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declarao Universal dos Direitos Humanos (DUDH)⁵, fundada no respeito à dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienveis. (PIOVESAN, 2008, p. 137). A Declarao Universal dos Direitos Humanos consolidou a ideia de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e que, entre outros direitos, imprescindvel à alimentao para que uma pessoa possa viver de forma digna, conforme previsto em seu artigo XXV, “1”⁶.

⁴ Carta das Naes Unidas de 1945. Disponvel em: < <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

⁵ Declarao Universal dos Direitos Humanos de 1948. Disponvel em: < <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

⁶ Artigo XXV, “1”, da Declarao Universal dos Direitos Humanos de 1948. “Toda pessoa tem direito a um padro de vida capaz de assegurar a si e a sua famlia sade e bem-estar, inclusive alimentao, vesturio, habitao, cuidados mdicos e os servios sociais indispensveis, e direito à segurana em caso de desemprego, doena, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistncia em circunstncias fora de seu controle.”

E nesse contexto, em termos de perspectiva histórica, é nítida a expressão dos efeitos da DUDH, já que difundiu uma concepção integral de todos os direitos humanos, situando no mesmo plano todas as categorias de direitos – civis, políticos, econômicos, sociais e culturais –, transcendendo, assim, “as divisões ideológicas do mundo de seu próprio tempo”. (TRINDADE, 2002, p. 632).

A Declaração Universal de 1948 prevê que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, e, em que pese não ser tecnicamente um tratado *stricto sensu* (eis que emana de uma resolução), não há falar em mera declaração de princípios. A DUDH pode ser vista como um código de ética universal, em relação aos atos dos Estados no que se refere à garantia e proteção internacional dos direitos humanos, razão pela qual é um “instrumento considerado o ‘marco normativo fundamental’ do sistema protetivo das Nações Unidas, a partir do qual se fomentou a multiplicação dos tratados relativos a direitos humanos em escala global”. (MAZZUOLI, 2015, p. 82- 96).

Pode-se dizer que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é considerada como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações, e reconhecida internacionalmente como integrante do direito costumeiro internacional.

Como instrumento que consolida a obrigatoriedade jurídica dos direitos civis e políticos considerados pela Declaração Universal de 1948, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)⁷ foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução 2200 (XXI), no dia 16 de dezembro de 1966. Igualmente como fonte de obrigatoriedade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração de 1948, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁸, cuja aprovação pela Assembleia Geral da ONU também ocorreu por meio da Resolução 2200 (XXI),

⁷ A/RES/2200(XXI)A-C. Disponível em: < <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/21>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

⁸ A/RES/2200(XXI)A-C. Disponível em: < <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/21>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

de 16 de dezembro de 1966, tendo sua vigncia internacional iniciado em 23 de maro do mesmo ano. O PIDESC, em seu artigo 11⁹, consolida a obrigatoriedade de cada Estado parte, individualmente e/ ou mediante cooperao internacional, adotar medidas e programas inerentes à promoo do direito humano à alimentao adequada.

A ttulo de exemplo do impacto da DUDH, no Brasil, em 2010, foi aprovada a Emenda Constitucional n^o 64, que incluiu a alimentao no artigo 6^o da Constituio Federal de 1988, com *status* de direito social e fundamental. A propósito, assevera-se que a Constituio Federal de 1988 apresenta a consagrao das conquistas jurdicas, sociais e polticas mais relevantes e transformadoras do Pas (ALMEIDA, 2010). Em sintonia com a Declarao Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituio da Repblica Federativa do Brasil de 1988 traz a lume os direitos e deveres individuais e coletivos, à luz do princpio fundamental da dignidade da pessoa humana (entre outros), demonstrando-se, assim, que os direitos humanos so inerentes a todos os seres humanos, sem distino de qualquer natureza. Nesse sublinhar, Mazzuoli (2015, p. 95) ensina que,

No âmbito do direito brasileiro a Declarao de 1948 serviu de paradigma para a Constituio Federal de 1988, que literalmente ‘copiou’ vrios dos seus dispositivos, o que demonstra que o direito constitucional brasileiro atual est em perfeita consonncia com o sistema internacional de proteo dos direitos humanos. Assim, parece nítido que a Declarao tem repercutido intensamente nos textos constitucionais dos Estados, independentemente de sua obrigatoriedade ou no pela tica estrita do direito internacional clssico, tendo sido reproduzida *ipsis litteris* em diversas Constituies nacionais.

⁹ Artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Econmicos, Sociais e Culturais de 1966: “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nvel de vida adequado para si prprio e sua famlia, inclusive à alimentao, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contnua de suas condies de vida. Os Estados Partes tomaro medidas apropriadas para assegurar a consecuo desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importncia essencial da cooperao internacional fundada no livre consentimento. 2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotaro, individualmente e mediante cooperao internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se faam necessrias para: a) Melhorar os mtodos de produo, conservao e distribuio de gneros alimentcios pela plena utilizao dos conhecimentos tcnicos e cientficos, pela difuso de princpios de educao nutricional e pelo aperfeioamento ou reforma dos regimes agrrios, de maneira que se assegurem a explorao e a utilizao mais eficazes dos recursos naturais; b) Assegurar uma repartio equitativa dos recursos alimentcios mundiais em relao às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos pas importadores quanto dos exportadores de gneros alimentcios.”

Foi, portanto, a partir da Declaração de 1948, que o processo de generalização de proteção dos direitos humanos iniciou no plano internacional (TRINDADE, 2002, p. 629), pelo que passou a inspirar inúmeros Estados quanto à conduta essencial à garantia e proteção dos direitos humanos por meio da respectiva Constituição. Decerto, “a Declaração [DUDH] exerce impacto nas ordens jurídicas nacionais, na medida em que os direitos nela previstos têm sido incorporados por Constituições nacionais e, por vezes, servem como fonte para decisões judiciais nacionais” (PIOVESAN, 2008, p. 147), de modo que os direitos humanos, intrínsecos à dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza, são considerados no plano interno e internacional um valor supremo a ser garantido e protegido.

Não podemos olvidar, outrossim, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹⁰ foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá (Colômbia), em abril de 1948, pelo que é anterior à Declaração Universal. É dizer, a Declaração Americana¹¹ trouxe a ideia inicial de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, prevendo, entre outros, o direito à alimentação, conforme previsão inserta nos artigos 1º, 2º, 11 e 30.

No contexto do continente americano, insta lembrar que as tendências internacionais de proteção aos direitos humanos resultaram na proposição pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em 1948,

¹⁰ Resolução XXX/1948. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html> >. Acesso em: 22 mar. 2020.

¹¹ Artigos 1º, 2º, 11 e 30, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948: “Artigo 1º - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. Artigo 2º - Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença, ou qualquer outra. Artigo 11 - Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade. Artigo 30 - Toda pessoa tem o dever de auxiliar, alimentar, educar e amparar os seus filhos menores de idade, e os filhos têm o dever de honrar sempre os seus pais e de auxiliar, alimentar e amparar sempre que precisarem.”

da Carta da Organização dos Estados Americanos¹², que culminou na aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem.

Portanto, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada seis meses antes daquela firmada na Assembleia das Nações Unidas, pode ser considerada o primeiro instrumento de relevo no campo da proteção internacional dos direitos humanos, incluindo-se, nesse rol, o direito à alimentação inerente à dignidade da pessoa humana.

De outro modo, o marco da internacionalização da proteção do direito humano à alimentação é a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). E, no plano protetivo das Nações Unidas, como marco de internacionalização do direito humano à alimentação, tem-se, indubitavelmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

2.2 A alimentação humana e a cultura: a necessária conjugação entre as dimensões dos direitos humanos

É comum a frase "nós somos aquilo que comemos", para dizer que a composição do corpo humano depende, consideravelmente, dos alimentos ingeridos. Os principais elementos químicos que compõe o corpo humano são representados sob a forma de água, proteínas, gorduras, minerais, entre outros, em percentagens de acordo com o peso do corpo. Portanto, o corpo humano é composto por alimentos que possuem esses elementos químicos, assim como as vitaminas inerentes. (FAO, 2002).

O organismo da pessoa humana precisa funcionar bem para a prática de atividades físicas e mentais no dia a dia, o que é possível por meio de um processo químico de geração de energia. A energia, indispensável à vida da pessoa humana, é extraída de um processo químico, a partir da combustão dos alimentos (FRANÇA, 2008, p. 15). Qualquer forma de energia pode ser convertida em energia térmica, e, no caso do processa-

¹² Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: < http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp >. Acesso em: 22 mar. 2020.

mento dos alimentos, a unidade de medida utilizada para medir a respectiva energia é a caloria (kcal) (FAO, 2002).

Além de proporcionar satisfação na vida de qualquer indivíduo, o alimento é a principal fonte de desenvolvimento, energia e reparo do corpo humano. A energia não é essencial apenas para as atividades físicas, mas também para as demais funções corporais, tais como para o trabalho do coração e pulmões, e, em se tratando de crianças, é necessária para o bom desenvolvimento e crescimento. Ela é essencial, ainda, para a fragmentação, reparação e formação de tecido. Chama-se de processos metabólicos, e a taxa metabólica basal (TMB) representa a velocidade que essas funções são executadas quando o corpo está em repouso. (FAO, 2002).

A não ingestão de alimentos significa a ausência de energia, e sem a produção de energia não há funcionamento do organismo humano (FRANÇA, 2008, p. 15). E, sem o funcionamento do organismo humano, não há vida. Em outras palavras, os alimentos são a fonte para a vida e o bom funcionamento das funções corporais de todos os humanos.

Em 2000, de acordo com a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO) um adulto para ser considerado bem nutrido deveria ingerir 2.500 calorias (kcal) por dia (FAO, 2000). Estas 2.500 kcal seriam, então, a linha divisória de identificação dos adultos que se alimentam além, aquém ou de acordo com o necessário ao bom funcionamento do organismo (FRANÇA, 2008, p. 20). Porém, a definição da quantidade de energia alimentar indispensável para a vida de cada ser humano depende de circunstâncias particulares, como o tipo de atividade desenvolvida, a idade, o peso, o tamanho, o sexo, a existência de uma patologia, o tempo que passa em repouso, etc. (FRANÇA, 2008, p. 20). Para Müller (2014, p. 26), em linhas gerais, os parâmetros utilizados para considerar uma alimentação adequada são estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS), e a FAO estipula a quantidade de calorias diária.

Todavia, no âmbito protetivo dos direitos humanos, o simples acesso físico ao alimento não é, por si só, suficiente, considerando a

concepção contemporânea dos direitos humanos. Mais do que o simples acesso físico, a alimentação precisa ser adequada, para a plena satisfação da dignidade da pessoa humana. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (1999), o conteúdo essencial do direito à alimentação adequada implica na conjugação dos seguintes elementos: a) disponibilidade de alimentos em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos, livre de substâncias adversas, e aceitáveis dentro de uma determinada cultura; b) acessibilidade desses alimentos de forma sustentável e que não interferem com o gozo de outros direitos humanos.¹³

A FAO, em seu 127º período de sessão, realizado em novembro de 2004, aprovou várias diretrizes em apoio à realização progressiva do direito a uma alimentação adequada no contexto da segurança alimentar. Nessa oportunidade, conceituou-se que a segurança alimentar existe quando todas as pessoas, a qualquer momento, têm acesso físico e econômico a alimentos suficientes, seguros e nutritivos para satisfazer as

¹³ 1. El derecho a una alimentación adecuada está reconocido en diversos instrumentos de derecho internacional. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional. En el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, los Estados Partes reconocen "el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia", y en el párrafo 2 del artículo 11 reconocen que posiblemente deberán adoptarse medidas más inmediatas y urgentes para garantizar "el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre" y la malnutrición. El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párrafo 1 del artículo 11 "para sí y su familia" no entraña ninguna limitación en cuanto a la aplicabilidad de este derecho a los individuos o a los hogares dirigidos por una mujer. [...] 6. El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea sólo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada no debe interpretarse, por consiguiente, en forma estrecha o restrictiva asimilándolo a un conjunto de calorías, proteínas y otros elementos nutritivos concretos. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole. [...] 8. El Comité considera que el contenido básico del derecho a la alimentación adecuada comprende lo siguiente: - la disponibilidad de alimentos en cantidad y calidad suficientes para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos, sin sustancias nocivas, y aceptables para una cultura determinada; - la accesibilidad de esos alimentos en formas que sean sostenibles y que no dificulten el goce de otros derechos humanos. [...] 11. Que los alimentos deban ser aceptables para una cultura o unos consumidores determinados significa que hay que tener también en cuenta, en la medida de lo posible, los valores no relacionados con la nutrición que se asocian a los alimentos y el consumo de alimentos, así como las preocupaciones fundamentadas de los consumidores acerca de la naturaleza de los alimentos disponibles. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CESCR). *Aplicación del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)*. Disponível em < <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm12s.htm> >. Acesso em: 29 jun. 2019.

suas necessidades e preferências alimentares, para levar uma vida ativa e saudável. Assim, os quatro pilares da segurança alimentar são a disponibilidade, a estabilidade da oferta, o acesso e a utilização. (FAO, 2005).

A realização progressiva do direito a uma alimentação adequada exige que os Estados cumpram suas obrigações pertinentes, com base no direito internacional sobre os direitos humanos. Estas Diretrizes voluntárias visam garantir a disponibilidade de alimentos em quantidade suficiente e de qualidade apropriada para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos; a acessibilidade física e econômica universal, incluindo os grupos vulneráveis, a alimentos adequados, livres de substâncias nocivas e aceitáveis para uma cultura determinada; os meios para obtê-los¹⁴. (Tradução Livre). (FAO, 2005, p. 7).

Para a satisfação do direito humano à alimentação é insuficiente apenas uma determinada quantidade diária de calorias, pois, além do acesso a certa quantidade de alimentos e calorias diárias, é imprescindível saciar as necessidades alimentares de forma saudável e variada, considerando inclusive a cultura e os costumes de cada povo (MÜLLER, 2014, p. 29). Nesse sentido, para Valente (2002, p. 38):

O ato de alimentar-se para o ser humano está ligado a sua cultura, a sua família, a seus amigos e a festividades coletivas. Ao alimentar-se junto de amigos, de sua família, comendo pratos característicos de sua infância, de sua cultura, o indivíduo se renova em outros níveis além do físico, fortalecendo também sua saúde mental e sua dignidade humana.

A alimentação adequada inerente à dignidade da pessoa humana deve ser garantida não só em quantidade de calorias e qualidade nutricional, eis que a alimentação também há de ser considerada pelos Estados como uma parte vital da cultura de uma pessoa. Nesse sublinhar, ilustra-

¹⁴ No original: La realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada exige que los Estados cumplan sus obligaciones pertinentes, en virtud del derecho internacional, relativas a los derechos humanos. Estas Directrices voluntarias tienen por objeto garantizar la disponibilidad de alimentos en cantidad suficiente y de calidad apropiada para satisfacer las necesidades alimentarias de los individuos; la accesibilidad física y económica universal, incluso de los grupos vulnerables, alimentos adecuados, libres de sustancias nocivas y aceptables para una cultura determinada; o los medios para procurárselos. (FAO, 2005, p. 7).

tivamente, “impossível vislumbrar uma comemoração sem que haja a presença de comidas típicas, independente da cultura e da diversidade de povos” (MÜLLER, 2014, p. 31). É que a alimentação está inserida na cultura de uma pessoa. Não podemos olvidar das próprias preferências e crenças sobre os alimentos, e dos hábitos alimentares, como fatores sociais e culturais da alimentação. O alimento típico, a escolha, o preparo, e as datas festivas são exemplos da dimensão desse conceito de alimento adequado.¹⁵ Assim, a alimentação adequada somente será efetivamente realizada quando o alimento for adequado em termos quantitativos, qualitativos e culturais.

Entre as diretrizes aprovadas pelo Conselho da FAO, em novembro de 2004, no 127^o período de sessões, definiu-se que os Estados precisam reconhecer que a alimentação é uma parte vital da cultura do ser humano, e que por isso devem levar em consideração as práticas, os costumes e as tradições do povo em relação aos alimentos. Os Estados precisam lembrar e respeitar os valores culturais dos hábitos alimentares decorrentes das diferentes culturas, bem como definir métodos para promover a segurança alimentar e a regular ingestão nutricional, incluindo a distribuição justa dos alimentos no seio das comunidades e das famílias, observando, em todas as culturas, em especial as necessidades e os direitos dos diferentes indivíduos, tais como meninas e meninos, mulheres grávidas e mães lactantes. (FAO, 2005).

A alimentação adequada como parte vital de uma cultura, levando-se em conta as práticas, os costumes e as tradições das pessoas em relação aos alimentos, justifica-se ao passo que referido direito é inerente à

¹⁵ “Sin embargo, lo que una sociedad considera como normal o inclusive muy deseable, otra lo puede considerar como repulsivo o inaceptable. Muchas personas en Asia, África, Europa y el continente americano generalmente consumen y aprecian la leche animal, pero en China, rara vez se consume. Las langostas, los cangrejos y los camarones se consideran alimentos valiosos y delicados por muchas personas en Europa y América del Norte, pero son repulsivos para otras tantas en África y en Asia, sobre todo para quienes viven lejos del mar. Los franceses comen carne de caballo y los ingleses generalmente no. Muchas personas se deleitan con carne de monos, serpientes, perros y ratas o comen ciertos tipos de insectos, muchas otras encuentran que estos alimentos son muy desagradables. La religión puede tener una importante función en prohibir el consumo de ciertos platos. Por ejemplo, ni los musulmanes ni los judíos consumen cerdo, mientras los hindúes no comen carne y con frecuencia son vegetarianos.” FAO. *Nutrición humana en el mundo en desarrollo*. Disponível em: < <http://www.fao.org/docrep/006/W0073S/w0073s00.htm#Contents> > Acesso em: 29 jun. 2016.

dignidade da pessoa humana, pelo que as pessoas precisam satisfazer suas necessidades alimentares com liberdade e dignidade. Dignidade da pessoa humana, em suas diversas dimensões, também diz respeito a

[...] 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, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas 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. (MORAES, 2003, p. 128- 129).

Os Estados devem promover e garantir uma sociedade livre, democrática e justa, objetivando proporcionar um ambiente econômico, social, político e cultural pacífico, estável e favorável para todos, no qual as pessoas podem, com a devida liberdade e dignidade, se alimentar de forma adequada. (FAO, 2005).¹⁶

Para Piovesan (2011), a Declaração Universal de 1948 introduziu a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Porquanto, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (1999) afirma que o direito à alimentação adequada é indivisivelmente ligado à dignidade, que por sua vez é inerente à pessoa humana e é indispensável para a satisfação de outros direitos humanos consagrados na Carta Internacional dos Direitos Humanos. Ele também é inseparável da justiça social, eis que depende da adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais adequadas, em níveis nacionais e internacionais, orientadas para

¹⁶ Los Estados deberían promover y salvaguardar una sociedad libre, democrática y justa a fin de proporcionar un entorno económico, social, político y cultural pacífico, estable y propicio en el cual las personas puedan alimentarse y alimentar a sus familias con libertad y dignidad. [...] En las situaciones en las que se haya determinado que los alimentos desempeñan una función apropiada en las redes de seguridad, la ayuda alimentaria debería llenar el vacío entre las necesidades nutricionales de la población afectada y su capacidad para satisfacerlas por su cuenta. La ayuda alimentaria se debería proporcionar con la mayor participación posible de los beneficiarios y debería consistir en alimentos adecuados e inoocuos desde el punto de vista nutricional, habida cuenta de las circunstancias, tradiciones alimentarias y culturas locales. FAO. *Nutrición humana en el mundo en desarrollo*. Disponível em: < <http://www.fao.org/docrep/006/W0073S/w0073s00.htm#Contents> > Acesso em: 29 jun. 2016.

a erradicaço da pobreza e o gozo de todos os direitos humanos para todos.

A compreenso, a proteço e a efetivaço do direito humano à alimentao adequada, considerando-se a as prticas, os costumes e as tradies das pessoas em relao à alimentao, so imprescindveis diante da concepo contempornea dos direitos humanos, como condio inerente à dignidade humana. Isso porque,

Sob o prisma da reconstruo dos direitos humanos, no Ps Guerra, h, de um lado, a emergncia do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos', e, por outro, a nova feio do Direito Constitucional ocidental, aberto a princpio e a valores. Vale dizer, no mbito do Direito Internacional, comea a ser delineado o sistema normativo internacional de proteço dos direitos humanos. E como se se projetasse a vertente de um constitucionalismo global, vocacionado a proteger direitos fundamentais e limitar o poder do Estado, mediante a criao de um aparato internacional de proteço de direitos. Por sua vez, no mbito do Direito Constitucional ocidental, percebe-se a elaborao de textos constitucionais abertos a princpios, dotados de elevada carga axiolgica, com destaque ao valor da dignidade humana. Da a primazia ao valor da dignidade humana, como paradigma e referencial tico, verdadeiro superprincpio a orientar o constitucionalismo contemporneo, nas esferas local, regional e global, dotando-lhes especial racionalidade, unidade e sentido. (PIOVESAN, 2006, p. 7- 8).

A Declarao Universal dos Direitos Humanos introduziu a chamada concepo contempornea de direitos humanos, "ao conjugar o valor da liberdade com o da igualdade" (PIOVESAN, 2008, p. 141), caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Vale dizer, "os direitos humanos so universais, decorrentes da dignidade humana e no derivados das peculiaridades sociais e culturais de determinada sociedade", e indivisveis, pois a Declarao conjugou "o catlogo dos direitos civis e polticos com o dos direitos econmicos, sociais e culturais" (PIOVESAN, 2008, p. 137- 143).

Os direitos humanos no devem ser considerados isoladamente, pois referidos direitos compem uma unidade indivisvel, interdependen-

te e inter-relacionada, com a necessária conjugação e observância do catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. Com a Declaração de 1948 emerge, portanto, a ideia de integralidade, indivisibilidade e interdependência como características dos direitos humanos. (SILVA, 2010).

A obrigatoriedade jurídica dos direitos civis e políticos considerados pela Declaração Universal de 1948 foi ratificada pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aprovado pela Assembleia Geral da ONU, no dia 16 de dezembro de 1966. A fim de também consolidar a obrigatoriedade jurídica dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração de 1948, foi firmado o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja aprovação pela Assembleia Geral da ONU também ocorreu por meio da Resolução 2200 (XXI), de 16 de dezembro de 1966, tendo sua vigência internacional iniciado em 23 de março do mesmo ano.

Os direitos humanos foram concebidos como tema global, em virtude de sua internacionalização, revelando-se uma relação de interdependência existente entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos. A propósito, a própria Declaração de Viena de 1993¹⁷ prevê em seu parágrafo 8º que “a democracia, o desenvolvimento e o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais são conceitos interdependentes que se reforçam mutuamente”, cuja “a promoção e proteção dos direitos humanos e liberdades fundamentais, em níveis nacional e internacional, devem ser universais e incondicionais”. Sobre o tema, Piovesan afirma que

A Declaração se impõe como um código de atuação e de conduta para os Estados integrantes da comunidade internacional. Seu principal significado é consagrar o reconhecimento universal dos direitos humanos pelos Estados, consolidando um parâmetro internacional para a proteção desses direitos. (PIOVESAN, 2008, p. 147).

¹⁷ Ver Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declaracao-programa-acao-viena-1993/view>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

Essa ideia de integralidade, indivisibilidade e interdependncia como caractersticas dos direitos humanos, insculpida pela DUDH, consolida os direitos culturais como integrantes do rol de direitos humanos.

Decerto, “o artigo 22 da DUDH demonstra a equiparao dos direitos culturais aos direitos econmicos e sociais”. “Alm, traduz os direitos culturais como dimenso dos direitos humanos” (SILVA, 2016, p. 11). Logo, tem-se a alimentao humana adequada e a cultura como dimenses dos direitos humanos. Prepondera-se, desse modo, o valor da dignidade humana, como paradigma e referencial tico, capaz de orientar o constitucionalismo contemporneo nos diversos plano (local, regional e internacional), com especial racionalidade, unidade e sentido para a vida humana.

Como parte da cultura de uma pessoa, a alimentao precisa ser adequada e, portanto, estar em sintonia com as respectivas preferncias culturais de cada pessoa, em prol da primazia da dignidade humana, j que os direitos humanos so indivisveis e necessariamente conjugados.

Infere-se, assim, que os Estados devem garantir a efetivao do direito a alimentao humana adequada, para que o acesso aos alimentos seja realizado de acordo com determinado contexto, levando-se em considerao as condies climticas, ecolgicas, culturais, sociais e econmicas de cada pessoa, etnia, cultura ou grupo social, tendo como paradigma e referencial tico o valor da dignidade humana.

2.3 O direito a alimentao adequada e a dignidade humana

O valor da dignidade humana e considerado como paradigma e referencial tico a ser alcanado pelos Estados, pois a dignidade humana e o fundamento e o fim no plano protetivo dos direitos humanos e fundamentais.¹⁸

¹⁸ Nesse sentido, Carlos Weis ensina que “[...] a dignidade da pessoa humana e tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais atua como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente.” WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporneos*. So Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.

Essa relação existente entre a dignidade humana e os direitos humanos e fundamentais é indissociável, pois estes constituem explicitações da dignidade da pessoa, e, por consequência lógica, em cada um desses direitos está presente um conteúdo ou uma projeção da dignidade humana. (SARLET, 2006).

Foi a partir da segunda grande guerra mundial que o princípio da dignidade humana emergiu como *valor-fundamento* inerente ao ser humano, e, portanto, foi elevado ao nível de princípio máximo da ordem jurídica, à luz dessa concepção contemporânea, e do direito internacional dos direitos humanos. (TAIAR, 2009). O pensamento de Piovesan, sobre essa nova gramática dos direitos humanos no pós-guerra, também corrobora com essa tese:

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais. (PIOVESAN, 2006, p. 7- 8).

Os atos de crueldade praticados durante as duas guerras mundiais romperam com o paradigma dos direitos humanos, construindo um ambiente caracterizado pela negação da condição humana como valor para a fonte do direito, de modo que foi preciso firmar o marco da “internacionalização dos direitos humanos”, reconstruindo tais direitos como referencial e modelo ético a ser seguido (PIOVESAN, 2008, p. 118). Ao buscar reconstruir os direitos humanos, no plano internacional, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a interna-

cionalizao desses direitos foi iniciada a fim valorizar a prpria condio humana como meio de se alcanar a concretizao da dignidade humana.

A Declarao Universal, que representa a consolidao de conquistas resultantes da luta dos povos contra a opresso e abusos de poder, foi aprovada em um momento em que a humanidade ainda se encontrava sob o forte impacto das atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra. Ela é um documento referncia para a promoo e o respeito efetivo dos direitos humanos em todas as partes do mundo. A Declarao Universal é um marco no Direito Internacional, uma vez que, além de definir os direitos fundamentais do ser humano, estabelece, com base no princpio da dignidade da pessoa humana, a universalidade, interdependncia e indivisibilidade desses direitos. (LEAO, 2013, p. 47).

  impossvel falar em condio humana sem observar o princpio da dignidade humana, isso porque tais termos são correlatos, indissociáveis, e devem, por essa razo, ser aplicados em conjunto. Sob esse aspecto, a condio humana somente será considerada como tal se for realmente digna, capaz de garantir todos os valores intrnsecos aos seres humanos. (GUERRA, 2007).

A dignidade humana, como valor supremo que  , exige a presena do cont do de todos os direitos humanos, a exemplo do direito à vida,   saúde,   alimentao, entre outros (SILVA, 2000). Sendo assim, os direitos humanos representam uma unidade indivisvel, interdependente e inter-relacionada, pelo que   necessária a conjugao do catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econmicos e culturais, pois quando um desses direitos   violado, os demais tambm o são.

Como visto, a DUDH consolidou a ideia de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, assim como a imprescindibilidade do direito humano   alimentao para que uma pessoa possa viver de forma digna, conforme previsto em seu artigo XXV, "1". O direito humano   alimentao adequada, nos limites de sua conceituao apresentada, e a dignidade humana como valor supremo e referencial ético a ser seguido, são indissociáveis. O direito humano   alimentao adequada representa uma das formas de explicitao da

dignidade da pessoa. E, por consequência lógica, o direito humano à alimentação adequada faz parte do rol de direitos humanos com conteúdo ou uma projeção da dignidade humana. Daí, o simples acesso físico aos alimentos objetivando a eliminação da fome e a sobrevivência do indivíduo, por si só, por exemplo, não é suficiente para a concretização da dignidade humana.

A condição humana exige mais, e sem esta não há dignidade. A real efetivação da dignidade humana, como princípio e valor supremo, nessa dimensão, somente será confirmada diante do acesso à alimentação adequada.

Assegurar o direito humano a estar livre da fome, compreendido pelo direito humano à alimentação adequada, implica abdicar a perspectiva voltada exclusivamente para a sobrevivência do ser humano para um mínimo que assegure a sua existência e passe a refletir e almejar a dignidade humana. Significa então que a dignidade do ser humano só estará verdadeiramente assegurada se, ao oferecer alimento aos famintos, por exemplo, forem garantidas a quantidade, a qualidade nutricional e a segurança do alimento, bem como o respeito aos seus hábitos culturais, facilitando a aquisição do alimento pelo próprio indivíduo. (FRANÇA, 2004, p. 54).

Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas confirma a correlação indispensável e, portanto, necessária, entre o direito humano à alimentação adequada e a dignidade humana:

O Comitê afirma que o direito a uma alimentação adequada está inseparavelmente vinculado à dignidade humana inerente à pessoa humana e é indispensável para o gozo de outros direitos humanos consagrados na Carta Internacional de Direitos Humanos. É também inseparável da justiça social, pois requer a adoção de políticas econômicas, ambientais e sociais adequadas, nos planos nacional e internacional, orientadas à erradicação da pobreza e ao gozo de todos os direitos humanos por todos.¹⁹. (Tradução Livre). (CESCR, 1999).

¹⁹ No original: El Comité afirma que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagra-

A correlao havida entre o direito humano à alimentao adequada e a dignidade humana tambm se desdobra na necessidade de se concretizar outros direitos relacionados, o que tambm demonstra a indivisibilidade dos direitos humanos.

O DHAA [direito humano à alimentao adequada] est indivisivelmente ligado à dignidade da pessoa humana, à justia social e à realizao de outros direitos (direito à terra para nela produzir alimentos, ao meio ambiente equilibrado e saudvel, à sade, à educao, à cultura, ao emprego e à renda, entre outros). (LEÃO, 2013, p. 33).

A satisfao do direito à alimentao adequada, pelo acesso fsico e econmico a alimentos suficientes, seguros e nutritivos para satisfazer as necessidades e preferncias alimentares das pessoas, de acordo com a cultura de cada indivduo, e suficiente à promoo de uma vida ativa e saudvel, est intimamente ligada à efetivao da dignidade humana.

Pode-se afirmar que o direito à alimentao adequada é inerente à condio da pessoa humana. Por essa razo, a condio de toda e qualquer pessoa só ser realmente digna quando forem observados todos os direitos humanos, entre eles o direito à alimentao adequada, eis que referidos direitos compem uma unidade indivisvel, interdependente e inter-relacionada, e cuja conjugao e observncia do catlogo de direitos civis e polticos ao catlogo de direitos sociais, econmicos e culturais é necessria para fins de efetivao da dignidade humana.

2.4 A (in)segurana alimentar

Após o fim da primeira grande guerra mundial percebeu-se que a insegurana alimentar podia ser usada como estratgia militar, já que um Estado poderia facilmente dominar outro caso conseguisse o controle

dos en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopcin de polticas econmicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicacin de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos. (CESCR, 1999).

do respectivo fornecimento de alimentos. Daí a preocupação com a formação de estoques de alimentos, como estratégia militar, visando garantir o abastecimento de alimentos.

Durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), o termo segurança alimentar passou a ser utilizado na Europa. Nessa época, o seu conceito tinha estreita ligação com o de segurança nacional e com a capacidade de cada país produzir sua própria alimentação, de forma a não ficar vulnerável a possíveis embargos, cercos ou boicotes devido a razões políticas ou militares. (LEÃO, 2013, p. 13).

A expressão *segurança alimentar* foi usada inicialmente durante a primeira grande guerra mundial, e estava relacionada à soberania nacional, quanto à autonomia dos Estados no que se refere ao abastecimento alimentar diante de políticas restritivas de produção e comercialização de alimentos. (FRANÇA, 2004).

A partir dos graves flagelos causados durante as duas grandes guerras mundiais, a preocupação com a segurança alimentar se deslocou para a questão da fome. Vale dizer, antes da constituição da ONU a Europa enfrentava graves crises de alimentação, a exemplo da redução drástica na geração de alimentos na França, e a ONU foi fundamental na reconstrução do cenário mundial no pós-guerra. (MÜLLER, 2014).

Após a Segunda Guerra, a segurança alimentar foi tratada, de forma hegemônica, como uma questão de insuficiente disponibilidade de alimentos. A partir dessa compreensão, foram instituídas iniciativas de promoção de assistência alimentar que utilizavam, em geral, os excedentes de produção dos países ricos. Havia o entendimento de que a insegurança alimentar decorria, principalmente, da produção insuficiente de alimentos nos países pobres. Nesse contexto, foi lançada uma experiência para aumentar a produtividade de alguns alimentos: a chamada Revolução Verde. Essa experiência tem como fundamento o uso de sementes de alto rendimento, fertilizantes, pesticidas, irrigação e mecanização. Tudo isso associado ao uso de novas variedades genéticas, fortemente dependentes de insumos químicos. A Índia foi o palco das primeiras experiências, com um aumento da produção de alimentos, embora sem nenhum impacto real sobre a redução da fome no país.

Mais tarde, seriam identificadas as terrveis consequncias ambientais, econmicas e sociais dessa estratgia, tais como: reduo da biodiversidade, menor resistncia a pragas, xodo rural e contaminao do solo e dos alimentos com agrotxicos. (LEÃO, 2013, p. 13).

Em 1943 foi realizada a Conferncia de Alimentao de Hot Springs, nos Estados Unidos, sobre a questo da fome. Trata-se da primeira conferncia realizada pelas Naes Unidas com o fim de discutir estratgicas para enfrentar a destruio causada pela guerra.

Embora a proposta apresentada nesse evento de garantir um mecanismo de cotas e ajuda alimentar, para que cada pas pudesse reerguer sua produo alimentar de forma soberana, no tenha sido aprovada, houve um desdobramento institucional muito importante. Entre suas proposies, foi definida a criao da Organizao das Naes Unidas para Alimentao e Agricultura – Food and Agriculture Organization (FAO) [...]. (SILVA, 2014, p. 10).

A Organizao das Naes Unidas para Alimentao e Agricultura (FAO) foi constituída em 16 de outubro de 1945, durante a Primeira Sessao da Conferncia da FAO, realizada no Chateau Frontenac, em Quebec.²⁰ Fundada na qualidade de Agncia da ONU especializada no combate à fome, a FAO possui a missao de aumentar os nveis de nutrio e a qualidade de vida, e melhorar a produtividade da agricultura e proporcionar melhores condies de vida às populaes rurais.²¹ A FAO é considerada a principal iniciativa de articulao internacional para a

²⁰ “A Organizao das Naes Unidas para a Alimentao e a Agricultura (FAO) lidera os esforos internacionais de erradicao da fome e da insegurana alimentar. Criada em 16 de outubro de 1945, a FAO atua como um frum neutro, onde todos os pas, desenvolvidos e em desenvolvimento, se reuem em pé de igualdade para negociar acordos, debater polticas e impulsionar iniciativas estratgicas. Atualmente a FAO tem 191 pas-membros, mais a Comunidade Europeia.” NAES UNIDAS NO BRASIL. *Organizao das Naes Unidas para a Alimentao e a Agricultura*. Disponvel em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/fao/>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

²¹ “Criada em 1945, com a “obrigao” de libertar a humanidade da fome, a FAO traz, no prembulo de sua Carta Constitutiva, o comprometimento dos seus Estados Membros Fundadores de contribuir para o bem estar geral - ao intensificar as aes individuais e coletivas com o intuito de elevar os nveis de vida e de nutrio dos povos sob sua jurisdio; melhorar o rendimento da produo e a eficcia da distribuio dos rendimentos agrcolas e alimentos em geral; melhorar as condies das populaes rurais, elevar os nveis de nutrio e vida e, por fim, como resultado, contribuir para a expanso da economia mundial, que só pode solidificar suas bases em um Estado socialmente avanado.” MENEZES, Clarice Cristine Ferreira; PEREIRA, Nina de Andrade; CANEDO, Sílvia Helena Guilherme. *Segurana alimentar e polticas econmicas e sociais*. Disponvel em: <https://www.academia.edu/1399263/Organiza%C3%A7%C3%A3o_das_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_Alimenta%C3%A7%C3%A3o_e_Agricultura-FAO>. Acesso em: 05 mar. 2017.

elaboração e o planejamento de estratégias contra a fome em nível global. Sua atuação visa alcançar a segurança alimentar para todos e garantir que as pessoas tenham acesso a alimentos de boa qualidade, para uma vida ativa e saudável. Os principais objetivos da FAO são:

[...] A erradicação da fome, da insegurança alimentar e da subnutrição, a eliminação da pobreza e a promoção do progresso econômico e social para todos, e a gestão e utilização sustentáveis dos recursos naturais, incluindo a terra, a água, o ar, o clima e os recursos genéticos, em benefício das gerações presentes e futuras²². (Tradução Livre). (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA).

Apesar dos esforços contra a fome, os problemas relacionados à insegurança alimentar não foram erradicados, e em 1974 foi realizada a I Conferência Mundial de Alimentação das Nações Unidas, em Roma. Segundo destaca Silva (2014, p. 10):

O evento ocorreu em um cenário mundial em que os estoques de alimentos estavam bastante escassos, com quebras de safras em importantes países produtores. Esse cenário favorecia o argumento da necessidade de modernização do setor agrícola, principalmente em países em desenvolvimento, capitaneada pelas inovações da indústria química, processo que passou a ser conhecido como Revolução Verde.

Desde a realização da Conferência Mundial de Alimentação, a FAO demonstra-se empenhada diretamente na luta pela segurança alimentar, e “nesta Cúpula, foi recomendada pela Agência, a adoção de um engajamento internacional para a segurança alimentar mundial” (MENEZES; PEREIRA; CANÊDO, s.d., p. 4).

No início da década de 1970, a crise mundial de produção de alimentos levou a Conferência Mundial de Alimentação de 1974 a identificar que a garantia da

²² No original: [...] la erradicación del hambre, la inseguridad alimentaria y la malnutrición, la eliminación de la pobreza y el impulso del progreso económico y social para todos, y la ordenación y utilización sostenibles de los recursos naturales, incluida la tierra, el agua, el aire, el clima y los recursos genéticos, en beneficio de las generaciones presentes y futuras. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA).

segurana alimentar teria que passar por uma poltica de armazenamento estratgico e de oferta de alimentos, associada a proposta de aumento da produao de alimentos. Ou seja, no era suficiente apenas produzir alimentos, era preciso tambm garantir a regularidade do abastecimento. O enfoque, na poca, ainda estava preponderantemente no produto, e no no ser humano, ficando a dimenso do direito humano em segundo plano. Foi nesse contexto que a Revoluo Verde intensificou-se, inclusive no Brasil, com um enorme impulso da produao de soja. A estratgia aumentou a produao de alimentos, mas, paradoxalmente, fez crescer o nmero de famintos e de excluidos, pois o aumento da produao no implicou aumento da garantia de acesso aos alimentos. (LEAO, 2013, p. 15).

At meados da dcada de 70, a noao de segurana alimentar estava ligada a produao de alimentos, especialmente em face da escassez vivida em alguns pas. J no final da dcada de 70, “com a recuperao da produao de alimentos no mundo, passou-se a incorporar o elemento ‘acesso ao alimento’ ao conceito de segurana alimentar, considerando-o indispensvel” (FRANCA, 2004, p. 56).

Entre o final da dcada de 1980 e incio da dcada de 1990, o conceito de segurana alimentar foi ampliado, incorporando, ainda, as noes de acesso a alimentos seguros (no contaminados biolgica ou quimicamente) e de qualidade (nutricional, biolgica, sanitria e tecnolgica), produzidos de forma sustentvel, equilibrada e culturalmente aceitvel. Esse novo conceito de segurana alimentar foi consolidado nas declaraes da Conferncia Internacional de Nutrio, realizada em Roma, em 1992, pela FAO e a OMS (LEAO, 2013, p. 14). Ao conceito de segurana alimentar foram incorporadas, portanto, a dimenso nutricional e sanitrio (VALENTE, 2002).

Em 1996, na Cmpula Mundial da Alimentao, foi ratificada a Declarao de Roma Sobre a Segurana Alimentar, que estabeleceu um Plano de Ao a ser seguido por todos os Estados objetivando alcanar a segurana alimentar por meio de sete compromissos da Declarao de Roma.

O Plano de Ação²³ referente à Cúpula Mundial da Alimentação de 1996 prevê os seguintes compromissos da Declaração de Roma: 1) assegurar a formação de um ambiente político, social e econômico que permita a erradicação da pobreza e a duração da paz, baseado na participação equânime das mulheres e homens para conduzir à segurança alimentar e nutricional sustentável para todos; 2) implementar políticas para erradicar a pobreza e a desigualdade e aprimorar o acesso físico e econômico por todos, a todo tempo, a alimentos suficientes, nutricionalmente adequados e saudáveis e para a sua efetiva utilização; 3) procurar estabelecer políticas e práticas participativas e sustentáveis de desenvolvimento alimentar, agrícola, pesqueiro, florestal e rural, em áreas de alto e baixo potencial, pois são essenciais para o suprimento alimentar estável e adequado em níveis doméstico, nacional, regional e global; e combater as pestes, secas e desertificações considerando o caráter multifuncional da agricultura; 4) lutar para assegurar que o comércio e as políticas comerciais de alimentação e agricultura sejam conduzidas visando à segurança alimentar para todos através de um sistema mundial de comércio justo; 5) prevenir e preparar-se para desastres naturais ou emergências induzidas pelo ser humano e manter os requerimentos transitórios e emergenciais de alimentos em níveis que estimulem a recuperação, a reabilitação, o desenvolvimento e a capacidade de satisfazer necessidades futuras; 6) promover a alocação e o uso de investimentos públicos e privados para capacitação de recursos humanos, alimentação sustentável, sistemas pesqueiros e florestais, e desenvolvimento rural em áreas de alto e baixo potencial; 7) implementar, monitorar e seguir o plano de ação em todos os níveis em cooperação com a comunidade internacional.

Na Cúpula Mundial da Alimentação de 1996, os Estados se comprometeram a consagrar a vontade política e o compromisso comum e nacional de atingir uma segurança alimentar para todos e à realização de um esforço permanente para erradicar a fome em todos os países, tendo

²³ Ver Plano de Ação. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w3613p/w3613p00.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

como objetivo imediato reduzir para metade o nmero de pessoas desnutridas at 2015. Foi reafirmado, entao, durante a Cúpula Mundial da Alimentação de 1996, entre os Chefes de Estados e de Governo, “o direito de todos a terem acesso a alimentos seguros e nutritivos, coerente com o direito de uma dieta adequada e com o direito fundamental de todos para estar livre da fome”. (DIOUF, 2005, p. 1).

Na Cúpula do Milênio em setembro de 2000, na sede das Nações Unidas, em Nova Iorque, reuniram-se representantes de 191 Estados membros das Nações Unidas para refletir sobre o destino comum da humanidade. Nessa reunião foram firmados 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) a serem alcançados at 2015, e um deles foi de reduzir pela metade a extrema pobreza e a fome. (PNUD, 2016).

Em 2000, a FAO emitiu um relatório sobre o estado de insegurança alimentar no mundo, com as seguintes estimativas e projeções da fome:

De acordo com as últimas estimativas, em 1996-98 permaneciam 826 milhões de pessoas subnutridas, 792 milhões no mundo em desenvolvimento e 34 milhões em países desenvolvidos. Estes números representam nenhuma mudança em relação a 1995-97, período a que se refere o relatório anterior. Os dados mostrados nos gráficos e figuras indicam que o quadro geral também mudou pouco a nível regional. No entanto, os eventos de curta duração não indicam necessariamente tendências a longo prazo, e as novas projeções para 2015 e 2030 mostram uma trajetória melhor. Espera-se que o número de pessoas subnutridas no mundo em desenvolvimento diminua para cerca de 580 milhões em 2015, o que representa uma melhoria, porém muito aquém da meta da Cúpula Mundial da Alimentação de reduzir esse número para metade, cerca de 400 milhões pessoas. As projeções indicam que não se alcançará o número de 400 milhões at 2030²⁴. (Tradução Livre). (FAO, 2000).

²⁴ No original: Según las últimas estimaciones, en 1996-98 seguía habiendo 826 millones de personas subnutridas, 792 millones en el mundo en desarrollo y 34 millones en el desarrollado. Estas cifras no representan cambio alguno con respecto a 1995-97, período al que se refería el informe anterior. Los datos que se muestran en los gráficos y figuras indican que la imagen general ha cambiado también poco a nivel regional. No obstante, los acontecimientos de breve duración no indican necesariamente tendencias a largo plazo, y las nuevas proyecciones a 2015 y 2030 muestran una trayectoria mejor. Se espera que el número de personas subnutridas en el mundo en desarrollo disminuya a unos 580 millones en 2015, lo que representa una mejora, pero queda lejos del objetivo de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación de reducir dicha cifra a mitad, unos 400 millones de personas. Las proyecciones indican que no se alcanzará la cifra de 400 millones hasta 2030. (FAO, 2000).

No relatório da FAO (2000) concluiu-se que para atingir o objetivo assumido na Cúpula Mundial da Alimentação de 1996 era preciso a redução da fome, pelo menos 20 milhões de pessoas anualmente a partir de 2000 até 2015. Isso porque o resultado obtido até então da taxa de redução da fome, na proporção de pouco menos de 8 milhões de pessoas por ano, registrado desde o início da década de 1990, foi considerado totalmente inadequado e insuficiente.

Nos dias 10 a 13 de junho de 2002, foi realizada uma reunião em Roma, na sede da FAO, entre Chefes de Estados e Ministros de Governo, Organizações Internacionais, e diretores de instituições internacionais de financiamento e representantes do setor privado.²⁵ Na oportunidade foram revistas ações e resultados dos compromissos na Cúpula Mundial da Alimentação de 1996, a fim de comparar os resultados obtidos na luta contra a fome. “Ficou claro, logo no início da reunião, que o objetivo principal da I CMA, de diminuir a população de famintos à metade até 2015, seria impossível de ser alcançada na data prevista tendo em vista os resultados observados.” (MENEZES; PEREIRA; CANÊDO, s.d., p.11).

Conforme ressaltou o Diretor - Geral da FAO, Jacques Diouf, na sessão inaugural do evento o número de pessoas desnutridas diminuiu apenas em 6 milhões/ano ao invés de 22 milhões/ano que seriam necessários para atingir a meta programada para 1996. A FAO reconhece que este atraso se deve à falta de vontade política e diminuição de recursos, nacionais e internacionais, destinados ao setor rural, mesmo sendo este setor o responsável por 70% dos pobres do mundo. Em suas intervenções os participantes evidenciaram as principais causas da persistência da insegurança alimentar, como os conflitos armados em vários países; as endemias e epidemias, como HIV/SIDA; a devastação do meio ambiente; os desastres naturais; o subsídio comercial

²⁵ Cúpula Mundial da Alimentação: Cinco Anos Depois Se realizou em Roma, na sede da FAO, no período de 10 a 13 de junho de 2002 congregando 73 chefes de Estado, 248 Ministros provenientes de 180 países e, aproximadamente, 500 Organizações Não Governamentais, 500 Organizações Inter - governamentais com o objetivo de analisar os que foi feito para reduzir a insegurança alimentar no mundo, após seis anos do compromisso governamental firmado na Cúpula Mundial da Alimentação (1996). Foi diagnosticado que, apesar dos esforços dos países, o compromisso não está sendo cumprido quanto ao objetivo principal de reduzir pela metade, até 2015, o número de pessoas que sofrem de fome. TUBINO, José. *Dia Mundial da Alimentação: Aliança Internacional Contra a Fome*. Disponível em: < http://www.nutricaoempauta.com.br/lista_artigo.php?cod=9>. Acesso: em 20 mar. 2020.

dos produtos agrcolas praticados pelos pas desenvolvimento; segurana alimentar na Regio. (TUBINO, 2003).

A par do resultado alcanado, os participantes da Cúpula Mundial da Alimentao: Cinco Anos Depois ressaltaram que era preciso adotar, em conjunto, medidas concretas e imediatas. Conseqentemente, durante a Declarao da Cúpula Mundial da Alimentao: Cinco Anos Depois foi estabelecida a base para a constituio de uma Aliana Internacional Contra a Fome, e esboado o Programa Contra a Fome em razo dos compromissos da Cúpula Mundial da Alimentao de 1996. No fim da reunio de 2002, houve a aprovao de uma Declarao denominada "Aliana Internacional Contra a Fome", reafirmando os compromissos assumidos anteriormente na Cúpula Mundial da Alimentao de 1996. Destacou-se, a partir dessa Declarao, a necessidade de reforar o empenho no combate contra a fome para acelerar a concluso dos objetivos estabelecidos at 2015, atravs de cooperao internacional e melhorias em polticas de segurana alimentar (TUBINO, 2003).

Outro ponto importante sobre a declarao da Cimeira Mundial da Alimentao: Cinco Anos Depois, em junho de 2002, foi o destaque da necessidade de reforar o respeito por todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais, e a proposta para o Conselho da FAO de estabelecer um grupo de trabalho intergovernamental para desenvolver um conjunto de diretrizes voluntrias. Tais diretrizes voluntrias serviriam para ajudar os Estados membros na realizao progressiva de aes para a concretizao do direito a alimentao adequada no contexto da segurana alimentar nacional. (DIOUF, 2005).

Importante esclarecer, ainda, que vrias outras dimenses esto associadas ao termo segurana alimentar. A soberania alimentar, como uma dessas dimenses, assegura que os Estados so soberanos para garantir a segurana alimentar de seus povos. As especificidades culturais e os hbitos de produo e alimentares de cada povo tambm foram incorporados nesse termo. Ao definir polticas pblicas para a satisfao do direito humano a alimentao adequada, os Estados devem exercer a

soberania alimentar de forma sustentável, do ponto de vista ambiental, econômico e social.

Após anos de combate à fome a nível mundial, concluiu-se que a segurança alimentar existe quando todas as pessoas, a qualquer momento, têm acesso físico e econômico a alimentos suficientes, seguros e nutritivos para satisfazer as suas necessidades e preferências alimentares, para levar uma vida ativa e saudável. Foram fixados os quatro pilares da segurança alimentar, a saber: a) a disponibilidade; b) a estabilidade da oferta; c) o acesso; d) e a utilização. (FAO, 2005). Assim, atualmente o conceito de segurança alimentar exige a conjugação de dois elementos, cujas dimensões são indivisíveis e inter-relacionadas.

O primeiro elemento conceitual é a *segurança alimentar*. A dimensão *segurança alimentar* está relacionada à produção e disponibilidade de alimentos, e compreende o seguinte: a) alimentos suficientes e adequados (quantidade e qualidade); b) produção e disponibilidade de alimentos, de forma estável e contínua, capazes de garantir a oferta permanente, independentemente das flutuações sazonais; c) autonomia produtiva, objetivando a autossuficiência nacional nos alimentos básicos; d) produção e disponibilidade de alimentos equitativas (acesso universal às necessidades nutricionais adequadas); e) sustentabilidade, a nível agroecológico, social, econômico e cultural, em prol das presentes e futuras gerações. (LEÃO, 2013, p. 16).

O segundo elemento conceitual é a *segurança nutricional*. A dimensão *segurança nutricional* reflete a relação existente entre o ser humano e o alimento, e compreende o seguinte: a) disponibilidade de alimentos saudáveis; b) preparo dos alimentos com técnicas que preservem o seu valor nutricional e sanitário; c) consumo alimentar adequado e saudável para cada fase do ciclo da vida; d) condições de promoção da saúde, da higiene e de uma vida saudável para melhorar e garantir a adequada utilização biológica dos alimentos consumidos; e) condições de promoção de cuidados com a própria saúde, com a saúde da família e da comunidade; f) direito à saúde; g) prevenção e controle dos determinantes que

interferem na saúde e nutrição, tais como as condições psicossociais, econômicas, culturais e ambientais; h) boas oportunidades para o desenvolvimento pessoal e social no local em que se vive e se trabalha. (LEÃO, 2013, p. 16).

A primeira dimensão conceitual (segurança alimentar), com vistas à produção e disponibilidade de alimentos, produzidos de forma sustentável, equilibrada e culturalmente aceitável, e, de outro lado, a segunda dimensão conceitual (segurança nutricional), atinente às relações existentes entre o ser humano e o alimento, que consolida as noções de acesso a alimentos seguros (não contaminados biológica ou quimicamente) e de qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica), apresentam definições interdependentes e inter-relacionadas, e, portanto, formam o conceito amplo de segurança alimentar.

Após o período delimitado pela Cúpula Mundial da Alimentação de 1996, pesquisas revelam que existem aproximadamente 795 milhões de pessoas subnutridas no mundo, o que equivale a 167 milhões a menos em relação há uma década, e 216 milhões a menos do que no período de 1990 a 1992. (FAO; FIDA; PMA, 2015).

No Brasil,²⁶ a título de exemplo, o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) integra a Estratégia Fome Zero²⁷, e apresenta conhecimento e experiência consideráveis em termos de alimentação escolar multissetorial e sustentável. Atualmente tido como modelo a nível internacional, o PNAE brasileiro obteve relevantes resultados na promo-

²⁶ “O Brasil foi um dos países que mais contribuiu para o alcance global da meta A do ODM 1, reduzindo a pobreza extrema e a fome não apenas pela metade ou a um quarto, mas a menos de um sétimo do nível de 1990, passando de 25,5% para 3,5% em 2012. Isto significa que o país, considerando os indicadores escolhidos pela ONU para monitoramento do ODM 1, alcançou tanto as metas internacionais quanto as nacionais. Outro fator em que houve mudanças foi o analfabetismo na extrema pobreza. Em 1990, a chance de uma família liderada por um analfabeto estar em situação de pobreza extrema era 144 vezes maior que a de uma família liderada por alguém com curso superior. Essa razão diminuiu em 2012 e passou a ser de apenas 11:1.” PNUD. *Redução da Pobreza*. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015/sdg-overview1/mdg1/>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

²⁷ “Criado em 2003, quando Patrus Ananias era ministro do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), o Fome Zero surgiu para erradicar a fome no Brasil. Em 2014, o País registrou a maior queda de subalimentados entre 2002 e 2014, de 82,1%, e foi retirado do Mapa da Fome da agência da ONU.” PORTAL DO BRASIL. *Programas de combate à fome são modelo para o mundo, diz diretor da FAO*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/08/programas-de-combate-a-fome-sao-modelo-para-mundo-diz-diretor-da-fao>>. Acesso em: 17 abr. 2020.

ção da segurança alimentar e nutricional, educação, e desenvolvimento do país.

De outro modo, esse fim revela que regiões em desenvolvimento apontam uma diminuição na proporção de pessoas subnutridas, considerando que em relação à população total a redução foi de 23,3% em 1990-92 para 12,9%, com estimativas de 10,9% em 2014-16 (FAO; FIDA; PMA, 2015). Desde 1990-92, o número de pessoas desnutridas no mundo caiu 216 milhões, o que equivale a 21,4%, em que pese a população mundial ter aumentado em 1.900 milhões durante o mesmo período (FAO; FIDA; PMA, 2015).

Do total de 129 países em desenvolvimento, 72 alcançaram a meta de reduzir pela metade a fome até 2015, o que corresponde a mais da metade dos Estados. A maior parte desses 72 países demonstraram condições políticas estáveis e crescimento econômico, e políticas de proteção social destinadas aos grupos vulneráveis da população. (FAO; FIDA; PMA, 2015).

A grande parte das pessoas afetadas pela fome vive em regiões em desenvolvimento, pelo que foi estimado um total de 795 milhões de pessoas desnutridas em 2014-16 (FAO; FIDA; PMA, 2015).

O progresso dos objetivos assumidos em 1996 e através da Declaração do Milênio no que se refere à fome tem sido dificultado nos últimos anos, em razão de um crescimento econômico mais lento e menos inclusivo, assim como pela instabilidade política em algumas regiões em desenvolvimento. (FAO; FIDA; PMA, 2015).

A redução tem sido mais acentuada nas regiões com desenvolvimento, não obstante o crescimento considerável da população. Todavia, observa-se que um número inaceitável e elevado de pessoas ainda não tem acesso ao alimento necessário para uma vida ativa e saudável. (FAO; FIDA; PMA, 2015).

A maioria dos países que tem alcançado as metas internacionais relativas à fome possuem condições políticas estáveis e crescimento econômico, além de sólidas políticas de proteção e inclusão social desti-

nadas aos grupos vulnerveis da populao. Portanto, a luta contra a insegurana alimentar deve ser contnua, tomando por base a adoo de polticas de proteo e incluso social dos grupos vulnerveis, e por meio de aes (ainda que pela via da judicializao da poltica) que visam garantir o acesso ao direito alimentao adequada, como forma de explicitar a dignidade humana.

3 A judicializao da poltica e o ativismo judicial

Alm da previso de direitos e garantias inerentes a dignidade humana, como resposta a reconstruo dos direitos humanos, ampliou-se o acesso a justia, a fim de concretizar referidos direitos e garantias, o que culminou com uma crescente judicializao da poltica.

Ocorre que a legitimidade das decises de juzes e tribunais, na concretizao de direitos e garantias fundamentais, passou a ser questionada, na medida em que inmeras decises de interesse pblico e poltico foram proferidas alm dos limites do texto constitucional.

A par disso, o presente tpico busca analisar os limites da legitimidade do Poder Judicirio na concretizao de direitos e garantias fundamentais, e, portanto, de sua validade, apresentando a distino entre judicializao da poltica e ativismo judicial, para, em seguida, fazer uma abordagem sobre a possibilidade de judicializao do direito alimentao adequada.

3.1 Constitucionalismo contemporneo: uma relao entre direito, poltica e judicirio

A Carta Magna de 1988 apresenta a consagrao das conquistas jurdicas, sociais e polticas mais relevantes e transformadoras do Pas. (ALMEIDA, 2010). Portanto, em sintonia com a Declarao Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Constituio da Repblica Federativa do Brasil de 1988 traz a lume os direitos e deveres individuais e coletivos, a

luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (entre outros), demonstrando-se, assim, que os direitos humanos são inerentes a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer natureza.

A Declaração Universal inspirou (e continua inspirando) inúmeras ordens jurídicas nacionais, bem como deu azo à celebração de vários tratados internacionais. No plano interno brasileiro, adicione-se a isso o disposto no § 2º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “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”.

A abertura expansionista, típica das Constituições contemporâneas, revela uma interação estabelecida entre o plano interno e o internacional, em um diálogo transcultural, revelando-se uma nova perspectiva para o constitucionalismo, em prol de uma maior expansão e implementação do projeto humanitário. Nesse sublinhar, a internacionalização dos direitos humanos é complementada com a constitucionalização do direito internacional público dos direitos humanos, mostrando-se um novo aspecto, qual seja, a existência de um constitucionalismo desvinculado dos Estados-Nação, cujos sistemas jurídicos nacionais sofrem influências “extranacionais”. Tais influências são próprias do fenômeno da mundialização, da globalização econômica, e da universalização dos direitos humanos. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Indubitavelmente, a Declaração Universal de 1948 inspirou o legislador constituinte na elaboração da Carta Magna de 1988, ao consagrar como princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos (TÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS), trazendo em seu texto um rol de direitos, garantias e deveres individuais e coletivos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representa o marco normativo fundamental do sistema de proteção dos direitos humanos, tanto no plano internacional (ao iniciar o processo de

generalização de proteção dos direitos humanos), quanto no âmbito interno (ao inspirar inúmeros ordenamentos jurídicos nacionais na garantia e proteção desses direitos). Daí é nítido o impacto da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 na ordem jurídica brasileira, como fonte de inspiração na garantia e proteção dos direitos humanos inerentes à dignidade da pessoa humana.

O fim da Segunda Guerra Mundial pode ser considerado um marco para o Direito a nível mundial, de modo que o rearranjo dele decorrente significou a transição do Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito, a fim de garantir direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. (FERRAJOLI, 2007).

Para o Brasil, o constitucionalismo representou avanços consideráveis após a promulgação da Constituição de 1988, pelo que, frise-se, foram consolidadas conquistas jurídicas, sociais e políticas essencialmente relevantes.

Nesse contexto, destaca-se a proposta de Canotilho (2001, p. 27-48), segundo a qual extrai-se a afirmação da força atuante do direito constitucional, como “meio de direção social” e “uma forma ‘racionalizada’ de política”, revelada pela expressão “Constituição Dirigente”.

Segundo Bolzan de Moraes (2011), em seu livro “As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos”, os direitos humanos nascem paulatinamente, sendo, portanto, históricos, e formulados de acordo com as circunstâncias sócio-histórico-político-econômicas. A história revela a construção dos direitos de liberdade, igualdade, e os de solidariedade, que acompanham a primeira, segunda e terceira geração respectivamente. Além do reconhecimento político-social, para o autor há a necessidade de atribuir a tais direitos eficácia jurídica e efetividade prática, atrelando-se às gerações a ideia de maior compromisso de uma das funções do Estado, como: a) à *cidadania civil e política* (1ª dimensão), a *ação legislativa*; b) à *cidadania socialeeconômica* (2ª dimensão), a *ação executiva através de prestações públicas*; c) à *cidadania pós-material* (3ª dimensão), a *ação jurisdicional* em sentido amplo.

Bolzan de Moraes (2011) traz a ideia de que os direitos humanos são históricos, universais, básicos e fundamentais, em relação à vida digna jurídico-político-psíquico-econômico-física e afetiva dos seres humanos e de seu habitat, das presentes e das futuras gerações. Assim como a afirmação de que é necessário recuperar a relevância das Constituições, para enfrentar o problema envolvendo os direitos humanos, ao passo que, na ideia do autor, o constitucionalismo desempenhou/desempenha uma função fundamental, se não para o desenvolvimento, para o asseguramento de parâmetros mínimos inerentes à vida social democrática e digna.

De outro modo, a Constituição é tida como uma expressão do *pacto social*, que traz as vontades políticas em meio às pretensões históricas e sociais, cujo comando constitucional traz uma verdadeira *pretensão a ser satisfeita*, não se justificando a omissão, pelo que a ordem jurídica possui mecanismos que podem ser usados para viabilizar os valores inseridos na Constituição. Daí, a jurisdição, cuja atuação é legítima do sistema de justiça, possui a tarefa de satisfazer as pretensões deduzidas em juízo, como forma de materializar as garantias constitucionais. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Na lição de Bolzan de Moraes (2011), a carga eficaz das normas constitucionais não pode ser objeto de concessão políticas ou barganhas, diante dos valores intrínsecos de uma ordem constitucional comprometida com os valores humanitários. A ação pública estatal deve incluir não só o reconhecimento dos direitos humanos em nível legislativo, pois, tratando-se das liberdades positivas, imprescindível que se tenha uma atuação promotora dos mesmos, principalmente através de uma ação executiva do Estado.

Igualmente segundo Bolzan de Moraes (2011), para a implementação dos conteúdos dos direitos humanos, em especial os positivos, importante, que se tenha uma compreensão da ação jurídica com fincas em uma prática comprometida, para que a Constituição não seja percebida como uma folha de papel, sendo mister, ainda, a concretização dos direitos

humanos a partir da jurisdicção. O autor lembra que alguns instrumentos s3o usados na implementacção dos direitos humanos, tais como: o habeas corpus, o habeas data e o mandado de segurana, em situaç3es individuais; o mandado de segurana coletivo, em situaç3es coletivas; a aç3o popular, a aç3o civil p3blica, nos casos que envolvem interesses difusos; e nos casos em que pode ser usado o mandado de injunç3o ou a aç3o direta de inconstitucionalidade por omiss3o.

De mais a mais, ao longo do s3culo XX 3 poss3vel ver um significativo aumento no desempenho do papel da jurisdicção constitucional pelos Tribunais, como no caso do Supremo Tribunal Federal atrav3s do controle de constitucionalidade, raz3o pela qual pode-se dizer que a jurisdicção constitucional estatal acaba por ter atributos e responsabilidades da soberania p3blica estatal. (BOLZAN DE MORAIS, 2011).

Assim 3 que, com a mudanç3a no perfil do Estado, como *Welfare State*, a executivizaç3o / administrativizaç3o da Constituiç3o realizada em v3rios pa3ses passa a produzir um refluxo nas pr3ticas constitucionais, em meio a “um processo de *judicializaç3o da e do pol3tica(o)* refletido por uma *politizaç3o do jur3dico*”. (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 115-116).

Na liç3o de Tassinari (2013, p. 28), “o constitucionalismo pode ser definido com uma tentativa jur3dica (Direito) de oferecer limites para o poder pol3tico (Pol3tica), o que se d3 por meio das Constituiç3es”.

Destarte, o Constitucionalismo Contempor3neo traz uma n3tida relaç3o entre Direito, Pol3tica e Judici3rio, e, conseqüentemente, uma indubit3vel inter-relaç3o entre os mesmos. Tanto 3 verdade que, no Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal tem julgado in3meros casos relacionados 3 pol3tica p3blica.

Todavia, atos de vontade individuais e atitudes discriminat3rias dos ju3zes, manifestados nos casos que envolvem *quest3o social e pol3tica*, est3o levando ao substrato chamado ativismo judicial, o que n3o se confunde com a judicializaç3o da pol3tica.

3.2 A judicialização da política e o ativismo judicial

A internacionalização e constitucionalização dos direitos humanos, e sua concepção contemporânea, decorrentes das atrocidades vividas na Segunda Guerra Mundial, “provocaram uma maior participação/interferência do Estado na sociedade, o que, em face da inércia dos demais Poderes, abriu espaço para a jurisdição, que veio a suprimir as lacunas deixadas pelos demais braços do Estado” (TASSINARI, 2013, p. 31-32).

A partir disso, o Poder Judiciário iniciou uma atuação importante na “definição de certos padrões a serem respeitados”, de modo que “pode-se dizer que a judicialização apresenta-se como uma *questão social*.” (TASSINARI, 2013, p. 32).

Nesse sublinhar, o Brasil tem experimentado um crescente recurso à jurisdição, com situações paradoxais, num rearranjo funcional da ação estatal, conhecido como judicialização da política. Assim, diante de direitos sociais inalcançados e da insuficiência de efetivação do projeto constitucional brasileiro, tem-se atribuído um relevante papel ao Poder Judiciário, e demandas políticas se transformam em contendas judiciais num processo de judicialização da política. (BOLZAN DE MORAIS; VALLE BRUM, 2016).

Além da ideia de concretização dos direitos, soma-se a isso a redefinição do acesso à justiça, e as alterações sofridas no contexto social-político-jurídico, o que também contribuiu sobremaneira para uma crescente judicialização da política. Com efeito,

[...] as transformações ocorridas não ficaram restritas a este tipo de alteração: o contexto social passa também por modificações, que podem ser ditas de cunho *político-jurídico* (chamadas de ‘tendências no Direito’), *conceitual* (com a introdução da noção de *sociedade complexa*), *comportamental* (com a questão do aumento da litigiosidade) e *estrutural* (a partir da ideia de massificação dos conflitos). Ou seja, o fenômeno de judicialização não ocorreu exclusivamente porque, com a promulgação de novos textos, há maiores possibilidades jurídicas de exigências judiciais; é necessário agregar a isso os diferentes contornos que assumiu a esfera social. [...] Todas estas transfor-

mações – a complexidade, o carter de litigiosidade e a massificao da sociedade – desaguam na judicializao tambm porque foram impulsionadas por uma redefinio do acesso a justia. [...] com o alargamento da noao de acesso a justia, que, elevado a direito constitucional, incorporou o pressuposto de igualdade prprio do constitucionalismo democrtico, a judicializao foi incrementada. (TASSINARI, 2013, p. 45-48).

A judicializao da poltica no decorre de um ato de vontade, pois ela e contextualizada, e, portanto, advinda de questes sociais-politicas-juridicas a luz do Constitucionalismo Contemporneo. Ademais,

A reconstitucionalizao da Europa, logo aps a Segunda Grande Guerra e no decorrer da segunda metade do sculo XX, redefiniu o lugar das Constituies e, por decorrncia, a importncia do direito constitucional sobre as instituies contemporneas. Dessa forma, ocorreu uma maior e mais efetiva aproximao entre as ideias de constitucionalismo e democracia, o que produziu um rearranjo nas formas de organizao poltica moderna e liberal. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 62).

A Constituio de 1988 representou uma transformao no exercicio da jurisdio constitucional no Brasil, a exemplo do disposto em seu artigo 3º, segundo o qual “so Poderes da Unio, independentes e harmnicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judicirio.” Assim, no atual rearranjo do Estado, a harmonia entre os Poderes, para a concretizao dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, e destacada expressamente no *caput* do citado artigo 3º da Constituio Federal. Assim e que,

O Direito Constitucional brasileiro, iniciado com o Estado Democrtico em 1988, adquiriu uma importncia no apenas tcnica, mas passou a simbolizar conquistas e, tambm, incorporou um papel de mobilizao do imaginrio das pessoas na perspectiva de busca e demanda pela realizao de garantias, direitos e prerrogativas presentes no texto legislado. [...] e necessrio ocorrer uma interligao efetiva, uma integrao, entre a jurisdio constitucional e a democracia poltico-social. Ou seja, o princpio democrtico deve se fazer presente nas formas de atuao e de produao do sistema de justia. A chamada ‘jurisprudencializao’ da Constituio vem marcada pela

transição de um direito constitucional legislativo para um direito constitucional *jurisprudencial*, ou seja, passa-se do texto da norma para o texto da decisão judicial. Tal posição leva a uma mudança de paradigma do constitucionalismo, antes pautado na postura positivista, para percebê-lo em sua forma aberta e viva, para além da *neutralidade* do texto normativo. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 63-64).

A judicialização da política não emana de um ato de desejo. A atuação do Poder Judiciário sobre casos de interesse público é plenamente compatível com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, constituída em Estado Democrático de Direito. Além do que, os Poderes são harmônicos entre si. Prepondera-se, desse modo, o valor da dignidade humana, como paradigma e referencial ético, capaz de orientar o constitucionalismo contemporâneo nos diversos planos (local, regional e internacional), com especial racionalidade, unidade e sentido para a vida humana.

A judicialização da política não se confunde com a criação ilegítima de direitos e excessos discricionários por parte dos Juízes. A judicialização em referência deve ser compreendida como uma consequência do Constitucionalismo Contemporâneo impulsionado pelas atrocidades praticadas na Segunda Grande Guerra Mundial e a consequente reconstrução dos direitos humanos, em prol da primazia do valor da dignidade humana.

Para Tassinari (2013, p. 36-37), “não há como negar o elo existente entre Direito e Política”, e sua “inter-relação”, e a judicialização da política “é um *fenômeno contingente*”, isto é, no sentido de que insurge na insuficiência dos demais Poderes, em determinado contexto social, independente da postura de juízes e tribunais”.

A judicialização da política revela-se um fenômeno social-político-jurídico necessário ao diálogo harmônico dos Poderes, de modo a garantir a concretização dos direitos e garantias fundamentais. De outro modo, a judicialização da política há de ser considerada, também, como uma consequência lógica-transcendental de observância do verdadeiro super-princípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, o valor da

dignidade humana, como meio capaz de garantir a concretizao e efetivao de direitos e garantis fundamentais no implementados pelos demais Poderes.

Se por um lado a judicializao da poltica demonstra o alargamento do papel poltico-institucional-jurisdicional (papel contramajoritrio exercido pelo Judicirio), independente da vontade de juizes e tribunais, por outro, "o ativismo diz respeito a uma postura do Judicirio para alfm dos limites constitucionais". (TASSINARI, 2013, p. 37).

A partir da vontade individual de juizes e tribunais pode-se provocar o desvirtuamento do texto constitucional, ao satisfazer fins meramente egoisticos ou discricionrios, afastando-se, assim, da racionalidade ideolgica e jurdica refletida pela judicializao da poltica como meio de concretizar direitos e garantias fundamentais pela via judicial. Na tentativa de delinear as concepes existentes acerca do ativismo judicial, Tassinari ensina que:

[...]   possvel elencar, por exemplo, algumas perspectivas de abordagem: a) como decorrncia do exercrcio do poder de revisar; b) como sinonimo de maior interferncia do Judicirio (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicializao); c) como abertura   discricionariedade no ato decisrio; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras. (TASSINARI, 2013, p. 33).

Assim, verifica-se que o fenmeno ativismo judicial est relacionado às decises judiciais caracterizadas pela correlao existente entre os seguintes elementos: a) vontade/desejo/preferncias/simpatias/ subjetividade; b) maior intersetao do Poder Judicirio; c) discricionariedade no ato decisrio.

O ativismo judicial afasta-se da racionalidade jurdica e dos ideais de concretizao dos direitos e garantis fundamentais, isto é, dos limites constitucionais, em prol da satisfao de um ato de vontade discricionrio e egoista de juizes e tribunais.

Sobre o ativismo judicial, Garapon (1998, p. 54) identifica uma decisão dessa natureza a partir de um critério de desejo, ou seja, de vontade da parte que julga, quando, sob as várias soluções possíveis, a escolha do juiz é feita pelo desejo e não com a devida racionalidade jurídica. Nesse sentido, a lição de Tassinari, ao citar Brunella Casalini:

De fato, quando a decisão judicial passa a ser uma questão de vontade, então, não há outro direito a seguir, senão o *construído pelo Judiciário*, isto é, criado pela *vontade* de quem julga (*a lei da vontade*). Esta postura rompe com a noção de 'supremacia do Direito' (*rule of law*), na medida em que, a partir disso, em suas manifestações, o juiz sempre exercerá sua discricionariedade, 'selecionando, entre muitos pontos de vista deixados abertos pelo direito, aquele que está mais próximo das suas preferências subjetivas'. (TASSINARI, 2013, p. 63-64).

É preciso compreender que o ativismo judicial aparece como um problema de decisão, e, conseqüentemente, de interpretação. A intensidade da intervenção do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, por si só, não caracteriza o ativismo judicial, considerando que esta atuação pode perfeitamente ser realizada nos limites constitucionais. Ao identificar a presença dos demais elementos supracitados, isto é, da vontade/desejo/preferências/simpatias/subjetividade de quem julga e da discricionariedade no ato decisório, estar-se-á diante da caracterização do ativismo judicial.

4 A possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada

Em razão do *status* de direito social e fundamental (artigo 6º, *caput*, da CRFB/88), viu-se que há uma relação indissociável entre o direito à alimentação adequada e a dignidade humana, a fim de promover uma vida ativa e saudável, e, portanto, digna.

A concepção contemporânea dos direitos humanos demonstra que estes direitos não devem ser considerados isoladamente, pois compõem

uma unidade indivisvel, interdependente e inter-relacionada, com a necessria conjugao e observncia dos direitos civis e polticos ao catlogo de direitos sociais, econmicos e culturais, como meio de explicitar a dignidade humana.

O direito humano e fundamental a alimentao adequada vai alm de seu reconhecimento e compreenso, pois e preciso promov-lo no contexto da segurana alimentar nacional. A concretizao do direito a alimentao adequada exige uma ao positiva do Estado, por meio de polticas pblicas e aes capazes de garantir a segurana alimentar nacional, razo pela qual a inexistncia ou insuficincia de tais medidas no podem servir como justificativa de fazer da Constituio Federal uma mera carta de intenes.

A alimentao adequada e a sade (artigo 6º, *caput*, da CRFB/88) so direitos sociais inseridos no TÍTULO II - DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, e, portanto, compem uma unidade indivisvel, interdependente e inter-relacionada, com a necessria conjugao e observncia deles. Ao garantir o acesso a alimentao adequada estar-se-a promovendo a explicitao de uma vida ativa e saudavel, e, portanto, digna.

Vale ressaltar que a competncia para legislar sobre proteao e defesa da sade e concorrente da Unio, Estados e Municpios (art. 24, XII, da CRFB/88). Compete a Unio estabelecer normas gerais, aos Estados editar normas suplementares, e aos Municpios legislar sobre assuntos locais. Alm disso, e competncia comum, quanto ao aspecto administrativo, cuidar da sade e assistncia pblica (art. 23, II, da CRFB/88). (BARROSO, 2007, p.14-15).

Assim, ao deixar de promover e garantir condies mnimas de segurana alimentar nacional, a Unio, os Estados, e os Municpios podem, a exemplo do que ocorre nas aes que visam o fornecimento de medicamentos, ser compelidos a implementar a alimentao adequada em favor de pessoa ou grupos de pessoas em situao de insegurana alimentar.

O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário está previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito”. Ao Poder Judiciário, além da administração da Justiça, compete o dever de guardar a Constituição, assegurando a aplicação de seus princípios, direitos e garantias, cuja ação é legitimada sempre que houver lesão ou ameaça a direito.

Pierre Rosanvallon (2009), em seu livro *“La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad”*, defende a ideia de que a legitimidade democrática não está somente no princípio majoritário (procedimento da eleição), tendo outras formas de “falar em nome da sociedade” ou de “ser representativo” (por “imparcialidade”, por “reflexividade” e por “proximidade”), as quais superpõem-se as dimensões da legitimidade pela via da eleição (opção subjetiva) e do concurso (seleção objetiva). Isso no sentido de que o governo da maioria se apoia em uma legitimidade imperfeita, a qual necessita ser fortalecida por outros tipos de legitimação democrática.

Para Pierre Rosanvallon (2009, p. 136-142), a legitimidade por imparcialidade diz respeito àquela conferida às instituições ditas “autônomas”, separadas da Administração Pública, tendo a imparcialidade como sua qualidade, a exemplo das agências reguladoras que possuem uma forte legitimidade democrática que não deriva das eleições, e que são tidas como sensíveis às demandas da sociedade.

A Legitimidade por proximidade, como explica Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 76-78), “se aproxima de uma atitude do poder perante o povo, tendo seu foco no comportamento das autoridades”. Está relacionada à ideia de justiça procedimental, ou seja, de como os cidadãos são tratados pelo Estado, pressupondo uma equidade na forma de tratamento. Na legitimidade por proximidade, por exemplo, o avanço da comunicação pela internet e a mídia permitiu um contato mais próximo entre governantes e governados, e mais transparência e informação estatal.

A legitimidade por reflexividade, para Rosanvallon, segundo registrado por Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 79), visa corrigir o caráter incompleto da democracia, no que se refere a três suposições, a saber: a) “a identificação da opção eleitoral com a expressão da vontade geral”; b) “a assimilação dos eleitores com o povo”; c) e “o perdurável exercício da atividade política e parlamentar em continuidade ao momento eleitoral”.

Ainda na lição de Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 79), Rosanvallon também expõe os três conceitos operacionais de “povo”: a) “povo eleitoral”, relativo à consciência numérica da maioria e da minoria nas urnas; b) “povo social”, que se dá como uma sucessão ininterrupta de minorias ativas ou passivas, por meio de protestos e iniciativas de qualquer natureza; c) “povo princípio”, que diz respeito ao princípio da igualdade, de composição comum, de inclusão de todos na sociedade observando-se seus direitos fundamentais. Porém, nenhuma das três figuras de povo, por si só, “pode pretender encarnar adequadamente o sujeito democrático”, tendo em vista que, considerando a generalidade social, de maneira global, mister representar e superpor ambas as figuras (ROSANVALLON, 2009, p. 195).

Nesse sublinhar, as Cortes Constitucionais, por exemplo, atuam por reflexividade de forma contramajoritária, contribuindo para a construção de uma vontade comum, eis que é característica dessa legitimidade por reflexividade a redução da distância entre a democracia definhada como procedimento (urnas) e a democracia identificada como conteúdo (princípios). (ROSANVALLON, 2009, p. 215).

Dessa forma, os Juízes podem e devem buscar soluções para os problemas, atuando com seriedade, mais comprometido com o povo princípio, a fim de promover uma coerência principiológica da respectiva comunidade. Isso exige uma atuação judiciária com maior compromisso, respeito, igualdade e consideração para com o indivíduo em sociedade. Pois, segundo Rosanvallon (2009), o povo princípio exige uma consistência sob o modo de igualdade inclusiva, com base na possibilidade de cada

indivíduo ser plenamente considerado em sua existência ou em sua dignidade.

Ensina Rosanvallón (2009), que a reflexividade permite uma discussão política de forma objetiva, condicionada pelos métodos de raciocínio jurídico, de modo que o Poder Judiciário participa da ampliação do sistema representativo como modalidade positiva de organização da democracia, em prol de uma expressão mais fiel da vontade geral.

Bolzan de Moraes e Valle Brum (2016, p. 82-83) afirmam que há uma proximidade entre a legitimidade por reflexividade de Pierre Rosanvallón e o pensamento de Ronald Dworkin sobre a atividade jurisdicional (que é exercida como um “romance em cadeia”) e os tribunais (que respeita a “integridade do Direito”). Isso porque, em Dworkin, a legitimidade do Poder Judiciário é exteriorizada com respeito “à integridade do Direito”, cuja atuação deve ser coerente em relação aos princípios existentes no ordenamento jurídico, observando-se a referida integridade. É que,

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos em que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos. [...] A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. [...] O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio de integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei, que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido. (DWORKIN, 2007, p. 202-203).

Assim, a atuação dos juízes e tribunais à luz do Direito como integridade é essencialmente interpretativa, considerando a coerência entre os princípios (e o povo princípio, na visão de Rosanvallón), a fim de encontrar a melhor resposta que se quadre nos limites da racionalidade jurídica, principiológica e constitucional.

Os juizes e tribunais so legitimados a exercer a jurisdico com respeito aos princípios, dever e consideraco para com os indivíduos como iguais em sociedade. Não deve haver, pois, ato de vontade egoísta e discricionariedade no ato de decisão nem interveno desarrazoada. Soma-se a isso a observaco feita por Streck, no sentido de que para cada interpretao e aplicacão há de ser feita uma reconstruco histórico-institucional, aproximando-se da razão prática:

 necessário, pois, que retomemos a razão prática como mundo prático e não como razão sistemática-instrumental (da qual a proporcionalidade  marca indelével), pois essa exige um mundo previamente entificado, abstraído das condicões concretas de sua própria formao. Quando lidamos com o mundo prático, o ‘prévio’  hermenêutico e a possível entificaco do ‘conteúdo material’ dos princípios já  secundária. Enfrentar o mundo prático dos princípios pressupõe o acontecer de algo que antecede o sistema e que o condiciona, sendo a percepo desse problema condico necessária para a construco de uma ‘teoria adequada’ sobre os princípios. [...] Cada interpretao/aplicacão necessita de uma reconstruco histórico-institucional. Trata-se de buscar sempre o DNA do caso sob discussão. (STRECK, 2009, p. 532).

Como foro de princípios, os juizes e tribunais precisam tomar decisões de princípios (e não de política/subjetividade/vontade), isso considerando o sistema constitucional, aplicando-se, assim, a teoria substantiva da representaco extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais. (DWORKIN, 2005, p. 101).

Segundo Dias (2015, p. 20-21),  impossível recusar as consequências para a interpretao do direito, ao iniciar uma nova forma de se fazer Direito, em razão da “construco de uma teoria que visa o rompimento dos paradigmas da metafísica clássica (objetivista aristotélico-tomista) e subjetivista (filosofia da consciência), os quais têm sustentado o imaginário jurídico”. Diante de uma nova crítica do direito, procura-se:

[...] o ds-velamento (*Unverborgenheit*) daquilo que, no comportamento cotidiano, ocultamos de nós mesmos (Heidegger): o exercício da transcendência, no qual não apenas somos, mas percebemos que somos (*Da-sein*) e somos aquilo que nos tornamos através da tradio (pr-juízos que

abarcam a faticidade e historicidade de nosso ser-no-mundo, no interior do qual não se separa o direito da sociedade, isto porque o ser é sempre o ser de um ente, e o ente só é no seu ser, sendo o direito entendido como a sociedade em movimento), e onde o sentido já vem antecipado (círculo hermenêutico). Afinal, conforme ensina Heidegger, ‘o ente somente pode ser descoberto seja pelo caminho da percepção, seja por qualquer outro caminho de acesso, quando o ser do ente já está revelado’. (STRECK, 2011b, p. 216-217).

A fim de ultrapassar a ficção causada historicamente pelo positivismo jurídico que afastou da discussão jurídica as questões concretas da sociedade, o Estado Democrático de Direito deve ser considerado como uma conquista, cujas demandas precisam ser refletidas a partir da efetivação de direitos. Exige-se, assim, que o direito, e suas possibilidades, diante do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito, sejam analisados à luz da hermenêutica (possibilidades de compreensão), afastando-se desta compreensão as manifestações meramente positivistas que apostam no solipsismo. (DIAS, 2015).

As decisões judiciais nos casos cuja tutela pretendida é a concretização do direito à alimentação adequada, a cargo dos respectivos Estados e Municípios, e da União, devem ser, igualmente, contextualizadas, imparciais, e construídas de forma participativa, a partir de uma Hermenêutica Constitucional Democrática capaz de compreender as possibilidades evidenciadas em cada caso concreto e adequadas ao Estado Democrático de Direito constitucionalmente assegurado.

Se antes a linguagem era colocada num plano secundário por um juiz solipsista (terceira coisa entre o sujeito e o objeto), a intersubjetividade instaurada com o giro linguístico-ontológico exige que o controle hermenêutico seja feito no interior da própria linguagem. Como diz Streck, é preciso levar o texto a sério. As Constituições da segunda metade do século XX, com o objetivo de reafirmar a autonomia do direito, em face do vetor de sentido assumido pelo texto constitucional, confere a possibilidade à interpretação do direito. (DIAS, 2015, p. 26)

Para Dias (2015, p. 23), é preciso entender “a diferença entre decisão e escolha”. A escolha, diferentemente da decisão, representa a eleição

de algo, ou seja, “um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância”. (STRECK, 2013, p. 107).

A possibilidade de judicialização do direito à alimentação adequada encontra fundamento na Constituição, e, conforme ensina Costa (2016, p. 114-115), “o processo constitucional é considerado o *iter* orientador da interpretação o direito”.

Ao interpretar o direito conforme e nos limites da Constituição não há que se falar em ativismo judicial, pois as decisões assim proferidas não se afastam da racionalidade jurídica e dos ideais de concretização dos direitos e garantias fundamentais, assim como não excedem os limites constitucionais em prol da satisfação de um ato de vontade discricionário e egoísta de juízes e tribunais.

A judicialização do direito à alimentação adequada aqui demonstrada deve ser realizada à luz da “Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais, cuja Hermenêutica proposta supera os dogmas da Filosofia da Consciência” (COSTA, 2016, p. 118), de modo que o respectivo provimento estatal dela decorrente sempre esteja revestido de democraticidade. A democraticidade a que se refere é decorrência lógica de um amplo debate, devidamente contextualizado e promovido no âmbito do processo constitucional democrático, em que se assegure a participação isocrítica de todos os interessados.

A identidade constitucional de um Estado é construída pelos princípios constitucionais da isonomia, legalidade, devido processo constitucional, bem como pelos direitos fundamentais discursivamente propostos pela Hermenêutica Constitucional Democrática. A isocrítica constitui a releitura da isonomia pela epistemologia, uma vez que parte-se do pressuposto de que os sujeitos que integram o debate democrático possuem igualdade de oportunidade de argumentação fática e jurídico-constitucional das questões controversas da demanda judicial ou legislativa. O grau de democraticidade de um provimento estatal está diretamente relacionado com a amplitude do

debate realizado no âmbito do processo constitucional democrático mediante a participação isocrítica de todos os interessados. (COSTA, 2016, p. 117).

Todavia, a alimentação adequada não é um direito absoluto, tendo em vista que deve ser exercido nos limites da Constituição. Além do mais, o exercício do direito à alimentação adequada pode, no caso concreto, colidir com outros direitos, a exemplo da igualdade, hipótese em que é indispensável aplicar a *máxima da proporcionalidade*, a fim de ponderar qual direito colidente deve preponderar.

O artigo 489, §2º, do NCPC, prevê que a colisão entre normas deve ser solucionada pelo juiz mediante justificativa do objeto e dos critérios gerais da ponderação efetuada, além da necessidade de enunciar as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

É cediço que com fundamento no princípio da unidade da Constituição não há hierarquia jurídica entre normas constitucionais (BARROSO, 2004). Não obstante, mister a aplicação da *máxima da proporcionalidade*, a fim de verificar qual norma constitucional deve preponderar nos casos em que direitos são colocados em rota de colisão, até porque “o próprio princípio da igualdade, expresso na máxima ‘*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*’, induz à ideia de justiça ou de *justa proporção*”. (VIANNA, 2013, p. 7). (destaques do autor).

A aplicação da *máxima da proporcionalidade* é da própria essência dos direitos fundamentais, quando as respectivas normas têm o caráter de princípios. (ALEXY, 2008). Assim,

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza. (ALEXY, 2008, p. 116-117).

Significa dizer, em outras palavras, que a *mxima da proporcionalidade* deve ser aplicada no caso concreto mediante a anlise de “suas trs mximas parciais – as mximas da adequao, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito”. (ALEXY, 2008, p. 588).

A *adequao, conformidade* ou *idoneidade*, exige a conciliao entre *meios e fins*, para que a *medida* seja adequada ao *fim*. Segundo Grinover (2010, p. 7), “o princpio da proporcionalidade significa, em ltima anlise, a busca do *justo equilbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcanados*” (destaques do autor).

Com base no princpio da *necessidade* ou *exigibilidade*, deve-se, no caso concreto, sopesar a razo da restrio ou limitao do direito colidente. “Ou seja, se a restrio ou limitao se apresenta como indispensvel no caso, lembrando que a ideia deve ser, sempre, a de menor restrio ou limitao possvel.” (VIANNA, 2013, p. 8).

Por conta disso, antes de se implementar qualquer medida que confira maior relevncia a um bem jurdico sobre outro, antes se deve buscar a exaustao a compatibilizao, a conciliao de ambos bens jurdicos. A restrio somente pode ocorrer como ltimo recurso; como medida excepcional; como nica forma para dirimir o conflito instalado. (VIANNA, 2013, p. 8).

O princpio da *proporcionalidade em sentido estrito*, tambm conhecido como *justa medida*, importa no sopesamento propriamente dito, mediante a ponderao do peso de cada direito colidente, a fim de saber qual bem jurdico tutelado deve preponderar a luz dos valores e premissas constitucionais. Nesse sentido:

Por fim, est a proporcionalidade em sentido estrito, por vezes nominada como justa medida. Est esta que ir permitir ao rgo decisor, responsvel pelo sopesamento dos bens jurdicos em conflito, sejam ponderados, lado a lado, de modo a dizer, de modo sensvel e percuciente, qual desses bens dever prevalecer, de acordo com os valores e premissas Constitucionais. Aqui se realiza, portanto, a ponderao propriamente dita. Aqui se investiga o ncleo essencial, o ncleo de proteo, de cada bem jurdico ento em rota de

colisão, como forma de permitir a convivência harmônica entre ambos. Será, pois, com base nesta premissa que se formulará a solução que mais atenda aos ideais, princípios, valores e aspirações democráticas tal como expostas no texto Constitucional. (VIANNA, 2013, p. 9).

Para Marco Aurélio Mello,

A questão da colisão de direitos fundamentais com outros direitos necessita, assim, de uma atitude de ponderação dos valores em jogo, decididos, com base no caso concreto e nas circunstâncias da hipótese, qual direito deverá ter primazia. Trata-se do mecanismo de resolução de conflito de direitos fundamentais, hoje amplamente divulgado no Direito Constitucional Comparado e utilizado pelas Cortes Constitucionais no mundo. (MELLO, 2008, p. 243).

É assim, a propósito, a lição de Alexy (2008, p. 349), quando expõe que “o aumento no grau de afetação de um princípio exige um correspondente aumento no grau de importância na satisfação do princípio colidente”. Assim, para aplicar a *proporcionalidade em sentido estrito* é preciso sopesar o peso de proteção dos direitos colidentes.

Costa (2016, p. 162-163) ressalta, ainda, que as explicações científicas existentes acerca da aplicação do direito não são, por si só, “suficientes para demonstrar que o discurso de aplicação e a compreensão da colisão existente entre regras e princípios no caso concreto resolve-se e se legitima pelo processo constitucional.” Razão pela qual,

Não caberá ao juiz, mas sim as partes, resolver essa colisão através da participação efetiva, isonômica, em contraditório e em ampla defesa na construção do provimento jurisdicional. Concentrar solitariamente nas mãos do juiz os poderes de decidir valorativamente os casos concretos, não garantindo a efetiva participação dos interessados na construção discursiva do provimento final, inviabiliza a legitimidade democrática do provimento final. (COSTA, 2016, p. 163).

Propõe-se, assim, a interpretação e aplicação do direito à alimentação adequada, no âmbito do processo constitucional democrático,

garantindo-se a efetiva participação dos interessados na construção discursiva do provimento final.

A legitimidade do Poder Judiciário, que possibilita a judicialização do direito à alimentação adequada, conforme analisada, é demonstrada por reflexividade, cujos limites referenciais, inclusive para fins de interpretação, são as concepções de povo princípio (Rosanvallon), integridade do Direito, teoria substantiva da representação (extraída do princípio básico de que os indivíduos devem ser tratados como iguais) e coerência em relação aos princípios (Dworkin), e reconstrução histórico-institucional, aproximando-se da dimensão prática (Streck).

O fundamento de validade, de eficácia e de legitimidade do ordenamento jurídico é o mesmo que fundamenta a validade, a eficácia e a legitimidade da judicialização do direito à alimentação adequada, isto é, a Constituição, e o processo constitucional democrático é o *iter* orientador da interpretação do direito.²⁸

Portanto, as decisões judiciais proferidas no âmbito do processo constitucional democrático, para fins de implementação do direito à alimentação adequada, em favor de pessoa ou grupos de pessoas que, comprovadamente, vivem em situação de insegurança alimentar, são juridicamente possíveis e legitimadas, desde que construídas de forma contextualizada, participada (diz-se a efetiva participação das partes interessadas), fundamentada (artigo 93, inciso IX, da CRFB/88, e do artigo 489 do NCPC), e estejam revestidas de democraticidade e imparcialidade.

5 Considerações finais

As duas grandes guerras mundiais demonstraram a ruptura do paradigma dos direitos humanos, em razão da negação da condição

²⁸ Nesse sentido, ensina Costa (2016, p. 114-115): “O fundamento de validade, de eficácia e de legitimidade de todo o ordenamento jurídico encontra-se na Constituição e o processo constitucional democrático é considerado o *iter* orientador da interpretação do direito.” COSTA, Fabício Veiga. *Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 114-115.

humana como valor para a fonte do direito. E, diante dos problemas de carácter econômico, social, cultural e humanitário, foi iniciada uma cooperação internacional em 1945, mediante a criação da ONU.

Como código de ética universal do sistema protetivo das Nações Unidas, firmado com base na dignidade humana, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 significou o marco fundamental da reconstrução dos direitos humanos, ao definir uma concepção integral dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Ao incluir em seu rol de direitos humanos a alimentação adequada (artigo XXV, “1”), a Declaração Universal de 1948 consolidou o marco da internacionalização desse direito pelas Nações Unidas. Portanto, a partir da Declaração Universal de 1948, iniciou-se o processo de generalização de proteção dos direitos humanos no plano internacional, capaz de fomentar a multiplicação de tratados e inspirar os Estados quanto à conduta essencial na garantia e proteção desses direitos.

A Declaração Universal de 1948 também consolidou a concepção contemporânea dos direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Ao formar uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, os direitos humanos devem ser observados em conjunto. Assim, conclui-se que a alimentação humana e a cultura, como dimensões dos direitos humanos, devem ser conjugadas a fim de promover e garantir a realização do direito humano à alimentação adequada, considerando-se as preferências alimentares, as várias culturas e os costumes existentes.

Viu-se que a dignidade humana é considerada o fundamento e o fim no plano protetivo dos direitos humanos, cujo valor deve ser observado como paradigma e referencial ético a ser alcançado pelos Estados. Consequentemente, a alimentação adequada, como direito humano inerente à própria condição humana, representa uma das formas de explicação da dignidade. Por essa razão, existe uma relação indissociável entre o direito à alimentação adequada e a dignidade humana, a fim de promover uma vida ativa e saudável, e, portanto, digna.

Os Estados têm como compromisso a realização de medidas na efetivação do direito humano à alimentação adequada, para que as pessoas tenham acesso, a qualquer momento, a alimentos seguros, de qualidade e saudáveis, levando-se em consideração as condições climáticas, ecológicas, culturais, sociais e econômicas de cada pessoa, etnia, cultura ou grupo social, e tendo como paradigma e referencial ético o valor da dignidade humana.

Com relação à segurança alimentar, observou-se a necessidade de se conjugar dois elementos conceituais, interdependentes e inter-relacionados. A primeira dimensão conceitual (segurança alimentar) está relacionada à produção e disponibilidade de alimentos, produzidos de forma sustentável, equilibrada e culturalmente aceitável. A segunda dimensão conceitual (segurança nutricional), por sua vez, diz respeito às relações existentes entre o ser humano e o alimento, e consolida as noções de acesso a alimentos seguros (não contaminados biológica ou quimicamente) e de qualidade (nutricional, biológica, sanitária e tecnológica).

Os aspectos gerais da insegurança alimentar demonstram que cerca de 795 milhões de pessoas ao redor do mundo (o que equivale a algo mais do que uma em cada nove) estavam subnutridas em 2014-16. Nesse contexto, o crescimento econômico mais lento e menos inclusivo, assim como a instabilidade política em algumas regiões em desenvolvimento, foram considerados prejudiciais ao progresso dos objetivos firmados na Cúpula Mundial da Alimentação de 1996 e através da Declaração do Milênio no que se refere à fome.

No Brasil, não obstante os avanços em relação ao cumprimento das metas internacionais e nacionais de segurança alimentar, ainda existem pessoas que vivem em situação de insegurança alimentar, cujo acesso ao direito fundamental à alimentação adequada pode ser implementado por meio da judicialização.

Infere-se, ao final, que a judicialização do direito à alimentação adequada encontra fundamento na Constituição, e a implementação deste

direito, em favor de pessoa ou grupos de pessoas que, comprovadamente, vivem em situação de insegurança alimentar, pode ser feita no âmbito do processo constitucional democrático, em que se assegure aos interessados uma participação efetiva e isocrítica na construção do provimento final. O provimento final jurisdicional, assim, deve ser construído à luz da Teoria Democrática dos Direitos Fundamentais, cuja Hermenêutica proposta supera os dogmas da Filosofia da Consciência, de modo que o respectivo provimento estatal dela decorrente sempre esteja devidamente fundamentado, contextualizado, e revestido de democraticidade e imparcialidade.

6. Referências

AGÊNCIA BRASILEIRA DE COOPERAÇÃO (ABC). **Histórico**. Disponível em: <<http://www.abc.gov.br/SobreABC/Historico>>. Acesso em: 18 abr. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669p.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de Direito brasileiro. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; SALIBA, Aziz Tuffi. (Org.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional** - Coleção Direitos Fundamentais Individuais e Coletivos - vol. 2. 1. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010. p. 222.

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**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>> Acesso em: 08 fev. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Interesse Público. Belo Horizonte, v. 9, n. 46, nov. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/38245>>. Acesso em: 11 jul. 2019.

BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. **Resolução XXX/1948**. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organiza%C3%A7%C3%A3o-dos-Estados-Americanos/declaracao-americana-dos-direitos-e-deveres-do-homem.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e cidadania**: por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

BOLZAN DE MORAIS, Luis; VALLE BRUM, Guilherme. **Políticas públicas e jurisdição constitucional**: entre direitos, deveres e desejos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

BURITY, Valéria et al. **Direito humano à alimentação adequada no contexto da segurança alimentar e nutricional**. Brasília: ABRANDH, 2010. 204 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CESCR). **Aplicación del pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Observación general 12. El derecho a una alimentación adecuada (art. 11)**. Disponível em <<http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/epcomm12s.htm>>. Acesso em: 29 jun. 2019.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais**. Disponível em: <<https://www.icrc.org/por/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977**. Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/470?OpenDocument>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

COMITÉ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949.** Disponível em: <<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/380?OpenDocument>>. Acesso em: 14 abr. 2020.

COSTA, Fabrício Veiga. **Liquidez e Certeza dos Direitos Fundamentais no Processo Constitucional Democrático.** 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 228p.

DIAS, Feliciano Alcides. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOB UMA PERSPECTIVA DA HERMENÊUTICA CRÍTICA AO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. In: Enoque Feitosa Sobreira Filho; Rubens Beçak; Rodolfo Viana Pereira. (Org.). **Hermenêutica jurídica.** 25ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. p. 200-225.

DIAS, Roberto; LAURENTIIS, Lucas de. **Liberdade de reunião e democracia:** reflexões a partir das experiências brasileiras e alemãs. Disponível em: <https://www.academia.edu/12095649/Liberdade_de_reuni%C3%A3o_e_democracia_reflex%C3%B5es_a_partir_das_experi%C3%Aancias_brasileiras_e_alem%C3%A3s> Acesso em: 08 fev. 2020.

DIOUF, Jacques. **Directrices Voluntarias: en apoyo de la realización progresiva el derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional.** Disponível em: <http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTF_publications/ES/RightToFood_Guidelines_ES.pdf> Acesso em: 29 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FAO. **El estado de la inseguridad alimentaria en el mundo.** Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/x8200s/x8200s00.htm>> Acesso em: 29 jun. 2016.

FAO. **Nutrición humana en el mundo en desarrollo.** Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/006/W0073S/w0073s00.htm#Contents>> Acesso em: 29 jun. 2019.

FAO. **Diretrizes Voluntarias:** en apoyo de la realización progresiva el derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. Disponível em: < http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTF_publications/ES/RightToFood_Guidelines_ES.pdf > Acesso em: 29 jun. 2019.

FAO. **Codex Alimentarius.** Disponível em:< <http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/> >. Acesso em: 10 abr. 2020.

FAO. **Especificar quiénes pasan hambre.** Disponível em:< <http://www.fao.org/FOCUS/s/rightfood/right3.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FAO; FIDA; PMA. **El Estado de la Inseguridad Alimentaria en el Mundo 2015. Cumplimiento de los objetivos internacionales para 2015 en relación con el hambre:** balance de los desiguales progresos. Roma, 2015. Disponível em: < <http://www.fao.org/3/a-i4646s/index.html> > Acesso em: 29 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Sobre los derechos fundamentales.** Tradução Miguel Carbonell. In: CARBONELL, Miguel (Org.). Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007. p. 71-89.

FRANÇA, Alexandra Beurlen de. **O direito humano à alimentação adequada no Brasil.** Disponível em: < http://repositorio.ufpe.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4171/arquivo5071_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y > Acesso em: 29 jun. 2019.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas:** justiça e democracia. Tradução Francisco Aragão. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. **Direito internacional dos direitos humanos:** nova mentalidade emergente pós-1945. Curitiba: Juruá, 2007. p. 91.

LA ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta de la Organización de los Estados Americanos.** Disponível em:< http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos_basicos.asp >. Acesso em: 22 mar. 2020.

LEÃO, Marília. (Org.). **O direito humano à alimentação adequada e o sistema nacional de segurança alimentar e nutricional.** Brasília: ABRANDH, 2013. 263 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos.** 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

MENEZES, Clarice Cristine Ferreira; PEREIRA, Nina de Andrade; CANÊDO, Sílvia Helena Guilherme. **Segurança alimentar e políticas econômicas e sociais**. Disponível em: < https://www.academia.edu/1399263/Organiza%C3%A7%C3%A3o_da_Na%C3%A7%C3%B5es_Unidas_para_Alimenta%C3%A7%C3%A3o_e_Agricultura-FAO. Acesso em: 05 mar. 2020.

MELLO, Marco Aurélio. **Liberdade de Expressão. Dignidade Humana e Estado Democrático de Direito. Tratado Luso-brasileiro da Dignidade Humana**. Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva (Coord.). São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 243.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Disponível em: < <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declaracao-programa-acao-viena-1993/view>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 128- 129.

MÜLLER, Marcela. **Direito fundamental à alimentação adequada no contexto das organizações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2014. 180 p.

NACIONES UNIDAS. **Carta de las Naciones Unidas**. Disponível em:< <http://www.un.org/es/charter-united-nations/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

NACIONES UNIDAS. **La Declaración Universal de Derechos Humanos**. Disponível em:< <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/index.html>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

NACIONES UNIDAS. **A/RES/2200(XXI)A-C**. Disponível em: < <http://research.un.org/es/docs/ga/quick/regular/21>>. Acesso em: 22 mar. 2020.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/fao/>>. Acesso em: 05 mar. 2020.

NACIONES UNIDAS. **FIDA**: Fundo Internacional de Desenvolvimento Agrícola. Disponível em:< <https://nacoesunidas.org/agencia/fida/>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NACIONES UNIDAS..**Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável.**

Disponível em: < <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/07/unced2002.pdf>>.

Acesso em: 05 jun. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. **Cumplimiento de los objetivos internacionales para 2015 en relación con el hambre: balance de los desiguales progresos.** Disponível em: <

<http://www.fao.org/3/a-i4646s.pdf> > Acesso em: 29 jun. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ALIMENTACIÓN Y LA AGRICULTURA. **Breve historia de la FAO.** Disponível em:

<<http://www.fao.org/about/es/>>. Acesso em: 05 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 9. ed.

rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional:** um estudo comparativo

dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Constitucional:** direitos humanos e o direito constitucional

internacional. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf > Acesso em: 29 jun. 2019.

PNUD. **Declaração do Milênio.** Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/odm/declaracao-do-milenio.html>> . Acesso 14 abr. 2020.

PNUD. **Redução da Pobreza.** Disponível em: < <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015/sdg-overview1/mdg1/> > . Acesso em: 17 abr. 2020.

PNUD. **Relatório do desenvolvimento humano 2013.** Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho.html>> . Acesso em: 17 abr. 2020.

PNUD. **Human Development Report 2016.** Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idho.html>> . Acesso em: 17 abr. 2020.

PORTAL DO BRASIL. **Programas de combate à fome são modelo para o mundo, diz diretor da FAO.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/08/programas-de-combate-a-fome-sao-modelo-para-mundo-diz-diretor-da-fao>> . Acesso em: 17 abr. 2020.

PROGRAMA MUNDIAL DE ALIMENTOS (PMA). **Compras para el Progreso**. Disponível em: < <http://es.wfp.org/content/compras-para-el-progreso>>. Acesso em: 19 abr. 2020.

ROSANVALLON, Pierre. **La legitimidad democrática**: imparcialidad, reflexividad, proximidad. 1. ed. Buenos Aires: Manantial, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. p. 84.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – SDH/PR. **Por uma cultura de direitos humanos**: direito à alimentação adequada. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/assuntos/bibliotecavirtual/promocao-e-defesa/publicacoes-2013/pdfs/direito-a-alimentacao-adequada> > Acesso em: 29 jun. 2019.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini. O universalismo e o relativismo cultural: impasse entre a efetivação dos direitos humanos internacionais e as práticas culturais permitidas pelos direitos fundamentais, mas abominadas pelo resto do mundo. In: SALIBA, Aziz Tuffi; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel; ALMEIDA, Gregório Assagra de. (Coordenadores). **Direitos fundamentais e sua proteção nos planos interno e internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, v. 1, p. 76- 81.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini. A cultura como dimensão dos direitos humanos e as Organizações Internacionais que tratam de sua proteção e promoção. In: SILVA, Carla Ribeiro Volpini; TOMAZ, Carlos Alberto de. (Coordenadores). **Direito e cultura na encruzilhada da efetividade dos direitos humanos**. 1. ed. Pará de Minas: Virtualbooks Editora e Livraria Ltda., 2016. p. 9- 36.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 109.

SILVA, Sandro Pereira. **A trajetória histórica da segurança alimentar e nutricional na agenda política nacional**: projetos, descontinuidades e consolidação. Rio de Janeiro: Ipea, 2014. 82 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 2. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TAIAR, Rogerio. **Direito internacional dos direitos humanos**: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos. Disponível em: < file:///D:/Desktop/Rogerio_Taiar_Tese.pdf> Acesso em: 29 jun. 2019.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O direito internacional em um mundo em transformação**: (ensaios, 1976- 2001). Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002. p. 632.

TUBINO, José. **Dia Mundial da Alimentação**: Aliança Internacional Contra a Fome. Disponível em: < http://www.nutricaoempauta.com.br/lista_artigo.php?cod=9>. Acesso em 20 mar. 2020.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Direito humano à alimentação**: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

VALENTE, Flávio; FRANCESCHINI, Thaís; BURITY, Valéria. **A Exigibilidade do Direito Humano à Alimentação Adequada**. Brasília: ABRANDH, 2007. 95 p.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Liberdade de expressão “versus” direitos fundamentais**. Disponível em: < https://www.academia.edu/4020783/LIBERDADE_DE_EXPRESS%C3%83O_VERSUS_DIREITOS_FUNDAMENTAIS> Acesso em: 08 fev. 2020.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 21.

As características e o regime jurídico das cooperativas e o cooperativismo de crédito no Brasil

*Daniela Carla de Almeida Resende*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

*Magno Federici Gomes*³

1 Introdução

A obtenção de crédito viabiliza a aquisição de mercadorias e serviços para atendimento de necessidades básicas e concretização de sonhos de consumo. Além disso, a obtenção de crédito pode possibilitar a quitação de dívidas e compromissos assumidos diante de outras instituições financeiras, pessoas físicas e até jurídicas.

Os empréstimos assumidos perante as instituições financeiras convencionais ou administradoras de cartões de crédito, apresentam altas taxas de juros, encargos que, a longo prazo, pode prejudicar e endividar ainda mais o consumidor.

¹ Aluna do curso de pós graduação em Direito Processual Constitucional da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

² Professor do curso de pós graduação em Direito Processual Constitucional da FAPAM – Faculdade de Pará de Minas.

³ Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

Diante disso, este estudo tem o objetivo de analisar as cooperativas de crédito, suas características, natureza jurídica, origem, operações financeiras, como forma de demonstrar que sua implantação poderá contribuir e trazer vantagens para os associados.

O cooperativismo apresenta vantagens, todavia, é um ramo de atividade normatizado, controlado e que apresenta características peculiares para sua criação e operacionalização. Com isso, o problema apresentado se faz neste sentido, ou seja, quais as principais características, natureza jurídica, procedimentos para implantação e vantagens de uma cooperativa de crédito?

Cabe ressaltar ainda que o cooperativismo vem assumindo lugar de destaque no sistema financeiro nacional devido ao seu crescimento significativo, por isso, merece destaque neste estudo.

2 Referencial teórico

2.1 Surgimento das cooperativas

A origem das cooperativas remete aos povos da Antiguidade, como os babilônicos e os povos da América pré-colonial. Contudo, segundo Ferreira et al (2013) elas adquiriram os contornos que assumem atualmente na Revolução Industrial, atendendo a uma demanda crescente do setor trabalhista que almejava comercializar sem interferência dos capitalistas.

Yamazaki (2006) explica que o espírito de cooperação, desde o começo da civilização, manifesta-se através de uma ajuda mútua, sendo uma necessidade indispensável à evolução do homem. Como exemplo de formas embrionárias de cooperativismo pode-se destacar o arrendamento de terras para a exploração comum, entre os babilônios, e as sociedades de auxílio mútuo para enterros e seguros, entre os povos greco-romanos. No século XIX, com a Revolução Industrial, o cooperativismo ganha maior força, visto que o proletariado urbano, visando a

melhoria de sua difícil situação econômica, associaram-se com o propósito de melhorar as condições de vida mediante a colaboração de todos.

Para Franz (2007) desde os primórdios, a cooperação tem se mostrado presente. Entretanto, o modelo de cooperativa, na forma como hoje são conhecidas as sociedades cooperativas, surgiu em 28 de outubro de 1844, na cidade inglesa de Rochdale, época em que o Estado passava por uma séria crise social, agravada pelas repercussões da Revolução Industrial.

Diante da crise, 28 tecelões de Rochdale, movidos pelo espírito de ajuda mútua, constituíram uma cooperativa (primeira cooperativa organizada formalmente) de consumo para viabilizar a aquisição ao menor custo, de bens e suprimentos diretamente dos produtores, de forma a eliminar o intermediador da relação comercial. Cabe ressaltar, que o ingresso na sociedade acontecia pelo pagamento da subscrição, dando direito a compartilhar o estoque. Estes tecelões submeteram-se a alguns princípios, tais como: suprir necessidades deixadas pelo desemprego, possuir neutralidade política e religiosa, controlar a diretoria eleita pelos membros, efetuar negócios em dinheiro, restituir os dividendos de acordo com o capital rendido. Diante do sistema econômico da época, o cooperativismo foi considerado o “caminho do meio”, sendo a intermediação entre o capitalismo e socialismo, valendo-se do capitalismo como base de sustentação, e do socialismo como base de equilíbrio harmonioso de distribuição de riqueza. O cooperativismo trouxe uma sociedade mais justa, mais humana e mais comprometida consigo mesma, sendo que, através do ato dos tecelões de Rochdale, denominado marco do cooperativismo, outras cooperativas foram surgindo, como por exemplo, na França, onde iniciou o movimento com a fundação de uma cooperativa de produção. (FRANZ, 2007, p. 2-3).

Para Yamazaki (2006), O movimento cooperativista teve o sentido de uma oposição ao individualismo e ao materialismo econômico, seja o capitalista, seja o marxista. O movimento cooperativista de Rochdale preconiza, em todas as atividades da cooperativa, benefícios para os associados, assegurando a estes o controle e a fiscalização de toda a vida social de sua organização.

A Cooperativa de Rochdale foi a precursora do movimento cooperativista. Depois de sua concepção, as idéias cooperativistas espalharam-se

pelos demais países e o cooperativismo começa a se apresentar como um sistema reformista da sociedade que quer obter o preço justo, abolindo o intermediário e o assalariado, através da solidariedade e ajuda mútua.

Filosoficamente, seu principal objetivo é o aperfeiçoamento moral do homem, vez que é impregnado de um alto sentido ético da solidariedade, complementado na ação, pela melhoria econômica.

O cooperativismo possui um símbolo e uma bandeira. O símbolo é um círculo abraçando dois pinheiros para indicar a união do movimento, a imortalidade de seus princípios, a fecundidade de seus ideais e a vitalidade de seus adeptos.

Assim, conforme Jacques e Gonçalves (2016), o setor cooperativo é de singular importância para a sociedade, na medida em que promove a aplicação de recursos privados e assume os correspondentes riscos em favor da própria comunidade na qual se desenvolve. Por representar iniciativas diretamente promovidas pelos cidadãos, é importante para o desenvolvimento local, especialmente nos aspectos de formação de poupança e de financiamento de iniciativas empresariais, que trazem benefícios evidentes em termos de geração de empregos e de distribuição de renda.

Para Braga e Alberto (2011) no Brasil o cooperativismo de crédito iniciou em Nova Petrópolis/RS em 1902 por iniciativa do Padre suíço Theodor Amstad que, junto a outras 19 pessoas, fundou a 1ª Cooperativa de Crédito da América Latina. A partir desta iniciativa, logo nos primeiros anos as cooperativas espalharam-se pelo Rio Grande do Sul e pelo Brasil.

A partir daí alguns decretos foram baixados para a disciplinar o funcionamento das sociedades cooperativas no Brasil. As cooperativas podiam ser organizadas sob a forma de sociedades anônimas, sociedades em nome coletivo ou em comandita, sendo regidas pelas leis específicas.

Jacques e Gonçalves (2016) explicam que a primeira cooperativa central a operar com crédito no Brasil foi fundada, provavelmente, em 1912, na cidade de Porto Alegre. Tratava-se de uma cooperativa central

mista com seção de crédito. As filiadas dessa central eram cooperativas agrícolas. No início da década de 20 do século passado, foi constituída a primeira federação de cooperativas de crédito do Brasil. No ano de 1925, foi atribuída ao Ministério da Agricultura a incumbência da fiscalização das cooperativas de crédito.

Em 1932, o Poder Legislativo editou uma norma para reformar as disposições vigentes naquela época que dispunham sobre as cooperativas. Assim, elas foram definidas da seguinte forma: as cooperativas que tinham por objetivo principal proporcionar a seus associados crédito e moeda, por meio da mutualidade e da economia, mediante uma taxa módica de juros, auxiliando de modo particular o pequeno trabalho em qualquer ordem de atividade na qual ele se manifeste, seja agrícola, industrial, ou comercial ou profissional, e, acessoriamente, podendo fazer, com pessoas estranhas à sociedade, operações de crédito passivo e outros serviços conexos ou auxiliares do crédito. Além disso, foram definidas características de cada tipo de cooperativa.

Jacques e Gonçalves (2016) explicam que o fato da supervisão e fiscalização das cooperativas de crédito estarem, no passado, sob a responsabilidade do Ministério da Agricultura, se justificava em razão do Brasil ser, à época, uma economia primário-exportadora, centrada na produção agrícola para atender suas necessidades de consumo interno e para exportação.

Apenas em 1945, a fiscalização das cooperativas de crédito passou a ficar a cargo do Ministério da Fazenda, através da Superintendência da Moeda e do Crédito. Já em 1964, devido à reforma bancária, as cooperativas de crédito passaram a ser consideradas instituições financeiras, portanto, ficaram a cargo do Banco Central do Brasil.

Em 1964, por ocasião da Ditadura Militar e de uma legislação mais restritiva, as cooperativas do Brasil enfrentaram duras restrições e o crescimento sustentado foi retomado apenas após importantes conquistas através da Constituição de 1988.

Porém, o avanço do cooperativismo se deu com a lei 5764/71 que foi baseada em sete princípios: autonomia da vontade, gestão democrática dos integrantes, participação econômica dos membros, independência, formação e educação, união de esforços entre cooperativas e interesse na comunidade.

Dentre estes, conforme Franz (2007) merece destaque o princípio da autonomia da vontade, que por ser a grande baliza de todo o direito privado, acaba por influenciar, ainda que indiretamente, os outros princípios que regem as cooperativas. Disso decorre que as pessoas aptas a colaborar com os serviços prestados poderão aderir ou desligar-se voluntariamente, sem qualquer óbice.

Segundo Jacques e Gonçalves (2016), atualmente, as resoluções do BCB, cumprindo deliberação do Conselho Monetário Nacional, referem-se simplesmente a “cooperativas de crédito” e não mais aos tradicionais modelos históricos, sendo que o ano de 2003 representou a “grande abertura” ao cooperativismo de crédito, principalmente, em razão das resoluções a seguir discriminadas, do Banco Central do Brasil: a Resolução n. 3.106, de 25/6/2003 permitiu a criação de cooperativas de crédito de livre admissão de associados, por micro e pequenos empresários e empreendedores; e a Resolução n. 3.140, de 27/11/2003 estendeu a autorização a médios e grandes empresários.

Cabe destacar, ainda, a Resolução n. 2.771, de 30/8/2000, que aprovou o regulamento disciplinando a constituição e o funcionamento das cooperativas de crédito; e a Resolução n. 2.788, de 30/11/2000, que dispõe sobre a constituição e o funcionamento dos bancos comerciais e de bancos múltiplos sob o controle acionário de cooperativas centrais de crédito.

Neste sentido:

É perceptível, neste período, um aumento geral no número de cooperativas, o que tem certa relação com a Resolução nº. 2.771/2000 do BACEN, que reduziu o limite mínimo de patrimônio líquido exigido para a constituição de cooperativas de crédito. Posteriormente, foi autorizada a constituição de coo-

perativas de crédito de empresários e empreendedores, independentemente do ramo de atividade, o que também ampliou as possibilidades de formação de cooperativas. A partir de 2003, com a Resolução nº 3.106, do BACEN, foi autorizada a constituição de cooperativas de crédito de livre admissão, sem restrição quanto ao perfil dos cooperados, porém, com algumas limitações, como constituírem-se somente em localidades com menos de 100.000 habitantes e alguns limites mínimos de patrimônio de referência. Assim, seguiu-se a ampliação da participação das cooperativas de crédito no SFN. Elas foram ganhando espaço e ampliando suas operações, sendo autorizadas a contratar correspondentes no país (como as demais instituições financeiras), a atuar na distribuição de cotas de fundos de investimentos abertos e foram ampliadas as condições de constituição das cooperativas de livre admissão, retirando-se algumas limitações. (FREITAS; FREITAS, 2014, p. 52).

A Lei Complementar 130, de 17 de abril de 2009, dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo, tratando, entre outros assuntos, das competências do Conselho Monetário Nacional (CMN) no que diz respeito às cooperativas de crédito e da possibilidade de constituição de centrais e confederações de cooperativas.

Cabe salientar ainda, segundo Braga e Alberto (2011), os instrumentos legais em vigor sobre Cooperativas de Crédito são:

- a) Lei 4.595/1964: Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias. Essa lei criou o Conselho Monetário Nacional e equiparou as cooperativas de crédito às demais instituições financeiras.
- b) Lei 5.764/1971: Instituiu o regime jurídico vigente das sociedades cooperativas. Define a cooperativa como sociedade de pessoas, de natureza civil. Mantém a fiscalização e o controle das cooperativas de crédito com o Banco Central do Brasil.
- c) Constituição de 1988: O artigo 5º da Constituição Federal derroga a Lei nº 5.764 na parte em que condiciona o funcionamento das sociedades cooperativas à prévia aprovação do Governo, por força do disposto no artigo 192.
- d) Lei Complementar 130/2009: Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nos 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971.

Além destes instrumentos, são baixadas Circulares, Resoluções e Comunicados pelo Banco Central do Brasil, os quais são constantemente

atualizados no site do Banco Central, dispondo sobre aspectos contábeis, financeiros e operacionais.

Desta forma, conforme Menezes (2012) o cooperativismo está em evidência não só no ramo econômico, mas em todos os campos. O cenário cooperativista do mundo está mudando. Ninguém mais duvida do potencial e do alcance do setor. Antes tidas como instituições pequenas e simples, hoje as cooperativas se modernizaram e figuram como instituições fortes que geram renda e impulsionam o desenvolvimento do planeta.

2.2 Conceito, classificação e características de sociedade cooperativa

Segundo Delgado (2013), as cooperativas estão situadas entre as exigências do mercado e os princípios que as regem. Essa dualidade de funções em que atuam e prestam seus serviços aos cooperados de forma democrática e solidária tende a seguir os padrões da economia de escala e de concorrência, por isso, sua conceituação deve levar em conta não apenas o elemento associativo e solidário, mas também o elemento econômico.

Do ponto de vista econômico, segundo Wakulicz e Oliveira Filho (2015) a cooperativa é uma organização empresarial, de caráter auxiliar, por cujo intermédio uma coletividade de consumidores ou produtores promove, em comum, a defesa (melhoria, incremento) de suas economias individuais. Essa defesa se realiza, substancialmente, por duas formas: na qualidade de consumidor, o sujeito econômico procura obter, por meio da cooperativa, bens e prestações (crédito, transporte, etc.) ao mais baixo custo; na condição de produtor (agricultor, artesão, operário) serve-se dela para, por intermédio da respectiva organização, transacionar, nos mercados, bens ou utilidades elaboradas individualmente ou coletivamente. As principais funções da área financeira decorrem das decisões fundamentais que os gestores são levados a tomar no cotidiano das suas ações, com o objetivo de criar valor para a organização e para os proprietários.

Diz-se cooperativa, conforme Ferreira et al (2013) cujo significado é operar juntamente com alguém, um dos tipos de sociedade estudados pelo direito comercial (melhor denominado direito empresarial, segundo corrente dominante da moderna doutrina), em que as pessoas físicas contratantes se comprometem a contribuir com bens e serviços para a execução de atividade econômica de interesse comum interno na sociedade, sem escopo lucrativo.

Alguns doutrinadores entendem ainda que as cooperativas são a síntese orgânica entre associação e empresa porque estão presentes o elemento associativo e o econômico.

Segundo Ferreira et al (2013), relacionado ao conceito acima, o primeiro estaria ligado às necessidades em comum de um grupo de pessoas, que se identificam nos seus objetivos, seja de um custo menor para a produção, no qual serão consumidores, seja de melhor preço para sua produção. Por isso, relevante se torna a característica de ser a cooperativa uma sociedade de pessoas e não de capital. Já o segundo é o elemento econômico, estaria ligado às atividades de uma empresa comum, como as exercidas por todas as sociedades empresárias.

Walmor Franke, citado por Franz (2007) explica que a palavra “cooperativismo” pode ser tomada em duas acepções. Por um lado designa o sistema de organização econômica que visa a eliminar os desajustamentos sociais oriundos dos excessos da intermediação capitalista; por outro, significa a doutrina corporificada no conjunto de princípios que devem reger o comportamento do homem integrado naquele sistema.

Além disso, as cooperativas são classificadas como sociedades simples e de pessoas, com suporte jurídico diferenciado em relação às demais, de natureza civil, constituídas com a função primordial de união de esforços entre os contratantes para a facilitação de execução de determinada atividade.

Com relação às cooperativas de crédito, pode-se dizer que ela pode operar praticamente como um banco, onde os associados passam a ter os mesmos serviços de um banco tradicional como talão de cheques, car-

tões, pagamentos de contas, descontos, cobranças, empréstimos e outros. A grande vantagem em se criar uma cooperativa de crédito está na possibilidade de se ter acesso a financiamentos com taxas de juros mais baixas, inclusive em linhas de financiamento de longo prazo que os bancos comerciais normalmente não oferecem ao público, possibilitando assim melhor acesso a crédito para seus associados.

Sobre seu conceito, Braga e Alberto (2011) entendem que:

As Cooperativas de Crédito são sociedades de pessoas destinadas a proporcionar assistência financeira a seus cooperantes. Funcionam mediante autorização e fiscalização do Banco Central, porque são equiparadas às demais instituições financeiras. Para consecução de seus objetivos podem praticar as operações passivas típicas de sua modalidade, como obter recursos no mercado financeiro, nas instituições de crédito particulares ou oficiais, através de repasses e refinanciamentos. Podem captar recursos via depósito à vista e a prazo, de seus cooperantes; fazer cobrança de títulos, recebimentos e pagamentos, mediante convênios correspondentes no país, depósitos em custódia e outras captações típicas da modalidade. No que se refere às operações ativas, diferem dos bancos, fundamentalmente, porque só podem contratar essas operações, isto é, empréstimos de dinheiro, com seus cooperantes, ao contrário dos bancos, que operam com o público em geral. (BRAGA; ALBERTO, 2011, p. 73).

Com relação às suas características é possível dizer que o art. 4º da Lei 5.764/71 elenca as características que distinguem as cooperativas das demais sociedades. Através deste dispositivo legal, compreendemos que as cooperativas se distinguem das demais sociedades pelos seguintes aspectos principais:

- a) adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;
- b) variabilidade do capital social representado por quotas-partes;
- c) limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;
- d) inacessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;

- e) singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;
- f) quorum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital;
- g) retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral;
- h) indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;
- i) neutralidade política e discriminação religiosa, racial e social;
- j) prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;
- k) área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços.

Sobre as modalidades de cooperativas de crédito existentes, o 6º da Lei 5.764/71, elenca as seguintes:

- a) Singulares: constituídas por no mínimo 20 (vinte) pessoas físicas, sendo excepcionalmente permitida a admissão de pessoas jurídicas que tenham por objeto as mesmas ou correlatas atividades econômicas das pessoas físicas ou, ainda, aquelas sem fins lucrativos. As cooperativas singulares se caracterizam pela prestação direta de serviços aos associados;
- b) Cooperativas Centrais ou Federações de Cooperativas: constituídas de, no mínimo, 3 (três) singulares, podendo, excepcionalmente, admitir associados individuais. O objetivo das centrais é organizar em maior escala, os serviços das filiadas, integrando e orientando suas atividades;
- c) Confederações de Cooperativas: constituídas, pelo menos, de 3 (três) federações de cooperativas ou cooperativas centrais, da mesma ou de diferentes modalidades, visando prestação de serviços de interesse comum, orientando e coordenando as atividades das filiadas. (BRASIL, 1971).

Importante destacar que, conforme artigos 11, 12 e 13 da Lei 5.764/71, as sociedades cooperativas serão de responsabilidade limitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade se limitar ao valor do capital por ele subscrito; e, de responsabilidade ilimitada, quando a responsabilidade do associado pelos compromissos da sociedade for pessoal, solidária e não tiver limite. A responsabilidade

do associado para com terceiros, como membro da sociedade, somente poderá ser invocada depois de judicialmente exigida da cooperativa. (BRASIL, 1971).

Delgado (2013) explica que as cooperativas, no entanto, não são empresas, e seus cooperados não podem ser equiparados a empresários. A cooperativa é uma pessoa jurídica, mas não tem o intuito lucrativo das empresas, principalmente pelo fato de que presta serviços para o cooperado e não auferir lucro por seu trabalho. Percebe-se, nas cooperativas, algumas características do conceito jurídico de empresa, quais sejam: objeto (atividade econômica); forma (fatores de produção); risco (responsabilidade limitada ou ilimitada). A única característica que não é comum às cooperativas é a finalidade, afastando-a do conceito de empresa.

Assim, entende-se que a sociedade cooperativa é uma associação de pessoas físicas ou jurídicas que unem suas forças de produção para desenvolver uma atividade econômica ou produzir bens e serviços, sendo, ao mesmo tempo, proprietários e beneficiários, conforme sua participação, não visando ao lucro, mas a satisfazer às necessidades comuns e, com isso, o bem-estar econômico e social, orientados pelos princípios e valores do cooperativismo.

2.3 O capital social das sociedades cooperativas

O capital social, conforme o disposto no art. 24 da Lei n. 5.764/71, será subdividido em quotas-partes, cujo valor unitário não poderá ser superior ao maior salário mínimo vigente no país.

Segundo Yamasaki (2006), quando se tratar de sociedade cooperativa singular, nenhum associado poderá subscrever mais de um terço do total das quotas-partes, salvo nas sociedades em que a subscrição deva ser diretamente proporcional ao movimento financeiro do cooperado ou ao quantitativo dos produtos a serem comercializados, beneficiados ou transformados, ou ainda, em relação à área cultivada ou ao número de plantas ou animais em exploração. O limite estabelecido no parágrafo

supracitado não engloba as pessoas jurídicas de direito público que participam de Cooperativas de Eletrificação, Irrigação e Telecomunicações.

Segundo a legislação pátria, às cooperativas é vedado distribuírem qualquer espécie de benefício às quotas-partes do capital ou estabelecer outras vantagens ou privilégios, financeiros ou não, em favor de quaisquer associados ou terceiros, excetuando-se os juros de até no máximo 12% ao ano que incidirão sobre a parte integralizada. Por isso, a formação do capital social dar-se-á mediante prestações periódicas, independentemente de chamada, por meio de contribuições ou outra forma estabelecida a critério dos respectivos órgãos executivos federais.

Yamasaki (2006) afirma que a transferência de quotas-partes deverá ser averbada no Livro de Matrículas, mediante termo que conterà as assinaturas do cedente, do cessionário e do direito dos respectivos órgãos executivos federais. As quotas representam a propriedade do Cooperado, na Cooperativa. Elas são inalienáveis, para fora da sociedade e nem podem ser dadas em garantia de qualquer obrigação. Se autorizado pela Assembléia Geral podem ser comercializadas internamente na sociedade.

Por isso, segundo a própria legislação, a integralização das quotas-partes e o aumento do capital só poderão ser feitos com bens avaliados previamente e somente após homologação em Assembléia Geral ou mediante retenção de determinada porcentagem do valor do movimento de cada associado. Contudo, isso não se aplica às cooperativas de crédito, às agrícolas mistas com seção de crédito e às habitacionais.

Para Yamasaki (2006), em sociedades cooperativas em que a subscrição de capital for diretamente proporcional ao movimento ou à expressão econômica de cada associado, o estatuto deverá prever sua revisão periódica para ajustamento às condições vigentes.

2.4 Natureza jurídica da sociedade cooperativa

Ao longo do tempo, conforme Delgado (2013) civilistas e comerciantes tentaram definir a sociedade cooperativa como concernente a seu

ramo de estudo, entretanto, não enxergaram que, apesar de possuir características de ambas, as cooperativas constituíam-se de atributos próprios.

Inicialmente, o cooperativismo, por estar ligado à luta de classes e a uma forma de organização anticapitalista, teve sua natureza relacionada ao associativismo, uma vez que agregava um número grande de participantes sem fins lucrativos. Enquanto alguns países ainda reconhecem as cooperativas como associações, outros lhe atribuem natureza própria, em razão de sua singularidade. Atualmente, a maioria dos ordenamentos identifica na cooperativa natureza jurídica de sociedade, pela qual duas ou mais pessoas, mediante contrato, se reúnem visando à consecução de um objetivo comum. (DELGADO, 2013, p. 8).

No Brasil, o Decreto 22329 de 1946 instituiu a cooperativa com natureza jurídica *sui generis*. Posteriormente, com a promulgação da Lei nº 5.764/71, o legislador apontou alguns atributos da cooperativa, tais como: sociedade de pessoas, com natureza jurídica própria e natureza civil, constituída para prestar serviços aos associados (art. 4º, caput).

O primeiro elemento atribuído às cooperativas foi o caráter de sociedade de pessoas, já que prepondera o *intuitu personae*, sendo determinante a capacidade e o interesse operacional dos sócios na cooperativa. O segundo atributo se refere à imputação do legislador às sociedades cooperativas de uma “natureza jurídica própria” e de uma “natureza civil”. O último atributo da natureza jurídica das cooperativas é sua função de prestação de serviços aos cooperados, decorrente da busca pela satisfação de seus interesses.

Assim, segundo Delgado:

A cooperativa é, portanto, voltada para o desenvolvimento de uma atividade econômica com a participação dos cooperados no exercício do objeto social, bem como na gestão de seus interesses, atuando como intérprete de suas vontades, seja na distribuição de seus bens e serviços no mercado, seja no fornecimento aos cooperados de bens e serviços adquiridos de terceiros. Essa função de gestora foi interpretada pelos teóricos franceses como sendo a co-

operativa mandatária gratuita dos sócios, realizando suas funções por sua conta e interesse. (DELGADO, 2013, p. 9).

De acordo com essa teoria, a relação do cooperado com a cooperativa seria similar a de um mandato gratuito, no qual o cooperado outorga poderes à sociedade para que atue em seu nome. Além da constituição da sociedade, haveria um contrato de mandato atípico e assimilável entre cooperativa e cooperado.

Franz (2007) afirma que as cooperativas adotaram como fundamento a cooperação, tendo como finalidade a melhoria das condições econômicas através da criação de uma sociedade de interesse comum, destinada a prestar serviços aos seus associados afastando os intermediários.

Segundo Delgado (2013), no direito brasileiro, a teoria do mandato foi aceita e acabou recebendo outras denominações como comissão, delegação, consignação ou simplesmente mandato. Alguns doutrinadores asseveram, inclusive, que a Lei nº 5.764/71 adota a teoria do mandato, em que a cooperativa seria uma extensão das atividades econômicas exercidas pelos cooperados. No entanto, se defende, atualmente, que a realidade econômica da cooperativa sofreu transformações, deixando de ser mero ente moral para assumir uma posição mais atuante de organização profissional na busca de modelos mais eficientes e competitivos para o mercado e garantindo os interesses e a satisfação dos cooperados.

Bulgarelli (2008) entende que as cooperativas atuam com seus associados em um círculo fechado, no qual situam não apenas os vínculos associativos, mas os atos operacionais decorrentes da atividade dos cooperados com a sociedade. Essa relação constituída entre eles não seria de mandato, mas de “delegação cooperativa”, na qual a sociedade, por meio do contrato social, atua em seu nome para o mercado, mas prestando serviços aos cooperados. Não seria caso de mandato gratuito, mas também não propriamente lucrativo, pois há despesas que não correspondem apenas aos custos da operação.

Não há dúvidas quanto à autonomia do Direito Cooperativo, uma vez que este é dotado de um regime próprio com características que o distinguem de qualquer outro direito, como, por exemplo, o princípio do retorno, a irrepartibilidade do fundo de reserva, a intransmissibilidade das quotas a terceiros estranhos, a prestação de serviços predominante aos associados e os atos cooperativos (entrega, delegação, distribuição). Nesse sentido, o autor realça a singularidade do ato cooperativo que se perfaz como um ato único, uma vez que só pode decorrer da condição de cooperado, que o realiza em função da sociedade e em seu benefício, diferenciando-se do ato civil, administrativo e comercial. Ainda esclarece que há uma proximidade entre o Direito Cooperativo e o Direito Comercial e Civil, inclusive, pela diversidade de ramos nos quais as cooperativas podem atuar, abarcando praticamente todas as atividades econômicas. No entanto, se distancia do Direito Comercial, hoje Direito Empresarial, pelas diferenças de princípios, estruturas societárias e pelo fato de que as sociedades empresárias têm, como objetivo principal, o *animus lucrandi*. Da mesma forma, o Direito Cooperativo também se distancia do Direito Civil pela imprecisão deste ramo ao abordar as cooperativas como sociedades com fins meramente mutualísticos. (BULGARELLI, 2008, p. 135).

Para Ferreira et al (2013) a sociedade cooperativa é um subtipo de sociedade simples. Relatar que se trata de um novo ente societário, remeteria a uma postura *contra legem*, de sorte que o dispositivo legal é claro ao abordar a natureza jurídica deste ente, esclarecendo, como enfatizado, que esta é uma sociedade simples, tanto que nunca será empresária, até porque não tem fins lucrativos e não possui características de uma sociedade empresária. Igualmente, somente em casos de omissão os dispositivos legais das sociedades simples lhes são outorgados, sendo certo que ela detém peculiaridades que devem ser obedecidas e consideradas.

A própria Constituição Federal Brasileira preceitua que as normas devem ser interpretadas em consonância com o princípio maior da legalidade. Tal é a importância deste princípio garantista, que atribui segurança jurídica, assegurando aos entes societários e aos particulares prerrogativas de resistir às injunções que não estejam na lei, evitando-se, assim, o vácuo legal. Dessa maneira, é fácil compreender que não se pode concluir que a cooperativa é um novo ente societário, afinal, esta afirmativa implicaria em insegurança

jurídica, destoando dos dispositivos legais, haja vista a enorme incerteza fomentada por este equívoco novo tipo societário, que tanto careceria de regulamentação. (FERREIRA et al, 2013, p. 135).

Isso mostra que as cooperativas são sociedades (exercem atividade econômica), mas não visam o lucro; são não empresariais, mas registram-se nas juntas comerciais. Diante da existência de normas e princípios próprios, verifica-se que as cooperativas não se enquadram em nenhum dos ramos tradicionais do direito (direito civil, direito comercial ou empresarial, direito administrativo, direito do trabalho, etc), tornando-se possível falar-se de um novo ramo, o direito cooperativo.

2.5 O cooperativismo de crédito

Conforme foi dito anteriormente, o cooperativismo de crédito chegou ao Brasil em 1902, trazido pelo Padre Theodor Amstad, desenvolvendo-se na localidade de Linha Imperial, município de Nova Petrópolis, no Rio Grande do Sul. O cooperativismo de crédito se tornou viável, diante da situação econômica e social que se encontravam os imigrantes.

Segundo Franz (2007), as Cooperativas de Crédito têm como objetivo eliminar o intermediário na captação de recursos, nos investimentos e na concessão de empréstimos, fazendo do tomador e do investidor uma só pessoa. Assim, as cooperativas de crédito são sociedades de pessoas, constituídas com o objetivo de prestar serviços financeiros aos seus associados, na forma de ajuda mútua, baseada em valores como igualdade, equidade, solidariedade, democracia e responsabilidade social. Além de prestação de serviços comuns, visam diminuir desigualdades sociais, facilitar o acesso aos serviços financeiros, difundir o espírito de cooperação e estimular a união de todos em prol do bem-estar comum.

Para Delgado (2013), a cooperativa de crédito é um instrumental econômico que diligencia em desenvolver entre os seus participantes uma abordagem de eficiência empresarial na operação de suas respecti-

vas realizações. Por ser considerada uma instituição financeira por equiparação, essas sociedades são controladas e fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil, conforme dispõe o art. 92, I da Lei 5764/71. O Cooperativismo de crédito, se aplicado em escala nacional, traz consigo a possibilidade de maximizar um conjunto de fenômenos de natureza sócio-econômica úteis para o desenvolvimento sustentável de um país.

O cooperativismo de crédito desempenha um importante papel que lhe caracteriza como propulsor do desenvolvimento econômico-social, pois, conforme ensina Franz (2007):

- a) O cooperativismo de crédito, como os demais ramos do cooperativismo, proporciona ao associado vivenciar um processo democrático, onde boas decisões alavancam as finanças individuais e de toda comunidade envolvida;
- b) As decisões sobre as operações de crédito a serem realizadas nessas entidades são tomadas por representantes da própria entidade local, uma vez que, as diretorias das cooperativas são formadas pelo seu quadro de associados;
- c) Outra característica importante, própria de cooperativas de crédito, é a humanização do crédito, decorrente do conhecimento pessoal existente entre o tomador e o doador do crédito. Soma-se a isso, o fato de que, inúmeras cooperativas preveem no próprio estatuto social a responsabilidade destes associados no cumprimento das suas obrigações junto à cooperativa, fazendo com que os índices de inadimplência sejam bastante reduzidos;
- d) Um dos principais motivos observados na mobilização de pessoas em torno de uma cooperativa de crédito é a possibilidade de obtenção de linhas de crédito mais adaptadas às suas demandas principalmente no que se refere às taxas de juros, tarifas, prazos e garantias;
- e) Por sua natureza, as cooperativas de crédito não visam lucro, no entanto têm a necessidade de gerar sobras como elemento de sustentabilidade econômica. Por ser uma organização de pessoas, e não de capital, as sobras são distribuídas com base na movimentação financeira dos associados e não no aporte de capital;
- f) Devido ao compromisso das cooperativas com seus associados, esforços sistemáticos são feitos no sentido de levar às comunidades desassistidas linhas de crédito governamentais, não repassadas em larga escala pela iniciativa bancária convencional, uma vez que esta alega baixa relação entre o custo e benefício na realização desses repasses, sobretudo os de pequeno valor. À medida que as cooperativas de crédito assumem esta atribuição, o poder público em suas três esferas, passa a contar com um novo canal de distribuição de crédito cujas características tendem a conferir alta eficiência às políticas públicas;

g) Outra forma de dar retorno ao investimento feito pelos seus associados é através do Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, que conforme previsto em Lei, é destinado a prestação de assistência aos associados, seus familiares e, quando previstos nos estatutos, aos empregados da cooperativa, constituídos de 5% das sobras líquidas apuradas no exercício.

Essas são algumas características das cooperativas de crédito, que já possibilitam analisar o importante papel que estas desempenham nas sociedades onde atuam.

O principal diferencial das cooperativas de crédito em relação aos bancos é a ausência de lucro. As cooperativas de crédito têm como finalidade prestar serviços financeiros aos seus associados, trazendo por consequência uma melhor qualidade de vida devido ao acréscimo de renda.

Este tipo de sociedade subordina-se a vários ramos do direito devido a sua estrutura orgânica e às atividades que realiza.

Com o advento da reforma bancária, as cooperativas de crédito puderam ser equiparadas às instituições financeiras, passando a ser reguladas pelo Banco Central.

No Brasil, atualmente, o Sistema Pioneiro de Crédito Cooperativo é composto de três macrosistemas – SICREDI, SICOOB e UNICRED. Um quarto sistema emergente está se concentrando especialmente no cooperativismo de crédito solidário (CRESOL, ECOSOL, CREHNOR e outras).

Sobre o assunto, explica Franz (2007):

- a) SICREDI (Sistema de Crédito Cooperativo) – É um conjunto harmônico de cooperativas de crédito que funcionam com regras administrativas, operacionais e jurídicas uniformes. Este sistema se destacou na retomada de 1980, fase da reorganização e do crescimento do cooperativismo de crédito no Brasil. Seu foco inicial estava voltado para o atendimento dos produtores rurais.
- b) SICOOB (Sistema das Cooperativas de Crédito do Brasil) – É um sistema integrado de cooperativas e está presente em quase todos os estados brasileiros. As cooperativas integrantes deste sistema possuem grande diversidade de público-alvo (associados) e de operacionalidade (estrutura administrativa, produtos, serviços, etc).

- c) UNICRED - Este sistema é constituído por cooperativas de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos, mas com abrangência para os demais profissionais da área da saúde. Atualmente possui cooperativas espalhadas em quase todas as capitais dos estados brasileiros. Possuem um forte relacionamento com as UNIMEDs (Cooperativa de Trabalho Médico).

2.6 Cooperativismo de crédito e crescimento econômico

Diante do que foi observado até o momento, é importante destacar a relação entre o desenvolvimento financeiro e o crescimento econômico através das cooperativas de crédito, ou seja, qual a influência que elas têm neste cenário.

Segundo Pinheiro (2008), cooperativas de crédito são instituições financeiras constituídas sob a forma de sociedade cooperativa, tendo por objeto a prestação de serviços financeiros aos associados, como concessão de crédito, captação de depósitos à vista e a prazo, cheques, prestação de serviços de cobrança, de custódia, de recebimentos e pagamentos por conta de terceiros sob convênio com instituições financeiras públicas e privadas e de correspondente no País, além de outras operações específicas e atribuições estabelecidas na legislação em vigor.

As cooperativas de crédito são enquadradas pela Lei nº 4.595/1964, no subsistema operativo, como instituições financeiras captadoras de depósitos à vista, assim como os bancos comerciais com os quais estão equiparadas. De acordo com o Art. 47 desta Lei, consideram-se instituições financeiras “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”.

Esta inserção das cooperativas de crédito na estrutura do Sistema Financeiro Nacional, segundo Freitas e Freitas (2014), lhes permitiu ampliar sua forma de atuação, possibilitando a captação de recursos. Elas se equiparam às demais instituições financeiras no que concerne à fiscalização e às normatizações. As cooperativas podem prestar, basicamente, os

mesmos serviços que os bancos, porém, seus sócios são também os seus clientes. E, portanto, almejar lucros exorbitantes por meio das intermediações financeiras seria retirar o ganho de seus sócios. Por essa natureza, as cooperativas de crédito são também caracterizadas como sociedades de pessoas sem fins lucrativos (Lei 5.764/1971); entretanto, essa distinção, na prática, não lhes confere tratamento diferenciado. Para operarem com captação de depósitos, precisam estar inseridas na estrutura do Sistema Financeiro Nacional e se enquadrarem às suas regulamentações.

Desta forma, elas estão sujeitas à maioria das normas e determinações às quais são submetidas as demais instituições financeiras bancárias e, conseqüentemente, à lógica desse setor, induzida por essas normas.

Pode-se inferir, a partir do que dispõem Freitas e Freitas (2014) que o ambiente institucional no qual essas organizações estão inseridas estimula a criação de padrões desejáveis de comportamentos entre as instituições financeiras e determina mecanismos externos de monitoramento, com a missão de fornecer segurança sistêmica. Assim, desde a constituição, e em seu funcionamento cotidiano, as cooperativas de crédito devem seguir rigorosos padrões para manterem-se operando e evitar a penalização de órgãos fiscalizadores.

Jacques e Gonçalves (2016), citando Rodrigues (2004), descreve um caso isolado da cidade de São Roque de Minas que se viu numa situação em que a única agência bancária ali existente, a MinasCaixa, foi liquidada pelo Banco Central e teve suas portas fechadas. Os reflexos logo apareceram: todo o movimento bancário foi transferido para a vizinha Piumhi, a uma distância de 64 km por estrada de terra. A solução encontrada apareceu por acaso quando um grupo de produtores foi atrás de informações sobre a Cooperativa de Crédito Rural de Iguatama e de Alpinópolis, cidades vizinhas. Com o contato, perceberam que podiam criar uma cooperativa semelhante na própria cidade e partiram para reuniões com produtores. Conseguiram 27 produtores para investir na novidade

e, em julho de 1991, o Banco Central autorizava a criação da Cooperativa de Crédito Rural de São Roque de Minas, a Saromcredi.

O autor explica que os resultados positivos desta cooperativa de crédito foram muito importantes e o balanço patrimonial da empresa fechou, em 2011, em R\$ 12 milhões. A cooperativa auxiliou na alteração do perfil da economia local, refletiu diretamente nos parâmetros culturais, pois estimulou a produção agrícola, a modernização da colheita etc.

Outro relato de uma experiência positiva envolvendo o cooperativismo de crédito foi feito por Magalhães & Junqueira (2007), citado por Jacques e Gonçalves (2016). Os autores tratam do cooperativismo de crédito na região sisaleira da Bahia, uma terra ressequida pelo sol, coberta pela caatinga e habitada por uma população de renda muito baixa. Ali, a maioria dos agricultores pobres e dos pequenos comerciantes tem difícil acesso a bancos e está endividada em mercados financeiros informais. Tal condição não lhes permite planejar investimentos, organizar atividades econômicas de forma mais eficiente e superar, assim, a condição de pobreza. Na última década, nove cooperativas de crédito passaram a oferecer serviços financeiros a quatorze mil associados, agricultores familiares e pequenos empreendedores que chegam a acumular um significativo volume de poupança para, com estes recursos e com recursos repassados de fundos públicos, financiarem o desenvolvimento da região.

Menezes (2012) afirma que o modelo cooperativista possui uma filosofia capaz de unir crescimento econômico e bem-estar social. O mundo está cada vez mais cooperativo, pois as pessoas estão percebendo o poder da cooperação para o desenvolvimento das sociedades e dos indivíduos. Iniciativas como a da ONU, com a promulgação do Ano Internacional das Cooperativas, são muito importantes para quem tem no cooperativismo um modelo de gestão que valoriza o capital humano, em detrimento do lucro. Muitas conquistas foram alcançadas ao longo dos anos, mas ainda há muito que ser feito para disseminar a cultura cooperativista e seus benefícios. Os desafios só serão superados por meio da cooperação, pois unidos os cooperativistas têm mais força e visibilidade,

o que possibilitará, em um futuro próximo, a consolidação e a expansão do setor em todos os lugares do mundo.

3 Considerações finais

As cooperativas são alternativas de trabalho e concretização de um ideal de sociedade mais justa. Foram criadas em um período de crise, cresceram e se desenvolveram sobre princípios de cooperação e igualdade. A função social da cooperativa é tida como base, assim como a igualdade, a distribuição desinteressada e a não obtenção de lucros.

As cooperativas são reconhecidas como ferramentas para o desenvolvimento social, econômico nos países onde há crise e desemprego. No Brasil, o apoio e o estímulo ao cooperativismo são princípios constitucionais da ordem econômica.

Conforme pode ser visto neste trabalho, as sociedades cooperativas são estruturas societárias de natureza jurídica própria, se destacando por princípios particulares, voltados para a prestação de serviços aos cooperados, que participam da realização do objeto social, com a finalidade de obter benefícios sociais e econômicos.

A Constituição Federal de 1988 tratou da cooperativa, assim como o Código Civil e também leis esparsas.

As cooperativas são sociedades de natureza jurídica própria, sendo reguladas pela Lei 5.764/71, possuindo, portanto, peculiaridades que as diferenciam dos demais tipos societários. Embora não sejam consideradas empresárias, realizam importantes atividades econômicas, sem escopo lucrativo. Seus sócios se comprometem a contribuir com bens e serviços para a execução de atividade econômica de interesse comum interno da sociedade.

Nelas, há o predomínio do princípio da autonomia da vontade, no qual o ânimo de associar-se é pressuposto fático de sua existência, tendo um objetivo comum a ser perseguido.

Com relação às cooperativas de crédito, conforme pôde ser visto neste trabalho, percebe-se que os serviços financeiros oferecidos possuem vantagens para os cooperados, pois permitem menores taxas para empréstimos, melhores taxas para aplicações etc. Atualmente, uma das maiores dificuldades ao acesso ao crédito numa instituição financeira comum é o alto custo das taxas de juros. Assim, a cooperativa de crédito é uma alternativa interessante, pois oferece menor custo financeiro.

4 Referências

- BRAGA, Wagner Lara; ALBERTO, José Guilherme Chaves. Cooperativas de crédito: características e implantação. **Percorso Acadêmico**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 69-83, jan/jun., 2011.
- BRASIL. Lei n. 5.764, de 16 dez. 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília: Congresso Nacional, 1971.
- BULGARELLI, Waldirio. **As sociedades cooperativas e a sua disciplina jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CARVALHO, Ângela da Conceição; SALES, João Eder. **Cooperativismo de Crédito: Histórico e Evolução da Legislação**. Disponível em: <<http://periodicos.cesg.edu.br/index.php/gestaoeengenharia/article/viewFile/52/64>>. Acesso em: 3 abr. 2020.
- DELGADO, Berenice Sofal. **As sociedades cooperativas e seu regime jurídico no Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7cca4a9404acc524>>. Acesso em: 16 nov. 2019.
- FERREIRA, Carolina Iwancow; BARRETO, Camila de Souza; ANGELINI, Maria Carolina Gervasio; MALVEZZI, Matheus Cardoso. Natureza jurídica das cooperativas. **Rev. Fac. Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 119 - 138, jan./jun. 2013.
- FRANZ, Cristiane Mesquita. **A contribuição do cooperativismo de crédito para a eficiência econômica e eficácia social**. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2006_2/cristiane.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2019.

FREITAS, Alair Ferreira de; FREITAS, Alan Ferreira de. O cooperativismo de crédito no Brasil e a emergência de uma vertente solidária. **G&DR**, Taubaté, v. 10, n. 2, p. 46-74, mai-ago/2014.

JACQUES, Elidecir Rodrigues; GONÇALVES, Flávio de Oliveira. *Cooperativas de crédito no Brasil: evolução e impacto sobre a renda dos municípios brasileiros*. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 2 p. 489-509, ago. 2016.

LIMA, Juliana Zucheto de. **A importância das cooperativas de crédito no mercado brasileiro**. Disponível em: <http://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/2469/Lima_Juliana_Zucheto_de.pdf?sequence=1>. Acesso em: 4 abr. 2020.

MENEZES, José Salvino de. **A influência do cooperativismo para o desenvolvimento da sociedade**. Disponível em: <<http://www.blogticoob.com.br/index.php/noticias/mercado-cooperativista/279-a-influencia-do-cooperativismo-para-o-desenvolvimento-da-sociedade.html>>. Acesso em: 4 abr. 2020.

PAES, José Eduardo. **Sociedades Cooperativas: Reflexo de seu posicionamento jurídico e de sua forma de atuação no âmbito do Direito Constitucional, Civil e Tributário**. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/viewFile/4456/2771>>. Acesso em: 3 abr. 2020.

PINHEIRO, Marcos Antonio Henriques. **Cooperativas de Crédito História da evolução normativa no Brasil**. 6 ed. Brasília: BCB, 2008.

WAKULICZ, Gilberto; OLIVEIRA FILHO, João Telmo de. **Legislação cooperativista**. Santa Maria: Universidade Federal de Santa Maria, Colégio Politécnico; Rede e-Tec Brasil, 2015.

YAMASAKI, Luis Gustavo de Godoy. **Sociedades cooperativas e a política nacional de cooperativismo na lei 5764 de 16 de dezembro de 1971 e no Código Civil de 2002**. Disponível em: <<http://www.mobilizadores.org.br/wp-content/uploads/2014/05/sociedades-cooperativas-e-a-politica-nacional-de-cooperativismo.pdf>>. Acesso em: 03 abr. 2020.

Lei geral de proteção de dados, os poderes (i)limitados de acesso de dados do estado penal e a responsabilidade civil dos agentes portadores de dados: uma proposta necessária de interpretação diferenciada da responsabilidade civil na LGPD como garantia de proteção de direitos fundamentais contra o Estado.

*Hudson de Oliveira Cambraia*¹

1. Introdução.

O Brasil fez publicar uma Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/18, alterada pela Lei nº 13.853/19), LGPD, acompanhando um movimento internacional surgido na Europa há décadas e desenvolvido, guardadas as devidas proporções e peculiaridades, nos EUA. Não se trata de mera adesão espontânea a este movimento, mas de pressão internacional para adequação a padrões de gestão e proteção de dados e responsabilização por violação de dados como requisito para ampliação e mesmo manutenção de relações internacionais.

Tal fato é evidenciado pela similitude entre o texto normativo europeu e o texto publicado no Brasil. A referida semelhança evidencia a tendência de mostrar ao mercado internacional a intenção de se adequar

¹Especialista em Ciências Criminais. Mestre em Direito Público. Pós graduando em Direito Penal, Anticorrupção e Compliance. Professor Universitário. Advogado.

aos padrões dos mercados de consumo mais fortes e gerar confiabilidade nas relações internacionais.

Exatamente por este motivo, é possível desde já, ainda que a norma permaneça em *vacatio legis* até agosto de 2020², traçar parâmetros de análise muito precisos em relação à sua aplicabilidade. Da mesma forma, é possível traçar alguns pontos, de acordo com a cultura e o ordenamento jurídico brasileiros, a respeito de possíveis impasses jurisprudenciais acerca do alcance e dos efeitos da norma.

Sobre a norma em geral, o que de regra se verifica sobre o debate quanto à iminência da sua entrada em vigor é um foco grande sobre os conceitos da norma e o dever dos agentes de mercado de adequar o seu parâmetro e tratamento de dados com o objetivo de evitar a sua responsabilização civil e administrativa³. Destaca-se, com ênfase, o vulto das multas passíveis de serem impostas aos agentes privados violadores das normas de proteção de dados, bem como a reestruturação do corpo diretivo das instituições para criar cargos/funções típicas de gestores de proteção de dados para implementação dos programas internos de integridade e treinamento de proteção de dados.

Entretanto, a leitura atenta da norma permite outros questionamentos que merecem ser (mais do que comentados) debatidos, em razão do seu desdobramento pragmático - principalmente para o momento em que as instituições e corporações forem acionadas administrativa e judicialmente em razão de supostas violações de dados, nos termos da LGPD. A questão central é o papel que o Estado brasileiro adota de agente indu-

² Atribui-se a Pedro Malan, Ministro da Fazenda do Governo Fernando Henrique Cardoso, a frase “no Brasil até o passado é incerto”. Nada mais aplicável ao caso. A LGPD foi publicada originalmente em 14/08/2018, com *vacatio legis* de 18 meses, ou seja, 14/02/2020. Em 27/12/2018 foi publicada a MP 869/18 que alterou o período de *vacatio legis* da norma, fazendo com que parte do seu conteúdo passasse a vigorar na data de publicação da MP. A MP em questão se converteu na Lei nº 13.853/2019, publicada em 08/07/2019, repetindo o texto da MP no que tange ao art. 65 relativo à *vacatio legis*. Ou seja, caso a MP caducasse, perdendo seus efeitos, a lei teria entraria em vigor (em parte apenas, frise-se) apenas em 14/02/2020. Como a MP foi aprovada em 08/07/2019, a parte em questão da Lei entrou em vigor em 28/12/2018 e ninguém sabia. A segurança jurídica agradece...

³ Aqui vale destacar o desserviço prestado pelos “comentadores” afobados da norma que, na ânsia de aparecer como autoridade no assunto, multiplicam as publicações sobre “comentários à LGPD” (ex. Maldonado e Blum, 2019; Teixeira e Armelin, 2019; Siqueira e Feigelson, 2019). Entretanto, na prática, o que se percebe é um amontoado de paráfrases da norma em estilo dicionarizado, ignorando a capacidade do interlocutor de ler o texto da lei e compreender o seu conteúdo por si só.

tor de danos na configuração das relações de mercado das instituições e quais as consequências esta postura negativa pode gerar para o posicionamento dos agentes de mercado na avaliação de investimento para o crescimento do país.

Conforme os sucessivos governos brasileiros, desde a CR/88, vê-se, com alguma prodigalidade, a capacidade que o Estado brasileiro possui inviabilizar a mínima segurança para um ambiente de negócios saudável (vide o próprio caso da *vacatio legis* da LGPD) e convolar a sua incompetência em responsabilidade de terceiros. É dizer: as normas de segurança aparecem como soluções para a sociedade e escondem a intenção de trocar responsabilidades de mãos, fazendo do Estado um “agente salvador” e dos agentes de mercado “agentes violadores dos direitos” estipulados pela norma.

No caso da LGPD, há todo um contexto internacional que permitiria concluir que este raciocínio não se aplica, dado que os países mais desenvolvidos do mundo possuem normas de proteção de dados e, por isso, não se trataria o caso de mais uma vacilante experiência dos governos brasileiros. Tal assertiva é verdadeira sob o prisma teórico, mas não permite predições exatas sobre o aspecto pragmático de implementação e exigência de observância da norma.

Este é o ponto de interesse (e inflexão) da presente reflexão. E o objeto central da análise não será qualquer intervenção estatal⁴, mas a intervenção penal estatal. Pretende-se aqui, a partir das experiências nacionais traçar um panorama de exposição das organizações ao aparato estatal penal, à sua responsabilidade no âmbito criminal e, por consequência, aos efeitos dos poderes estatais nos cumprimentos das suas obrigações civis.

O questionamento central é, em alguma medida, a avaliação do potencial jurídico dos agentes de mercado dese proteger contra a responsabilidade civil quando o próprio Estado, na sua função de persecu-

⁴ Dada a amplitude de poderes interventivos que possui o Estado brasileiro, seria inviável tratar de todos os prismas possíveis.

ção penal, for (se for) incapaz de garantir a integridade da observância das normas de proteção de dados. Em uma hipótese condescendente, é analisar a extensão ou corresponsabilidade civil entre Estado e agentes de mercado pela integridade de dados que o próprio Estado, por meio dos seus agentes integrantes do sistema de persecução penal, não é capaz de prover.

Nos tempos atuais, em que direitos fundamentais e regras de atuação limitadoras da atividade persecutória do Estado são vistos como entraves para a efetivação da punição de agentes violadores da lei o tema em questão se mostra absolutamente necessário. Isto porque não é possível antever as consequências do Estado que se permite violar a lei para obter acesso aos violadores da lei quando a própria lei lhe escusa de responsabilidades por sua inobservância.

Uma proposta de resposta a este imbróglis jurídico (e lógico) que se pretende ofertar com a presente reflexão.

2. Proteção de dados para quê?

A repercussão e crescimento do interesse em sistemas de proteção de dados devem ser compreendidos a partir de dois contextos: um técnico e um contextual. Em termos de técnica, dado é qualquer elemento que pode ser tratado e gerar informação útil e que pode ser aplicada para uma finalidade determinada (Lacombe, 2003)⁵. Sob esta perspectiva, o “dado”, que pode gerar uma informação, pode se materializar em uma carteira de identidade, na cópia de uma biometria digital, em uma certidão arquivada em uma gaveta de uma repartição pública assinada pelo contribuinte com um campo em braço por preencher, nas páginas que uma pessoa segue em uma determinada rede social, no cadastro do departamento de trânsito ou na portaria do prédio onde se mora.

Os dados são praticamente infinitos e cada pessoa vai espalhando estes dados diuturnamente ao longo de toda a sua vida por onde passa. Qualquer dado, independente da plataforma, carrega uma informação

⁵No contexto vale acrescentar que esta informação pode ter uso lícito ou ilícito. No caso, não há diferença.

que pode ser tratada e gerar uma ação por parte de terceiros com interesse determinado.

E é neste ponto que se deve complementar com o elemento contextual. Se o conceito de dado é este acima, por óbvio é imperioso que se conclua que sempre existiram dados e eles sempre precisaram de proteção. As duas informações são verdadeiras. Sempre existiram dados e eles sempre precisaram de proteção. Entretanto, até a segunda metade do século XX eles nunca foram protegidos.

E o motivo é simples: a ausência de proteção não gerava danos⁶. O fornecimento de dados pessoais era tão complexo e aportado em bases tão rudimentares que o tratamento destes dados (para deles extrair uma informação) era praticamente impossível. Logo, a potencialidade de uso de um dado pessoal para qualquer fim (lícito ou ilícito, desejável ou indesejável) era praticamente zero, o que simplesmente não fez surgir a necessidade de atenção sobre este ponto.

Esta realidade contextual começou a mudar a partir das descobertas de Alan Turing, matemático inglês que desenvolveu sistemas de padronização binária (códigos binários) com o objetivo de interceptar e prever as movimentações das forças armadas nazistas durante a segunda guerra⁷. O desenvolvimento desta tecnologia permitiu o surgimento da computação e, com isso, o tratamento em massa de dados em volume nunca antes imaginado.

E isso era apenas o começo. A partir daí, o processamento de dados ganhou outra dimensão, pois havia plataformas de tratamento de dados em escala⁸. Não fosse só isso, o desenvolvimento da internet permitiu o armazenamento de dados em computadores e a troca destes dados entre computadores por meio das redes.

⁶ Assim como a ausência de proteção ao meio ambiente era a regra dos ordenamentos jurídicos até meados da década de 1970.

⁷ Sob esta perspectiva, não se pode negar que o pai da computação no mundo foi também o primeiro hacker, de modo que o tratamento em massa de dados já nasceu de uma necessidade de violação de dados de terceiros.

⁸ Destaque-se que este desenvolvimento ainda não se estabilizou. O primeiro supercomputador da CIA possuía capacidade de armazenamento de processamento de informações inferior a um smartphone da atualidade – o que permite avaliar a atual capacidade dos supercomputadores.

Ou seja, a dificuldade de acesso, manejo e compartilhamento dos dados pessoais diminui substancialmente à medida que os computadores melhoram suas potencialidades e a internet a sua capacidade de fluxo⁹. Neste contexto, a Europa já começou a tratar da gestão e proteção de dados pessoais, dada a facilidade de fluxo destas informações e exposição das pessoas a interesses pouco claros – o que toca com o direito fundamental à intimidade.

O contexto final a ser tratado para este recorte (de natureza rudimentar, porque não é o interesse e nem o objeto da presente reflexão) é que o século XXI experimentou o exponencial crescimento dos sistemas de tecnologia da informação, principalmente com a concretização das estruturas de inteligência artificial e aprendizado de máquinas. No contexto atual, não só o tratamento de dados para gerar informações é muito mais facilitado e volumoso, como é feito por meio de sistemas de automação, em que não há qualquer ser humano operando o tratamento destes dados.

Além disso, os computadores estão, agora, “treinados” para aprender a partir da alimentação de novos dados, o que permite afirmar que já há computadores “lendo” dados de terceiros e aprendendo com os dados ali contidos para gerar informação para alguém. E o uso destas informações e deste potencial tecnológico é que fez se tornar urgente o debate e criação de normativas sobre a proteção e o tratamento de dados pessoais, agora inclusive no Brasil.

Por uma questão contextual, o debate Europeu e norte americano é muito mais desenvolvido, visto que nestes ambientes estes temas já são tratados há muito mais tempo. Não obstante, e exatamente em razão da globalização e interação cada vez mais rápida e incontornável entre nações proporcionada pelo desenvolvimento da internet, não basta que países determinados promovam o tratamento dos seus dados. É preciso um esforço global para que seja minimamente possível construir um espectro de previsibilidade e postura dos agentes de mercado sobre este tema.

⁹A ideia de Big Data nada mais é do que a concepção de um volume imenso de dados que geram informações e que podem ser utilizadas para alguma finalidade específica (disponível em: <https://www.privacyinternational.org/node/8>).

Exatamente por isso que os países mais desenvolvidos, típicos compradores de países subdesenvolvidos, exigem normativas semelhantes às suas para continuar a negociar com os países subdesenvolvidos¹⁰. Eis a razão porque a LGPD foi proposta e aprovada com agilidade no Congresso, dado o potencial de prejuízo para o país que a sua não aprovação poderia acarretar¹¹.

De tudo isso, tem-se que é possível concluir que a noção de proteção de dados é uma resposta à dramática fragilização dos dados pessoais decorrentes do ultracompartilhamento e tratamento de dados proporcionado pelo desenvolvimento dos sistemas de inteligência artificial e aprendizado de máquina¹². Cada vez mais as pessoas estão muito expostas, pois a maioria dos registros atuais possuem algum tipo de armazenamento *on line*, e estes armazenamentos podem ser utilizados para gerar informações não desejadas.

Portanto, o desenvolvimento tecnológico legou ao ser humano um efeito colateral: a intimidade e a vida privada das pessoas, seus gostos, escolhas, preferências, opções, hábitos de vida e de consumo, posições ideológicas, políticas e filosóficas, atualmente são devassados sem maior dificuldade para uso de agentes determinados, muitas das vezes com objetivos comerciais (MONTEIRO, 2014). Há aqui um conflito entre o direito e interesse ao desenvolvimento e a manutenção da intimidade e da vida privada.

A norma, então, surge exatamente para constituir um parâmetro básico de retaguarda jurídica contra o abuso do uso de dados. É dizer: o uso de dados não é proibido (e nem nunca será), mas pretende-se criar

¹⁰ O que não é novidade, visto que já é uma postura conhecida em relação à qualidade dos alimentos, por exemplo. No caso, as diretivas europeias sobre proteção de dados destacam que somente é possível o tráfego de dados somente poderá ocorrer com países fora da UE se o país parte da transação possuir níveis adequados de segurança e proteção de dados.

¹¹ Não se desconhece que o Ministério da Justiça em 2010 já iniciou discussões a respeito do tema, mas sem maior efetividade (disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/dadospessoais/>), e foram apresentados projetos de lei em 2012 e 2013, que só foram colocados à discussão pouco antes da entrada em vigor da norma.

¹² Basta recordar que Resolução da ONU nº 68/167 de 2013, alterada pela Resolução da ONU nº 69/166 de 2014 são fruto da violação de dados dos governos brasileiro e alemão por parte do governo norte-americano (Caso Edward Snowden).

limites lícitos de uso de dados e direitos ao titular dos dados tratados, para que haja o mínimo de controle e transparência na sua gestão. Compreende-se com clareza que, na era da informação, esquecer¹³, por vezes, é um direito a ser respeitado.

3. Proteção de dados para quem?

As normas gerais de proteção de dados foram historicamente constituídas para a proteção das pessoas naturais¹⁴. Basta, para isso, fazer a leitura da ementa da norma ora em comento para perceber que não se trata da “Lei Geral de Proteção de Dados”, mas da “Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais”¹⁵. Além disso, o art. 1º da norma é explícito no sentido de que os seus dispositivos visam a proteção das pessoas naturais.

Tecnicamente a explicação é objetiva: o surgimento deste debate na Europa e nos EUA é no bojo das discussões sobre o direito à intimidade e à vida privada e tais direitos são personalíssimos (BYGRAVE, 2010). Logo, não se pode falar em direito à privacidade e intimidade de pessoas jurídicas.

Daí porque a legislação estabelece uma relação de direitos e obrigações não sinalagmática. Isto porque a relação entre o detentor dos dados e o proprietário dos dados não é de direitos e obrigações. Ao contrário, a relação é distribuída de forma unilateral, onde só uma das partes tem direitos e só uma das partes tem obrigações.

É dizer: o proprietário dos dados possui direito sobre os dados e o possuidor dos dados possui obrigações em relação aos dados¹⁶. O que se

¹³ Termo expressamente presente na Diretiva nº 95 da União Europeia e suas atualizações, reproduzido na LGPD como o direito a apagar/retirar os dados pessoais de bancos de dados determinados.

¹⁴Na realidade, o próprio nome da norma é um paradoxo, pois a proteção não é dos dados, mas da pessoa que é detentora dos dados e pode ser indevidamente afetada por sua violação. Assim, a norma não visa proteger os dados, mas as pessoas.

¹⁵ A razão de a sigla que marca a identificação da norma ser “LGPD” e não “LGPDS” é uma incógnita. A hipótese mais aparentemente factível é estética mesmo, visto que a dicção da primeira em palestras, workshops e aulas soa muito mais palatável do que a segunda – ainda que com prejuízo da compreensão deste tópico. Por estética ou não, adota-se aqui também a sigla pacífica para que os algoritmos das redes sociais não ignorem as publicações de divulgação do presente texto e não deixem de divulgar para aqueles que tiveram seus dados tratados e avaliados como interessados na matéria.

¹⁶ Não se ignora que o possuidor dos dados poderá, também, auferir vantagens com estes dados, mas não necessariamente o será com o seu detentor, mas com terceiros. Logo, a afirmativa permanece válida.

vê, portanto, é um espectro de proteção ao detentor dos direitos dos dados, desconsiderando que os dados do detentor, na maioria das vezes, possuem fonte múltipla.

Independente desta conclusão, o que se vê é a imposição de uma série de obrigações para as corporações e instituições para o adequado tratamento de dados pessoais de terceiros sob pena de severas responsabilizações. A questão é que a observância estrita da norma, por si, não exonera o possuidor dos dados de responsabilidade caso seja constatado que houve dano ao proprietário dos dados pessoais¹⁷.

Poder-se-ia argumentar que a violação aos dados será considerada nova modalidade de responsabilidade objetiva, o que resolveria sem maiores complexidades a questão constante da afirmação retro. Ocorre que não é simples assim no presente caso.

A responsabilidade objetiva surge no âmbito do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, e se amplia com o Código Civil de 2002, com o objetivo de transferir, de forma ínsita, a responsabilidade para um determinado agente como risco da atividade. A responsabilidade civil objetiva independe de culpa ou dolo porque integra o risco da atividade e, via de consequência, em raciocínio econômico elementar, passa a integrar o cálculo de custo possível da atividade (MARCHI, 2016).

No caso da LGPD a responsabilidade em questão não necessariamente deriva do risco da atividade (que pode ser considerada de risco mínimo), posto que o dano pode advir de elementos externos e não do exercício da atividade. Neste ponto, ao contrário da relação de responsabilidade objetiva até então conhecida no ordenamento, os agentes econômicos passam a ser responsáveis pelo risco da ação de todos os outros agentes pelo simples fato de serem detentores de dados pessoais.

Sem maiores elucubrações, imagine-se que uma portaria de prédio comercial registra imagem de documento de identidade e fotografia dos frequentadores do edifício. Tais dados pessoais são protegidos pela LGPD

¹⁷ Veja-se que o art. X da LGPD trata de responsabilidade objetiva das corporações e instituições que detenham dados que forem objeto de manipulação e eventualmente de dano pessoal ao seu detentor.

e, por isso, demandam tratamento de dados e observância de sistemas de integridade para a sua preservação.

Não demanda muito concluir que o risco desta atividade para terceiros é mínimo. Ocorre que o computador em que ficou registrada a imagem da face e da identidade dos frequentadores pode ser invadido por um hacker¹⁸ e estas imagens podem ser divulgadas. Caso isso ocorra, nos termos da LGPD, o condomínio pode ser responsabilizado civil e administrativamente¹⁹.

Entretanto, a questão que se coloca é a seguinte: quantas vezes os frequentadores daquela portaria não frequentaram outras portarias? Quantas outras vezes estes frequentadores apresentaram seus documentos de identificação para outros bancos de dados? Em quantas outras bases estes mesmos dados não estão armazenados (ou expostos)?

Na lei quem definirá esta informação para fins de responsabilidade pela LGPD é o Estado, através da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD²⁰). E neste ponto surge o questionamento que se reputa fundamental para a presente análise: o Estado tem aparato para prover tais elementos e fornecer uma prestação de serviço desta envergadura com a segurança que exige dos agentes de mercado?

A resposta a esta indagação não parece muito clara, visto que a própria ANPD até então está constituída como órgão provisório, para depois se tornar definitivo²¹. E neste contexto, é possível caminhar para uma proposta de resposta ao título deste item e que vai gerar uma nova pergunta.

A proteção de dados é para a pessoa natural de forma quase absoluta e, pode-se dizer, até inconsequente, visto que ignora até o potencial

¹⁸ Considerando que, de regra, os computadores de portarias de prédios não tendem a ser dotadas de firewalls muito potentes e nem sistemas de criptografia e bloqueio de acesso, não se estranharia que alguma criança de 12 anos de idade conseguisse este acesso em brincadeiras de domingo a tarde no seu notebook.

¹⁹ É óbvio que o exemplo é esdrúxulo, mas é proposital para evidenciar o potencial de danos quando o raciocínio alcança escalas maiores.

²⁰ Siglas são importantes para tornar a linguagem menos acessível e, por isso, fazer parecer com que os agentes que tratam do tema sejam mais necessários e intelectualizados do que realmente são.

²¹ Lembrando-se sempre da frase inaugural: até o passado é incerto.

mal uso dos próprios dados pelo titular. E por isso a necessidade de se perguntar “por quem?”, ou seja, quem será o provedor desta segurança.

Aparentemente, são os detentores dos dados, mas resta indagar o papel do Estado na configuração desta responsabilidade.

4. O soberano estado pode tudo(?).

Um dos dispositivos mais esquecidos até então da LGPD, mas que mais deveria chamar a atenção, é o que consta no art. 4º. Segundo referido dispositivo, o Estado não se submete aos termos da LGPD!

Mais especificamente, dado o objetivo proposto para esta análise, o Estado Penal não se submete à lei sob qualquer hipótese (art. 4º, III, “a”, “b”, “c”²² e “d”). Isso significa que os dados pessoais são protegidos contra todos, menos contra o Estado.

Referido dispositivo merece detalhada reflexão, pois reproduz dispositivo muito semelhante da legislação europeia, segundo a qual afasta-se o âmbito de proteção da lei de proteção de dados quando tais limitações forem necessárias à garantia de proteção da segurança nacional (LINSKEY, 2015). Entretanto, a norma se aplica ao Estado e em situações determinadas e devidamente fundamentadas, esta será fragilizada, em típica situação de conflito de direitos fundamentais (contexto já há trabalhado no ordenamento jurídico europeu).

Entretanto, uma leitura afobada da norma brasileira poderia levar à conclusão de que os dados pessoais não possuem qualquer resguardo contra o Estado, mormente quando se trata do Estado na sua faceta da persecução penal²³. Entretanto, não se pode concluir, em paráfrase ao texto normativo, que ao Estado Penal não é imposto um limite de proteção de dados.

²² A referida alínea é curiosa, pois trata de “segurança do Estado” e não pelo Estado.

²³ Inclusive se trata de discurso de fácil multiplicação em tempos de inimigos múltiplos e divulgação da necessidade de violação de limites constitucionais para a garantia da ordem pública, como se fosse factível a um “herói” qualquer o poder de violar direitos para garantir direitos. É o típico discurso autoritário que joga com o medo da população para colher poder. De regra, tende a funcionar (Ex. Sanctis, 2009).

E há uma série de motivos a justificar esta afirmação. O primeiro deles é que, ao contrário do lapso de memória evidenciado por parte considerável dos comentadores da norma, a intimidade e a vida privada que fundamentaram as normas europeias também existem no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental.

Considerando que, tecnicamente²⁴, a CR/88 é a norma hierarquicamente superior, a LGPD constitui apenas um ponto de concretização deste direito fundamental. Neste quesito, vale destacar a noção normo-genética dos direitos e princípios fundamentais, na medida em que tais elementos constitucionais são genéricos e abstratos, concretizando-se pontualmente em normas determinadas e de âmbito de aplicação específico (MENDES, 2012).

O direito à intimidade e à privacidade não estão viabilizados pela LGPD, posto que são direitos fundamentais de eficácia plena e aplicabilidade imediata. O que ocorre com a norma é uma mera regulamentação de um aspecto da intimidade e da vida privada, que se desdobra em tantos outros casos não abarcados pela LGPD.

Logo, ainda que se diga que o Estado Penal não se submete à LGPD, a única conclusão juridicamente lógica desta afirmação é que o Estado Penal não se submete às sanções estabelecidas na LGPD e não às suas restrições, posto que nada mais são do que a materialização de direitos fundamentais.

E a persecução penal não pode ser considerada como braço do Estado sem limite. Na realidade, trata-se do extremo oposto. A persecução penal por parte do Estado deve ser permeada por limites claros e com a necessária rigidez, dada a sua capacidade de minar a concretude de praticamente todos os direitos fundamentais individuais ostentados pelo cidadão.

O Estado para agir precisa evidenciar a legitimidade da sua conduta e tal legitimidade se verifica por uma série de outras limitações tão ou

²⁴ Diz-se “tecnicamente” porque, por honestidade acadêmica, não se pode ignorar os discursos de relativização da hierarquia da Constituição em face de outras normas e da criatividade de algumas instituições. De toda forma, ainda que timidamente, é importante reforçar a validade da proposta kelseniana, tão combatida, mas jamais completamente superada.

mais rígidas que a LGPD. O que é fundamental é destacar estas limitações para que a liberação da LGPD não se torne, argumentativamente, uma “carta branca” para que o Estado Penal saia a acessar dados pessoais sem critérios minimamente factíveis sob o pretexto de não se submeter às limitações legais.

Portanto, respondendo à questão enunciada no título deste tópico, não se trata de uma afirmação, mas de uma pergunta²⁵. E respondendo a pergunta, o Estado não pode tudo. Na realidade, o Estado deve poder pouco para garantir os direitos fundamentais individuais dos cidadãos, posto que cabe ao Estado positivamente assegurar tais direitos e não violá-los (KROTOSZYNSKI, 2015). Entretanto, trata-se de tema que merece a máxima atenção, visto que se trata de posição normativa de fácil utilização para violações sistemáticas da Constituição²⁶.

5. Responsabilidade civil no estado penal

Dada a base de raciocínio acima estipulada, tem-se que a responsabilidade dos agentes de mercado na LGPD ainda não é de todo clara e, além disso, o Estado foi colocado em (aparente) posição privilegiada de irresponsabilidade por violação de dados. Tal circunstância, antes de qualquer outro tratamento, exige uma avaliação do quadro atual de segurança de dados fornecido pelo Estado penal.

Pode-se afirmar que o Estado Penal se materializa através do inquérito policial, inquérito promovido pelo Ministério Público e pela ação penal. A persecução penal abrange estes núcleos estatais, de modo que vale a avaliação do tratamento de dados promovido pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário²⁷.

²⁵ Mas é importante sempre destacar que haverá aqueles que tratarão como afirmação. E eles são sedutores em ambientes de direitos civis e humanos fragilizados.

²⁶ Em um espaço jurídico como o brasileiro em que falta hermenêutica e sobra esperança nas decisões e precedentes das “cortes” superiores, não se trata de mera divagação.

²⁷ Destaque-se que não se trata do objetivo da presente análise e, por isso, não se tem a menor pretensão de discorrer analiticamente sobre o funcionamento destes agentes do Estado.

Inicialmente, o inquérito tem uma característica legal que em tudo se relaciona com o tema ora abordado: o sigilo. Desde tempos imemoriais, o inquérito é, por imposição legal, sigiloso. O argumento é tão simples quanto controverso: não é factível em um Estado minimamente civilizado que alguém investigado seja exposto ao escrutínio²⁸ público antes que se conclua pela mínima possibilidade e existência de materialidade de crime e indício de autoria.

Por óbvio que a realidade não funciona bem assim. E não funciona por um raciocínio típico de modulação autoritária de discursos democráticos que ocorre no Brasil²⁹. Assim, há um discurso de que o inquérito é sigiloso para evitar que o investigado não destrua provas, não oculte produto de crime ou não evada da persecução (Tourinho Filho, 2005), como se fosse possível a um cidadão ocultar-se da ação do Estado com esta facilidade³⁰.

Referido raciocínio que torna uma garantia individual em ferramenta contra o cidadão que deveria ser garantido gera um efeito colateral, no mínimo, peculiar. Em muitas situações o inquérito policial é sigiloso apenas para o investigado! A imprensa tem livre acesso a inquéritos policiais, divulgando em suas manchetes as atividades investigativas como se se tratassem de conclusões indiscutíveis de provas robustas para fomentar na população ainda mais a ideia de ineficiência estatal e conivência com a criminalidade³¹.

O que se pode concluir é que o Estado Penal, no âmbito policial, já deu severas mostras de que é absolutamente incompetente para garantir o mínimo de sigilo de informações. Independente do objeto, não deman-

²⁸ Leia-se “escárnio”.

²⁹ Como afirma Aury Lopes Júnior (2014), é possível interpretar democraticamente uma lei autoritária. Mas é possível, também, interpretar autoritariamente uma lei democrática. A diferença é o interesse do intérprete.

³⁰ É, no mínimo, assumir um grau curioso de incompetência. Se o cidadão conseguir ludibriar o aparato especializado do Estado, este aparato é muito rudimentar (e o problema não está no cidadão). Por outro viés, se este cidadão é altamente diferenciado e consegue tal feito, o problema não está na regra, mas na excepcionalidade. E tratar excepcionalidades como regras não é um posicionamento muito sustentável.

³¹ Os exemplos são infinitos e, apenas para evitar e necessidade de divulgação de casos sigilosos e incorrer em um paradoxo argumentativo, basta rememorar os notórios casos da Escola Base, do Casal Nardoni e do Goleiro Bruno para verificar como cada passo do inquérito (que é sigiloso!) foi tramitado sob o atento escrutínio da imprensa e consequente divulgação ao público.

da muito concluir que qualquer dado aportado em um inquérito policial tem mais possibilidade de ser obstaculizado ao investigado do que ao noticiário (com todos os recortes que lhe interessa).

O segundo âmbito de existência do Estado Penal é o Ministério Público, também legitimado à investigação criminal. Neste caso, a situação não é só semelhante à da Polícia, mas é mais grave.

Isto porque, ao contrário de alguns argumentos mais incautos, o MP é parte na ação penal e, por isso, interessado no resultado final da demanda. Via de consequência, se lhe beneficiar de alguma forma a divulgação de dados, este o fará invariavelmente³², ainda mais se conseguir se escudar na premissa da irresponsabilidade legal prevista na LGPD.

Por fim, a ação penal tramita perante o Poder Judiciário. Por imposição constitucional, os processos, em regra, são públicos, com a ressalva dos casos de sigilo legalmente previstos. Assim, a maioria dos processos criminais uma vez instaurados são abertos ao público que interessar (de regra a imprensa).

E nada há que se fazer para impedir o acesso em questão, dada a imposição constitucional. E mesmo nos casos de sigilo (apesar da menor incidência), verifica-se que a gestão destes processos se dá sem maiores especificidades por agentes que lidam com tantos outros processos de natureza diversa.

Ou seja, os agentes públicos responsáveis pela gestão de dados restritos não têm, necessariamente, o treinamento que a lei exige. Não por outro motivo, também não são irrelevantes os casos de violação do sigilo de casos desta natureza, principalmente quando rumorosos.

Conforme se pode concluir provisoriamente, a atual realidade do sistema de persecução penal do Estado é de quase abertura absoluta, poder ilimitado e sistemática violação de regras elementares de sigilo. O que importa para a presente reflexão é a ingerência deste Estado (neste estado

³² Para não fugir dos exemplos recentes, basta lembrar dos áudios, vídeos e delações premiadas seletivamente vazadas para influenciar decisões judiciais sobre homologações de outras delações e condenações de terceiros.

de coisas) em dados restritos ou sensíveis gestados por agentes privados que, por lei, não podem tratar tais dados com este nível de desídia.

Não obstante, ao leitor menos atento, a LGPD poderá levar à conclusão de que o Estado agirá com este nível irrestrito de acesso sobre dados pessoais de forma individualizada e não sobre bancos de dados. Ocorre que esta conclusão não é verdadeira.

A LGPD surgiu para a proteção da pessoa natural, mas o Estado age sobre a pessoa natural e as pessoas jurídicas – ora possuidoras e gestoras de dados pessoais. É dizer, há uma lei para proteger as pessoas do Estado Penal e dos agentes de mercado gestores dos dados pessoais que cada possui e, de alguma forma, os forneceu.

A mesma lei isenta (como dito antes, aparentemente) o Estado de responsabilidade por violação de dados, lhe dando livre acesso aos dados de terceiros em nome da segurança pública³³. Entretanto, não há uma lei que proteja os agentes de mercado contra o Estado neste quesito, de modo que se o discurso (raso) de que a lei isenta o Estado da observância da LGPD implicar na conclusão de que os dados não são protegíveis contra o Estado, os mais vulneráveis serão os agentes de mercado (e não os cidadãos).

Voltemos ao exemplo da portaria do prédio³⁴. Se os dados apresentados à portaria e armazenados no computador forem requisitados por um agente policial, provavelmente serão fornecidos. Mais, se os dados forem acessados sem autorização por um agente policial no curso de uma investigação, serão disponibilizados em uma plataforma (até então, um inquérito policial).

E se estes dados forem divulgados indevidamente de alguma forma³⁵ o condomínio novamente será responsabilizado nos termos da

³³ Até porque em nome da segurança pública que se fizeram as maiores atrocidades da História. O que são dados pessoais perto dos genocídios que já documentamos. O problema é a banalização deste discurso que leva à dormência reflexiva e pode gerar, sem elucubrações irresponsáveis, novos genocídios. Vide a postura dos EUA após o 11 de setembro, em que direitos individuais foram praticamente suprimidos em nome da segurança (Bygrave, 2010).

³⁴ Agora sem a criança para facilitar o raciocínio.

³⁵ E, como visto, no âmbito de um inquérito policial é algo surrealmente simples, apesar da disposição do art. 20 do CPP.

LGPD, pois este é o gestor dos dados indevidamente divulgados! Ou seja, o Estado, neste exemplo, é o indutor da divulgação indevida dos dados (violação da norma) e, ao mesmo tempo, será o agente punitivo contra o agente de mercado que era detentor dos dados (garantia de aplicabilidade da norma).

Neste contexto, verifica-se uma verdadeira encruzilhada hermenêutica e legal, visto que a pessoa deve ser protegida a qualquer custo e o agente de mercado é sempre responsável por vazamentos ou uso indevido de dados. Por sua vez, o Estado é irresponsável por suas ações violadoras de dados e, ao mesmo tempo, visivelmente incapaz de manter a integridade de dados elementares (quicá os mais elaborados).

Se estes dois pontos se entrecruzarem (e o fazem com alguma frequência) não se tratará mais de responsabilidade objetiva dos agentes de mercado, mas de responsabilidade obrigatória, pois o agente de mercado será punido por ceder um dado que é obrigada a ceder, sob pena de punição³⁶. Considerando que ainda é possível imaginar que é sustentável afirmar que inexistente no ordenamento uma hipótese de responsabilidade civil obrigatória, é necessário que se avalie sob qual prisma este ponto de convergência deve ser avaliado pelos atores da intervenção penal e civil, no âmbito judicial e extrajudicial.

Daí porque, complementando a proposta do presente tópico, no presente caso a responsabilidade civil dos agentes de mercado passa inexoravelmente, ainda que em circunstâncias próprias, pela atuação do Estado Penal. E neste quesito o caos estabelecido pela irresponsabilidade civil dos agentes penais por suas sistemáticas violações das regras estabelecidas para a sua atuação atinge diretamente a responsabilidade civil daqueles habituados a arcar com os danos que causam.

Não obstante, considerando a necessidade de evitar absurdos e fazer valer as regras elementares de instituição da responsabilidade civil, é

³⁶ Se a conclusão parece absurda, basta lembrar que o Brasil é o país dos absurdos. Por isso, o fato é absurdo, mas a conclusão não.

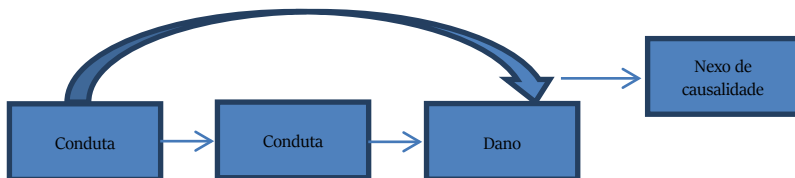
imperioso que se reflita sobre uma proposta ponderada de avaliação destas situações.

6. Proposta de conciliação pragmática entre os efeitos da atuação do estado penal e a responsabilidade civil dos agentes de mercado.

A responsabilidade civil agrega alguns elementos básicos dos quais não se deve afastar. Para o que é relevante na presente análise, só é possível afirmar que há responsabilidade civil quando existe uma conduta³⁷ violadora de uma regra jurídica anteriormente estabelecida.

Referida conduta deve gerar um dano juridicamente relevante. Este dano deve ser oriundo da verificação do nexos de causalidade entre a conduta analisada e o dano, de modo a conectar o dever de reparação ao autor da conduta – ou a um terceiro que legalmente lhe seja responsável (MARCHI, 2016).

Sob este prisma, é possível estabelecer o âmbito de responsabilidade civil da seguinte forma³⁸:



No caso da LGPD, referido esquema tem outra perspectiva, como que a criar um novo espectro de responsabilidade civil. Isto porque a conduta causadora do dano não necessariamente parte do agente responsável, mas pode ser do agente responsável ou de terceiros. E tal fato se reputa válido porque o âmbito de normatividade da Lei incide exata-

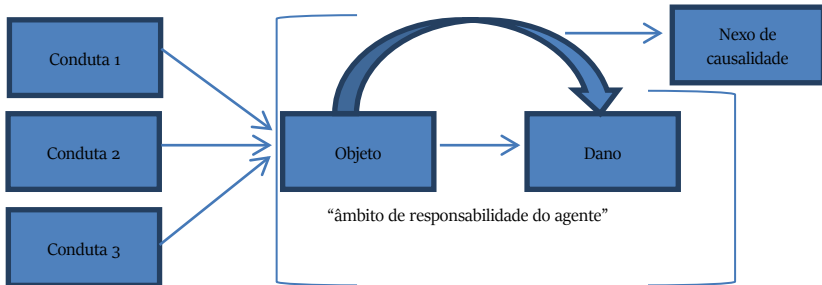
³⁷ Ontologicamente considerada.

³⁸ Veja-se a conduta é única e linear sobre um objeto que gera um dano e dele decorre a responsabilidade.

mente no dever de guarda e proteção dos dados contra ataques e uso indevido por parte de terceiros³⁹.

Assim, a responsabilidade civil no âmbito da LGPD cria uma modalidade peculiar de responsabilidade, em que a conduta causadora do dano, em um primeiro momento, é irrelevante. A única premissa a avaliar é o objeto do dano. Se o objeto do dano for o dado armazenado de qualquer forma, restará submetido à responsabilização civil e administrativa nos termos da LGPD.

Ou seja, o nexa de causalidade no âmbito da LGPD foi deslocado da conduta para o objeto, de modo que a conduta punível não é a que gerou o dano, mas a que não evitou que o dano ocorresse. A responsabilidade deriva da conduta omissiva (ou comissiva insuficiente) de garantir que o dado não seja acessível de forma indevida, o que pode ser representado da seguinte forma⁴⁰:



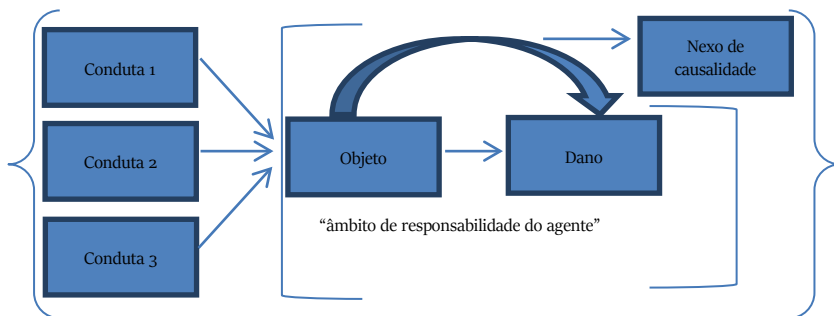
Não obstante, este segundo esquema, aplicável à sistemática da LGPD, se torna insustentável quando a figura do Estado Penal ingressa legalmente isento de responsabilidade, dado que este não tem que obedecer à blindagem imposta para os agentes de mercado contra a atuação de terceiros. E o Estado Penal não obedece à esta blindagem com respaldo

³⁹ Ou seja, no âmbito da LGPD não existirá a hipótese de uso do argumento de responsabilidade exclusiva de terceiro, pois a conduta exclusivamente de terceiro é imputada legalmente contra o detentor dos dados e não contra o autor da conduta.

⁴⁰ Veja-se que as condutas são múltiplas (e podendo ser de agentes distintos), mas o objeto é único e o objeto da conduta (e não o agente da conduta) que determinará a responsabilidade e o âmbito de proteção (representado entre chaves, delimitando o espaço em que o agente deverá focar seus esforços de proteção).

na mesma lei e, ao mesmo tempo, não se responsabiliza e tampouco é capaz de prover o resguardo dos dados que acessa livremente.

Ou seja, onde aportar o Estado Penal, qualquer dado estará à mercê do acesso de terceiros e a pragmática demonstra que este acesso tende a ser relativamente fácil, principalmente quando há interesse. Neste quadrante, restará o mesmo âmbito de proteção normativa de dados da pessoa natural contra a liberdade de acesso irrestrito do Estado, mas tudo suportado pelos agentes de mercado detentores destes dados, o que pode ser representado da seguinte forma⁴¹:



Dada a insustentabilidade deste quadro de responsabilidade civil obrigatório, é imperioso que se estabeleça um esquema de responsabilidade civil diferenciado para estes casos. E para isso é preciso voltar aos elementos básicos da responsabilidade civil.

Se o LGPD inverteu a lógica da responsabilidade civil, desenquadrando a responsabilidade da conduta e a deslocando para o objeto da conduta, tem-se que o ilícito está na deficiência da proteção do dado. Neste caso, há responsabilidade (poderia se dizer comissiva por omissão) pela ausência de proteção do dado violado ou indevidamente divulgado e não pela violação em si.

Assim, sob esta perspectiva, não é factível atribuir violação do dever de proteção quando este dado é invadido pelo Estado Penal. É dizer: o

⁴¹ Veja-se que o espectro é o mesmo do esquema anterior, mas o diagrama evidencia que o Estado possui acesso irrestrito sobre todo o âmbito de incidência normativa, inclusive sobre aquele que o agente deveria proteger. Logo, o âmbito de responsabilidade do agente está contido no âmbito de ação irresponsável do Estado.

dado que o Estado Penal acessa usando a força da sua isenção de responsabilidade legal não pode mais ter a sua proteção sob a responsabilidade do agente de mercado que o armazenava, sob pena de este agente se submeter à responsabilidade pela ineficiência do Estado e sem qualquer poder para oferecer resistência.

Nestes casos, o Estado Penal deve passar a ser a entidade detentora da responsabilidade e, para tanto, deve-se destacar o que antes foi tratado. O Estado Penal não se submete à LGPD, mas se submete ao dever de garantia e proteção da intimidade e vida privada das pessoas, ainda que não sob o prisma da LGPD.

Isto porque tais direitos são fundamentais e possuem hierarquia constitucional e qualquer interpretação legal que afaste este dever por parte do Estado será inexoravelmente inconstitucional. Logo, interpretando a norma conforme a Constituição, a isenção legal ao Estado Penal é de acesso aos dados e não de sua manipulação, posto que a manipulação indevida deve ser reputada como ilícita, dada a inconstitucionalidade da malversação da intimidade e da vida privada.

Poder-se-ia argumentar que é precipitado afirmar a responsabilidade do Estado Penal pelo vazamento ou uso indevido de dados acessados no âmbito da persecução penal e, por isso, tal fato implicaria em isenção de responsabilidade do agente de mercado e não mais do Estado. Analisando sob esta perspectiva, é possível chegar à conclusão de que tão indevido quanto responsabilizar obrigatoriamente um agente de mercado seria excluir irrestritamente a sua responsabilidade pelo simples fato de ter seus dados devassados pelo Estado Penal.

Considera-se factível tal hipótese nos casos em que o agente de mercado não dispõe de todo o arcabouço estrutural de proteção e integridade de dados em regular funcionamento. Isto porque, nestas hipóteses, a fragilidade estrutural interna evidenciaria a mesma fragilidade estatal e, com isso, uma concorrência de probabilidades de espaços para acesso e uso indevido de dados.

Considerando ser factível este raciocínio em hipóteses tais, deve-se adotar o benefício da dúvida (não o penal, mas o civil), de tal modo a constituir uma corresponsabilidade entre agente de mercado e Estado. Se se considerar o Estado irresponsável⁴², tal fato não significa que a sua corresponsabilidade não poderá ser considerada para ser dividida com a corresponsabilidade do agente de mercado.

Logo, ainda que haja a aplicação da regra da LGPD, esta deve ser minorada para o agente de mercado à razão da metade, posto que dividida com o Estado que acessou irrestritamente a informação. Não se trata de uma solução justa, mas de uma solução possível, pelo menos para que, economicamente, os agentes de mercado tenham mínimas condições de organizar e calcular os riscos aos quais estão submetidos.

7. Uma proposta de conclusão

A Lei Geral de Proteção de Dados entrará em vigor com o objetivo de fazer o Brasil ingressar no rol de países possuidores de um sistema de integridade e proteção de dados e gerar um ambiente favorável para a manutenção e ampliação das relações internas e internacionais. Trata-se de normativa que objetiva institucionalizar um ambiente de maior segurança e confiabilidade das relações e das transações que exigem o fornecimento e tratamento de dados pessoais.

Referida norma, entretanto, replica um padrão normativo europeu de isenção de responsabilidade estatal em relação à proteção e integridade de dados, sem considerar que o Estado europeu é substancialmente mais responsável que o brasileiro em todos os demais aspectos, mormente os penais⁴³. O Estado brasileiro, acostumado com um ambiente de autoritarismo de seus agentes e irresponsabilidade no cumprimento das

⁴² O que se entende incorreto. Entretanto, no contexto brasileiro em que o Estado viola o sigilo fiscal com respaldo legal, viola a manutenção do estado de não culpabilidade com respaldo jurisprudencial e viola a intimidade e privacidade com respaldo público, não é uma hipótese a ser descartada.

⁴³ Fruto de uma cultura de forte retaliação aos governos autoritários suportados por aquela população (Bygrave, 2010), mas que não se repetiu no Brasil, apesar de também ter experimentado, ainda que em circunstâncias muito diversas, governos autoritários.

regras procedimentais elementares, entra em uma senda perigosa ao institucionalizar a isenção de responsabilidade pelo uso de acesso de dados pessoais, pois tal isenção pode atingir agente de mercado que armazenam e fazem a gestão de dados sensíveis e restritos.

Ademais, a LGPD instituiu um mecanismo peculiar de responsabilidade civil em que o autor da conduta reputada danosa é irrelevante para a caracterização da responsabilidade civil do agente armazenador de dados pessoais. Desta forma, a responsabilidade se dá no âmbito negativo, no sentido de que só se isenta de responsabilidade aquele que evitar que qualquer violação ocorra.

Considerando a atual realidade em que se vive, com um volume cada vez maior de dados tratados por sistemas de automação em ambientes que a inteligência artificial aprende a modular autonomamente estes dados, o desafio de manter a integridade de dados se mostra cada vez mais complexo.

A situação, não obstante, se torna insustentável quando o Estado Penal assume um papel de agente irresponsável, podendo acessar livremente dados pessoais sem submissão às exigências da LGPD – e isto por expressa autorização legal. O problema se agrava com a constatação de que o Estado tende a ser visivelmente ineficiente no que tange ao resguardo e garantia de sigilo de informações.

Se inexistente uma saída interpretativa que não coadune com o absurdo, os agentes submetidos à força da lei estão inexoravelmente fadados a suportar a responsabilidade civil pela ausência de integridade dos sistemas estatais para os quais estes mesmos agentes foram obrigados a abrir seus bancos de dados. Sendo assim, urge estabelecer a isenção de responsabilidade civil dos agentes que tiveram seus dados devassados pelo Estado Penal, posto que a partir desta devassa é impossível exigir a garantia de que tais dados não serão abertos livremente para terceiros.

No máximo, na hipótese de se constatar que o agente não possui sistema de integridade em conformidade com a LGPD, deve-se constituir um sistema de corresponsabilidade, de modo a reduzir à razão da metade

a responsabilidade nos casos de vazamento ou uso indevido de dados. Tal forma visa fornecer o mínimo de segurança jurídica para os agentes de mercado e a possibilidade econômica de planejamento do risco inerente dos negócios.

Tal perspectiva tem o objetivo de garantir, em primeiro lugar, o destaque para o fato de que a isenção de responsabilidade prevista na LGPD não constitui liberação irrestrita ao Estado Penal. O Estado Penal existe por força de uma Constituição que o instituiu originalmente – e o fez com regras e princípios rígidos e limitantes do uso do seu poder. E uma das regras expressamente previstas é o respeito e a garantia de resguardo do direito à intimidade e à vida privada, de modo que uma norma infralegal não possui a capacidade de afastar esta condicionante de hierarquia constitucional.

Em segundo lugar, serve para criar mecanismos argumentativos para evitar que o Estado, recostado no conforto do seu poder de império, viole livremente regras democráticas e (mais uma vez) transfira a responsabilidade (objetiva ou obrigatoriamente) para terceiros, como se lhe fosse impossível suportar a responsabilidade pela garantia de direitos individuais. Não por outra razão, não se pretende isentar os agentes de mercado ou quem quer que seja de responsabilidade, mas constituir um ambiente em que o Estado respeite as regras do jogo assim como os agentes privados e, em quaisquer hipóteses, assumam a responsabilidade pelos eventos danosos causados por seus agentes, assim como todos os demais.

A segurança jurídica agradece...

8. Referências

BYGRAVE, Lee A. **Privacy and data protection in na international perspective**. 2010.

Disponível em: <https://home.heinonline.org/> Data de Acesso 19 mar. 2020.

KLEE, Antônia Espíndola Longoni. **Comércio Eletrônico**. SP: Revista dos Tribunais, 2014.

- KROTOSZYNSKY, Ronald J. Reconciling privacy and speech in the era of big data: a comparative legal analysis. **William and Mary Law Review**, n. 1279, 2015.
- LACOMBE, Francisco José Masset et al. **Administração: princípios e tendências**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- LOPES jr, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**, vol. 1, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LYNSKEY, Orla. The foundations of EU Data Protection Law. **Oxford University Press**, 2015.
- MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. RT, 2019.
- MARCHI, Cristiane de. A culpa e o surgimento da responsabilidade objetiva: evolução histórica, noções gerais e hipóteses previstas no Código Civil. **Revista dos Tribunais**, 2016, Vol. 964, fev./2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MONTEIRO, Renato Leite. Da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas. In MASSO, Fabiano del et al. (coord.). **Marco Civil da Internet**. SP: RT, 2014.
- SANCTIS, Fausto Martin de. **Crime organizado e lavagem de dinheiro**. São Paulo. Saraiva: 2009.
- SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani; Feigelson , Bruno (Coords). **Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados - Lei 13.709/2018**. Revista dos Tribunais, 1ª ed., 2019.
- TEIXEIRA, Tarcisio; Armelin, Ruth Maria Guerreiro da Fonseca.**LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: comentada artigo por artigo**. JUSPODIVUM, 2019.
- TOURINHO FILHO, Francisco José. **Processo Penal** – vol. I. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

O feminicídio em relação à transexualidade

*Caroline Amorim Costa*¹

*Jennifer Cristina de Carvalho*²

Júlio Ramos de Souza

Manuela Garces Bitarães Lataliza

Naiane Rezende

Simone de Almeida Oliveira Ramos

1. Introdução.

A evolução da sociedade baseia-se na construção ideológica da superioridade do homem em detrimento da mulher, e a consequente subordinação desta àquela.

Desde os tempos bíblicos a mulher tem passado por violações de seus direitos fundamentais. Nas sociedades antigas ela tinha pouca ou quase nenhuma expressão. Era vista como um objeto a serviço do seu senhor. Servia como um simples instrumento de procriação.

Na Idade Moderna, apesar de haver protestos pela liberdade feminina, era possível constatar que mulheres eram queimadas em piras

¹ Pós-Doutoranda, Phd Doutora com distinção “*cum laude*” e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG; Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cândido Mendes - UCAM/IAVM; Pós-Graduanda em Moderna Educação: Metodologias, Tendências e foco no aluno, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS; Professora Adjunta da Faculdade de Minas - FAMINAS/BH; Professora Adjunta do Centro Universitário UNA de Belo Horizonte/MG; Associada Titular do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil - IBERC; Associada Titular da Associação Mineira de Professores de Direito Civil - AMPDIC; Coordenadora de Diretoria de Articulação Política e Social do Instituto Abolicionista Animal - IAA; Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/MG; Autora Jusanimalista; Consultora Jurídica; Advogada, Sócia Proprietária do Escritório de Advocacia BCAP - Burmann, Carvalho, Amorim e Paulino Sociedade de Advogados.

² Acadêmicos do Curso de Direito da Faculdade de Minas - FAMINAS/BH

funerárias junto aos corpos dos maridos falecidos ou, quando vitimadas por violência sexual, eram incentivadas a cometerem suicídio para salvar a honra da família.

Assim, a história nos retrata que a violência contra a mulher, nos âmbitos familiar e social, resguarda ao homem o poder em uma sociedade patriarcal, sendo esses valores repassados de gerações a gerações.

Atualmente, a violência contra mulher tem sido denominada como violência de gênero, como tal, é uma das formas mais graves desse tipo de discriminação. Essa violência manifesta-se de diferentes formas, tais como: estupro, violência sexual, violência psicológica, violência patrimonial, tráfico de mulheres, prostituição forçada, assédio e importunação sexual nas ruas e nos locais de trabalho e, como se não bastasse, há ainda a violência nas relações conjugais, ou seja, a violência doméstica ou familiar.

A partir de 2015, com o advento da Lei 13.104, de 09 de março 2015, o homicídio de mulheres por razões da condição de sexo feminino, passou a ser tratado como homicídio qualificado (feminicídio), bem como, como crime hediondo.

O crime por condição de sexo feminino se dá quando o homicídio envolve violência doméstica e familiar ou o menosprezo, a discriminação à condição de mulher. Ao agressor pode ser aplicada uma pena mais gravosa, que será de reclusão de 12 a 30 anos, podendo esta ser aumentada de 1/3 até a metade se o crime for praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; se for contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; ou na presença de descendente ou de ascendente da vítima. (BRASIL, 2019).

Dessa forma, com o aumento das penas, buscou o legislador, de alguma forma, proporcionar maior proteção às mulheres, visto que anteriormente, esse homicídio era considerado como simples, passível de pena de reclusão de 6 a 20 anos.

Paralelamente à percepção da violência contra mulher, observa-se que não há necessidade apenas da proteção em relação ao sexo, mas sim,

que se abarque a contextualização de gênero. Neste sentido, aflora na sociedade contemporânea a necessidade de proteção jurídica a grupos minoritários, dentre os quais estão os transexuais, que serão objeto de estudo deste trabalho.

2 Surgimento e desenvolvimento histórico da concepção de feminicídio

De acordo com a ONU Mulheres, 2014 (*apud* Silva), feminicídio e feminicídio são termos utilizados para designar a morte de mulheres em razão do gênero. São expressões alternativas à palavra homicídio.

O termo feminicídio surgiu com a escritora e ativista feminista Diana Russell, na Bélgica em 1976, quando esta depôs publicamente sobre os crimes misóginos no Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher. Percebeu-se, naquela ocasião, que parte dos homicídios cometidos até então, eram de fato feminicídios, reconhecendo assim, a temática sexual que permeava tais crimes. (RUSSELL, 2017, *apud* SILVA).

Por sua vez, a antropóloga Marcela Lagarde Y de Los Rios foi quem trouxe a diferenciação entre feminicídio e feminicídio. Para ela, feminicídio é sinônimo de homicídio de mulheres. Já o feminicídio é o extermínio de mulheres envolto em condições sociais e históricas, através da violência física, psicológica, moral e financeira, bem como, ao cerceamento da sua liberdade. (LAGARDE, 2008, *apud* SILVA).

A antropóloga ainda afirma que o feminicídio se caracteriza precipuamente pelo crime de ódio contra as mulheres, na dominação e opressão dos homens sobre estas, sujeitando-as a todo tipo de humilhação e submissão. Além do que, o Estado também contribui para perpetuação dessa situação, ao não propiciar garantias suficientes e nem condições de segurança às mulheres, uma vez que não demonstra eficiência na realização das funções de autoridade.

Tem-se, assim, que nem todo feminicídio seria um feminicídio e a violência de gênero seria a característica principal do feminicídio, não

bastando apenas que fosse praticada contra uma mulher. Apesar da divergência de pensamento entre os termos utilizados, afirma Cavalcante, 2017 (apud silva) que a definição de Lagarde sobre o feminicídio popularizou-se na América Latina.

Como forma de garantir os direitos das vítimas, através de orientações e proporcionando ferramentas para melhor investigar e punir os infratores, a ONU Mulheres, 2014 (apud Silva) elaborou o “*Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigações das Mortes Violentas de Mulheres por Razões de Gênero*”. Nesse modelo, os tipos de morte de mulheres em função do gênero passaram a ser categorizados da seguinte forma: feminicídio íntimo, feminicídio familiar, feminicídio não-íntimo, feminicídio por conexão, infanticídio feminino, feticídio feminino, feminicídio relacionado a dotes, feminicídio em nome da honra, feminicídio por mutilação genital feminina, feminicídio relacionado ao crime organizado, feminicídio por ocupação estigmatizada, feminicídio sexual sistêmica organizada ou desorganizada, feminicídio em conflito armado e feminicídio motivado por preconceito.

Nesse sentido, Souza, 2016 (apud Silva) afirma que:

A categorização do feminicídio ajuda a compreender a diversidade de contexto em que essas mortes ocorrem e como se relacionam com a violação de direitos humanos que potencializam as situações de vulnerabilidade e risco a que as mulheres são expostas.

Apesar das garantias fundamentais previstas na Constituição da República de 1988 terem como preceito a dignidade da pessoa humana e o respeito à igualdade e à individualidade do ser humano (BRASIL, 2019), ainda se percebe um déficit histórico relacionado ao respeito e à proteção da mulher. A cultura patriarcal, machista e dominadora da sociedade fragiliza os mecanismos de proteção e as legislações disponíveis, deixando muitas mulheres, ainda hoje, em situação de vulnerabilidade.

Em 1984, mesmo antes dos preceitos trazidos pela Constituição da República de 1988, o Brasil passou a incorporar, em seu ordenamento

jurídico, a definição de “discriminação contra a mulher”, através da ratificação da “Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”, consignada por 188 países. Dessa forma, o país se comprometeu a adotar as medidas necessárias, inclusive legislativas, para a eliminação de todas as formas de discriminação contra o grupo em questão. A referida Convenção é um tratado internacional de 1979, aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas descrito como uma declaração internacional de direitos das mulheres. (SILVA, 2017).

Além disso, em 1994 o Brasil também adotou, em seu ordenamento jurídico, a definição de “violência contra a mulher”, por intermédio da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará. A ratificação das duas convenções significou grande avanço para os direitos das mulheres, servindo como base para a criação da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha. (SILVA, 2017).

Proposta de iniciativa do Poder Executivo, a Lei 11.340/06 foi sancionada em 07 de agosto de 2006, pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Teve como objetivo criar "mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher", como consta no caput do seu artigo 1º. Tal Lei cria políticas de assistência às mulheres em situação de violência doméstica ou familiar e estabelece punição para os agressores.

Além disso, possibilita proteção, não só para casos de violência física, mas também sexual, psicológica, patrimonial e o assédio moral, garantindo, também amparo às vítimas através de ações diversas.

Dentre essas ações podemos destacar as medidas protetivas e a assistência econômica no caso de vítimas dependentes economicamente dos agressores. Há ainda, a possibilidade de prisão cautelar do suspeito de agressão e a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por doação de cestas básicas ou pagamento de multas, além de ser uma agravante para a pena. (BRASIL, 2019).

O nome Lei Maria da Penha foi uma homenagem ao caso de Maria da Penha Maia Fernandes, que, durante anos, foi agredida por seu marido, tendo ficado paraplégica após duas tentativas de homicídio, em 1983. Mesmo diante de tamanha violência, quando a vítima decidiu denunciar as agressões, se deparou com empecilhos e com a ineficácia da justiça.

Após 10 anos sem respostas efetivas, por volta de 1998, Maria da Penha conseguiu que sua denúncia chegasse à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Organização que pela primeira vez aceitou a denúncia de violência doméstica, além de deferir o caso (12.051/OEA), também condenou o país por negligência e ineficácia na resolução da situação.

Por sua vez, o agressor só foi preso em 2002 após inúmeras alegações de irregularidades no processo, por parte da defesa (TODAMATÉRIA, 2019).

As últimas alterações feitas na Lei nº 11.340/2006 foram promovidas em 13 de maio de 2019, pelo atual presidente Jair Bolsonaro, por meio da Lei nº 13.827/19.

A nova lei traz algumas inovações, como a possibilidade de afastamento imediato do agressor do lar, quando este representar risco, a necessidade de apresentação da denúncia ao juiz, em 24 hs, ao invés de 48 hs, bem como, a decisão sobre as medidas protetivas que devem ser apresentadas em igual prazo. Há também, a possibilidade de indeferimento do pedido de liberdade provisória para presos que, caso soltos, ofereçam risco a integridade física da vítima. (BRASIL, 2019).

Como forma de dar continuidade ao processo de tutela jurisdicional às mulheres, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência Contra a Mulher, propôs o Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013. Este projeto trouxe como elemento a alteração do Código Penal, para inserir o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio (BRASIL). De acordo com Cabette, 2014:

O PLS 292/13 apresenta uma “justificação” que faz referência à violência contra a mulher em todo o mundo e, especialmente no Brasil, apontando da-

dos e estatísticas de órgãos internacionais como a ONU. O foco é principalmente a situação em que a morte é imposta à mulher em circunstância de violência doméstica e familiar, bem como a disseminada impunidade desses crimes.

A apresentação do PLS 292/13 trouxe como justificativa, a importância da tipificação do feminicídio e descreve esse crime como “a forma de violência extrema de gênero que resulta na morte da mulher”.

Além disso, buscou incluir o feminicídio como causa de aumento da pena descrita no art. 121 do Código Penal. A redação do projeto limitou-se a descrever o feminicídio atrelado à violência doméstica e familiar e ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Em dezembro de 2014, o PLS 292/13 passou a tramitar na Câmara dos Deputados sob o nº 8.305/14.

Em março de 2015 foi, então, aprovada a Emenda 01, que promoveu a substituição do termo “*por razões de gênero*” para “*por razões da condição do sexo feminino*”.

Assim, em 09/03/2015 foi publicada a Lei 13.104, sancionada pela ex-Presidente Dilma Rousseff, ocasião em que houve a inclusão do feminicídio no rol de qualificadoras do art. 121 do Código Penal Brasileiro. Foi adicionando o § 2ºA, que define como feminicídio o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, desde que envolva violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à sua condição, com a previsão de agravamento da pena base (BRASIL, 2019).

Apesar de todo avanço legislativo, ainda é preciso ampliar a rede de proteção à mulher. Conforme dados do Observatório da Mulher contra Violência, menos de 10% dos municípios brasileiros possuem delegacias especializadas de atendimento para este público. Além disso, é necessário mudar a cultura do agressor, a punição por si só não basta. É preciso que ele tome consciência do delito praticado, e entenda que a atitude agressiva é incorreta e contrária o Direito, para que assim, se construa uma cultura preventiva extensiva a toda sociedade. (BRASIL, 2019).

3 A percepção social da transexualidade

De acordo com a definição trazida pelo Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM nº 1.652/2002), o transexual é a pessoa que apresenta um distúrbio psíquico, sente-se presa a um corpo do qual não gosta, não aceita. É alguém que porta um desvio psicológico permanente de identidade sexual com tendência, inclusive à automutilação. A pessoa transexual não deve ser confundida com o homossexual, travesti ou bissexual. São sim, pessoas com a ocorrência da disforia de gênero, o que resulta em grande sofrimento causado pela dissociação entre a identidade de gênero do indivíduo e aquele assinalado no registro de nascimento.

Noutra perspectiva Jesus, 2012 (*apud* Nascimento; Fávero), traz que:

...a transexualidade é uma questão de identidade. Não é uma doença mental, não é uma perversão sexual, nem uma doença debilitante ou contagiosa. Não tendo nada a ver com uma orientação sexual, como geralmente se pondera, passando a não ser escolha e nem um capricho.

O transexual pode ser bissexual, heterossexual ou homossexual, dependendo do gênero que é adotado e do gênero que o atrai afetivamente. Dessa forma, não se pode dizer que toda pessoa transexual será gay ou lésbica, pois a maioria não é, apesar de serem identificados como pertencentes a um mesmo grupo político de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT.

Ainda segundo Jesus, 2012 (*apud* Nascimento; Fávero), existem dois tipos de transexual: o transexual feminino, que nasceu biologicamente homem e se identifica como mulher; e o transexual masculino, que biologicamente nasceu mulher, mas se vê como homem. Existem várias teorias que tentam explicar esse distúrbio, porém não há um entendimento pacificado se é decorrente de causas biológicas, sociais ou de ambas.

Nascerem, portanto, duas correntes que se divergem sobre a possibilidade do transexual feminino ser vítima ou não do feminicídio. A

primeira é voltada para a natureza biológica. Segundo essa teoria, a mulher é identificada na sua concepção genética e a cirurgia de transgenitalização (neocolpovulvoplastia) seria apenas estética e não a enquadraria na aplicação da qualificadora de feminicídio. A segunda, por sua vez, baseia-se no reconhecimento jurídico da mulher, conferindo ao transexual o direito de ser identificado civilmente como pessoa do sexo feminino que impede que lhe seja a proteção da lei penal.

O Brasil possui um número alarmante de violência e assassinatos ao grupo de transgêneros, sendo que inexistem legislação ou atendimento especializado para essa população. De acordo com o relatório do projeto Transrespect versus Transphobia Worldwide, iniciado pela ONG Transgender Europe (*apud* Silva), dos 2.343 homicídios de pessoas transgêneras em todo o mundo, 938 foram cometidos no Brasil, sendo considerado o país com o maior número absoluto de homicídios dessa população. Além disso, há um equívoco no registro de mortes dessas vítimas que muitas vezes são qualificados como homossexual ou homem.

Diante desse cenário, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, os tribunais vêm reconhecendo vários direitos ao grupo dos transexuais, como a proibição da discriminação por motivo de sexo, apoio a mudança de sexo realizada inclusive pelo SUS e autorização para a alteração de nome e sexo no registro civil, adequando-se à aparência do requerente. A jurisprudência majoritária tem se mostrado favorável à pretensão de adequação sexual dos transexuais, embora não exista ainda no Brasil legislação específica que trate sobre o assunto.

No ano de 2007, em decisão monocrática, a então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, concedeu pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) 185, requerida pela União, contra ato da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que tinha confirmado a decisão de juízo de primeira instância, determinando que o SUS realizasse todas as cirurgias de transgenitalização em transexuais. Sua decisão foi motivada da seguinte forma:

Não desconheço o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo(patologia devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde CID-10 F64.0); que se submetem a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar nos termos da Resolução 1652/2002 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização, pessoas que merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário.

É notável, porém, que mesmo com a suspensão da decisão por questões orçamentárias e processuais de análise do mérito da situação, há o reconhecimento do STF frente à realidade dos transexuais e uma preocupação em garantir-lhes o amparo legal.

No entendimento de Greco, 2015 (apud Nascimento; Fávero), somente aquele que for considerado civilmente do sexo feminino, ou seja, portador de um registro oficial de certidão de nascimento que o configure como mulher, poderá ser considerado sujeito passivo da qualificadora de feminicídio. Nessa acepção, afirma que o transexual só será amparado juridicamente quando seu registro original vier a ser modificado.

Existem, portanto, três possibilidades de reconhecimento do conceito de mulher aos transexuais. São baseadas em critérios psicológicos, biológicos e jurídicos, sendo que apenas o último traz efetivamente a segurança jurídica necessária à caracterização de mulher para efeitos de tutelas do Estado. Além do mais, como se trata de uma norma penal incriminadora não há possibilidade de interpretá-la de forma extensiva, devido ao princípio da reserva legal que não admite analogia *in malam partem*.

Porém, embora a tipificação do feminicídio busque inibir a violência de gênero, a letra da lei apresenta uma delimitação ao sexo feminino, ou seja, às características biológicas, não permitindo a aplicação da qualificadora às mulheres transgêneras. Surge, portanto, o questionamento da aplicabilidade ou não da lei aos transexuais, assunto alvo de muitas dúvidas doutrinárias.

Alguns autores entendem que a definição de mulher é ampla e abrange fatores temporais e sociais, não sendo determinada simplesmente

te pelo sexo biológico. Nesse sentido, novos padrões foram criados ao longo do tempo, ultrapassando o conceito de homem masculino e mulher feminina. Já para outra parte dos estudiosos, o § 2ºA, do artigo 121 do Código Penal é taxativo, não sendo possível sua interpretação ampla.

Nessa linha de pensamento, Bitencourt, 2017 (*apud* Silva) afirma que a “qualificadora do feminicídio trazida pela citada legislação, abranteria o transexual transformado cirurgicamente em mulher”.

Apesar de haver divergências quanto à tutela jurisdicional penal em relação ao grupo dos transexuais serem abarcados ou não pelo feminicídio, na área cível observamos recentes avanços quanto à garantia dos seus direitos subjetivos relacionados à personalidade. Tal garantia auxilia no alcance ao princípio da dignidade da pessoa humana constitucionalmente proclamado e, ao mesmo tempo, percorrendo caminha no sentido da despatologização da transexualidade.

Dentre os avanços mencionados pode-se citar:

- a) A decisão de 01/03/2018, do Supremo Tribunal Federal (STF) na ADI 4275, que entende ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo;
- b) O Provimento nº 73, de 28/06/2018 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN);
- c) A Organização Mundial de Saúde (OMS), que em 18/06/2018, deixou de considerar a transexualidade como um transtorno mental, inserindo-a como condição relacionada à saúde sexual (CID-11), permitindo que as pessoas possam ter acompanhamento médico, da mesma forma que a grávida também necessita, mas sem estigmatizar como pessoas com deficiência mental;
- d) A Resolução nº 01/2018 do Conselho Federal de Psicologia, que estabelece normas de atuação para as psicólogas e os psicólogos em relação às pessoas transexuais e travestis, proibindo que tais profissionais empreguem qualquer tratamento que favoreça preconceitos, como terapias de conversão, reversão, readequação ou reorientação de identidade de gênero. (CÂMARA; MELO, 2019).

4 O alargamento do feminicídio aos transexuais

Conforme exposto, apesar dos avanços, a lei do feminicídio, ainda é alvo de questionamentos e dúvidas doutrinárias quanto à sua aplicabilidade. Em especial questiona-se quanto à possibilidade de transexuais figurarem como vítimas deste tipo penal. Ao verificarmos a literalidade do dispositivo legal (Lei nº 13.104/2015) é inequívoca que tal estipulação exclui o homem do polo passivo deste crime.

Em sentido oposto, tem-se a possibilidade de aplicação da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) aos transexuais, tendo tal dispositivo uma abrangência diferente da Lei do Feminicídio, pois de acordo com o entendimento esposado por Almeida e Barbosa

É importante mencionar ainda que a Lei do Feminicídio (Lei 13.104/2015), não tem a mesma abrangência da Lei Maria da Penha. Já que esta trata, basicamente, de medidas protetivas, corretivas e contra a discriminação, independentemente da opção sexual. Neste aspecto, por apresentar maior abrangência e não se tratar de matéria penal, a Lei Maria da Penha admite analogia, interpretação analógica e interpretação extensiva, até mesmo para proteger pessoas do sexo masculino nas relações homoafetivas. Nesse sentido, há, inclusive, decisões dos Tribunais superiores reconhecendo essa aplicabilidade. O mesmo não ocorre com a Lei 13.104/2015, que é taxativa em admitir que sua qualificadora seja possível apenas em situação de violência praticada contra a mulher, num contexto caracterizado por relação de poder e submissão, cometida por homem ou até mesmo por mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade. (ALMEIDA; BARBOSA, 2019)

Contudo, conforme Silva e Matos (*apud* Almeida; Barbosa) o conceito de mulher é extremamente abrangente, não possuindo uma definição unívoca. Tal conceito depende da análise de inúmeros fatores e referenciais, sejam eles temporais, ou mesmo, sociais.

Há bem pouco tempo, para que um indivíduo fosse reconhecido como mulher, era necessário ter nascido com a genitália feminina e apresentar características femininas (sexo biológico). Com a evolução

científica e novos estudos, outros padrões de categorização de masculino e feminino foram reformulados e desconstruídos.

Neste sentido, de acordo com os referidos autores, apesar da divergência de opiniões, é imprescindível que a lei do feminicídio seja aplicada às mulheres trans, uma vez já obtiveram o direito de identificação civil como mulheres, pois, seria contraditório negar a incidência da lei penal nessa circunstância, visto que para os demais efeitos, estas pessoas já conquistaram todos os direitos inerentes à condição feminina. (ALMEIDA; BARBOSA, 2019).

Há também, na seara criminal, o recente posicionamento do STF (votação do Mandado de Injunção 4733, realizada em 13/06/2019), permitindo-se, por analogia, a criminalização da homofobia e da transfobia.

Dessa forma, atos preconceituosos contra homossexuais e transexuais serão, até o Congresso Nacional regulamentar o assunto, enquadrados como crime de racismo, aplicando-se a Lei nº 7.716/1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, sujeitando aos agressores, dependendo da infração, pena de reclusão de 1 a 5 anos e multa. (BRASIL, 2019).

5 Considerações finais

Diante do exposto, percebe-se que, no contexto social, o bem jurídico maior a ser tutelado pelo Estado é a vida da “mulher vulnerável” decorrente do seu gênero, não importando a sua concepção biológica. Dessa forma, devem prevalecer, em todas as situações, os direitos e garantias fundamentais estipulados na Constituição da República de 1988, uma vez que, o tratamento discriminatório, independentemente de a quem for direcionado, implica grave restrição aos preceitos da igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se que a tutela legal do feminicídio aos transexuais ainda carece de normatividade, uma vez que os dispositivos criminais devem ser utilizados somente em última “ratio”, ou seja, tais preceitos deverão ser

aplicados na estrita observância ao princípio da legalidade (reserva legal), de forma a se evitar a analogia *in malam partem*.

Já no que se refere aos transexuais, em termos gerais, apesar dos grandes avanços alcançados, (como por exemplo: direito à constituição de grupo familiar; à alteração do registro civil; à cirurgia de transgenitalização; a despatologização etc.), verifica-se que o alcance da plena dignidade, constitucionalmente prescrita, ainda esbarra no enorme preconceito existente na sociedade.

Nesse sentido, é notória a necessidade do acompanhamento jurídico diante da adequação do transexual e a sua realidade na sociedade contemporânea. O direito necessita andar *pari passu* frente à evolução das questões que se apresentam. A proteção estatal precisa integrar também as minorias por meio de políticas públicas que promovam a assistência e a garantia de preservação dos direitos dessa parcela fragilizada da população.

Portanto, é premente que a sociedade assuma uma concepção de abertura e aceitabilidade quanto à situação/condição dos transexuais, buscando alterações no cenário de intolerância e preconceito – que contribuem para a marginalização e exclusão – visando à uma efetiva inclusão social, política e econômica dessas pessoas, frágeis e vulneráveis, por nossa própria torpeza.

6. Referências

ALMEIDA, Nayana de Souza; BARBOSA, Igor de Andrade. Lei do Femicídio e sua aplicabilidade aos transexuais. **Disponível em:** <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4780/lei-femicidio-aplicabilidade-aos-transexuais>>. **Acesso em: 20 jun 2019.**

BRASIL (a). **Lei nº 13.104, de 09 março de 2015.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm#art1>. Acesso em: 20 jun 2019.

BRASIL (b). Supremo Tribunal Federal. **STF suspende decisão sobre inclusão de cirurgia de mudança de sexo no SUS**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=79721>>. Acesso em 21 de jun 2019.

BRASIL (c). **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 21 jun 2019.

BRASIL (d). **Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm>. Acesso em: 22 jun 2019.

BRASIL (e). Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 292, de 2013**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113728/pdf>>. Acesso em 23 jun 2019

BRASIL (f). Supremo Tribunal Federal. **Mandado Injunção 4733**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4239576>>. Acesso em 23 jun 2019.

BRASIL (g). Senado Federal. **Três anos depois de aprovada, Lei do Femicídio tem avanços e desafios**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/tres-anos-depois-de-aprovada-lei-do-femicidio-tem-avancos-e-desafios>>. Acesso em: 23 jun 2019.

BRASIL (h). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun 2019.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Feminicídio**. Mais um capítulo do Direito Penal simbólico agora mesclado com o politicamente correto. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35133/feminicidio>>. Acesso em 23 jun 2019.

CÂMARA, Mônica de Oliveira; MELO, Rafael dos Santos. **O tratamento jurídico dos transexuais no Brasil**. Disponível em: <<http://publicacoes.unigranrio.edu.br/index.php/rdugr/article/view/5318>>. Acesso em: 21 jun 2019.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. **Um breve histórico da violência contra a mulher**. Disponível em: <<https://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/16871.html>>. Acesso em: 20 jun 2019.

NASCIMENTO, Franciele Borges; FÁVERO, Lucas Henrique. **Aplicabilidade da qualificadora do feminicídio ao transexual**. Disponível em: <<https://www.fag.edu.br/upload/contemporaneidade/anais/594c135a56383.pdf>>. Acesso em: 20 jun 2019.

SILVA, Juliana Andrade da. **A qualificadora do feminicídio: considerações acerca da possibilidade da sua aplicação em casos de homicídios de mulheres transgêneras**. Disponível: <http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2017/09/juliana_silva_20171.pdf>. Acesso em: 20 jun 2019.

TODAMATÉRIA. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: 22 jun 2019.

Uma releitura da política ambiental dos tratados no âmbito da união europeia

*Deilton Ribeiro Brasil*¹

*Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira*²

1. Introdução

A União Europeia como conjunto de países desenvolvidos com objetivos comunitários possui uma fascinante e moderna legislação, numa construção que remete ao pós-Guerra, em 1946, num discurso de Churchill na Suíça (QUADROS, 2009). Seus objetivos e sua escalada de unificação normativa atinge graus de sofisticação cada vez elevados, de forma a envolver desde os principais países a comunidades remotas autônomas, numa tentativa de respeito a pluralidade e de efetividade privada.

Foi iniciada pela vontade econômica, a União Europeia ultrapassou seus desígnios iniciais e criou um baluarte normativo invejável em diversas áreas como a econômica, a educacional, a social e ambiental. A criação legislativa advém da política e esta da representatividade que é a base do engajamento populacional e neste aspecto, a Europa evoluiu e consegue seguir aumentando a sua capacidade enquanto União, num trabalho paulatino de construção com os Estados.

¹ Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE).

² Mestre em Direito Fundamentais e Organizações Internacionais pela Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Advogado.

O presente artigo visou demonstrar a importância da política ambiental europeia, inserida inicialmente como resposta a grande demanda mundial por tutela ao meio ambiente e paulatinamente ganhou espaço nos documentos, comissões e tratados até passar a figurar como base legislativa atrelada a todas as demais políticas, num merecido lugar privilegiado de norma fundamental de Tratado, passando a ser considerada em igualdade com as demais políticas europeias.

Também procurou destacar o artigo que destas políticas advém os tratados e os Princípios pelos quais a legislação ambiental deverá ser encarada pelos Tribunais e aplicada pelos Estados Membros, bem como destacou, ainda que resumidamente, o Princípio integrativo que é o verdadeiro corolário que permite o funcionamento da União Europeia e como este reflete a adoção das políticas ambientais neste âmbito.

Este artigo científico foi realizado por método teórico-bibliográfico do tema de políticas ambientais e integração no âmbito da União Europeia, com a análise de artigos e livros sobre o referido tema. Ademais, valeu-seda pesquisa documental, com análise de tratados e legislação a respeito dos mesmos temas.

2. A conformação da união europeia pelos tratados e a inserção das normas ambientais

Em que pese os recentes episódios políticos advindos das recentes ondas migratórias associadas a crise financeira global e o seu impacto negativo na popularidade da União Europeia, bem como a saída da Inglaterra da comunidade, no denominado BREXIT, a Europa do Euro é uma realidade muito firmemente alicerçada em bases políticas institucionalizadas durante todo o processo de formação da União Europeia, edificada sobre uma legislação cada vez mais apurada no sentido de cuidar da comunidade, com a guarda das instituições bem efetivada pelo seu Tribunal, protagonista na sua manutenção.

Trata-se de um inegável esforço de criação e aprimoramento de um conjunto de Estados visando a utilização de suas potencialidades ao mesmo tempo que a qualidade de vida de seus habitantes. A qualidade de vida associada ao desenvolvimento econômico comercial foram o objetivo inicial dos tratados que historicamente iniciaram o que veio a ser a União Europeia e obviamente que o respeito e a preservação ao meio ambiente foram se aglutinando e ganhando importância naquele contexto.

A menção legislativa dos tratados acompanhou a evolução da importância do tema que a cada dia aumenta em importância na estrutura dos tratados internacionais e na tratativa legislativa dos Estados.

A Europa e seu vigoroso direito comunitário integrativo sempre foi a vanguarda da política internacional e um modelo exemplar, não sendo diferente com o tema ambiental e sua política, que não se alia como determina a política ambiental mundial.

Desta forma, apesar de inicialmente centrada num esforço de unificação econômica a questão ambiental foi sendo incorporada e ganhando espaço tanto na tratativa internacional como na tratativa da “Europa”, concretizando, como de resto, uma realidade, no decorrer dos instrumentos pactuados no âmbito da própria da União Europeia. Assim, apesar da origem eminentemente econômica, a política ambiental passou ao centro num contexto histórico que deve ser considerado para fins deste trabalho como marco inicial e plano de fundo.

Os tratados iniciais de conformação da Comunidade Econômica Europeia – CEE, a conciliação das atividades econômicas e a preservação do meio ambiente não eram associados ou mesmo eram objetivos iniciais dos europeus, como pode ser verificado no Tratado de Paris de 1951 que praticamente iniciou o processo de integração econômica ao iniciar a Europa do carvão e do aço, e no Tratado de Roma de 1957, que iniciou a CEE. As metas iniciais eram eminentemente econômicas e envolviam a instituição do ambicionado mercado comum, não sendo a proteção e respeito ao meio ambiente um pilar necessário, à época, àquele objetivo, como pode ser verificado a partir de seus artigos 2º e 3º.

Com efeito, num grande espaço de negócios caracterizado pela ausência de fronteiras entre os Estados, ações e medidas comunitárias visando proteger o homem e o ambiente eram fundamentais, ao mesmo tempo em que se discute a racionalidade de um modelo capaz de gerar benefícios econômicos, porém, sem prejuízo ambiental (OLIVEIRA, 2003).

O cenário foi modificado a partir do fortalecimento da questão ambiental na década de 1960, atendendo a que a questão ambiental ganhava popularidade ao mesmo tempo que passava a ser discutida em todas as searas. E a partir desta pressão, já em 1970 foi publicada a Declaração relativa ao ordenamento do ambiente na Europa, com princípios em matéria de proteção ambiental (Antunes, 1997), bem como houve uma repercussão mundial que ensejou a comunidade internacional a adotar medidas e reconhecer a questão ambiental, destacando-se que as Nações Unidas promoveram a Convenção de Estocolmo de 1972 (LAGO, 2007), a primeira grande Convenção Ambiental, na qual restaram discutidos, reconhecidos e mitigados os efeitos do desenvolvimento econômico.

Deste evento sucedeu em Paris, um encontro do Grupo Europeu, que publicou a Declaração de Chefes de Estado e de Governo de 1972, segundo a qual se promoveria uma particular atenção aos valores e bens não materiais e a proteção do meio ambiente a fim de colocar o progresso a serviço dos homens.

Na verdade, verificou-se que a busca pelo pleno desenvolvimento através da ampliação do mercado comum e de suas políticas econômicas conjuntas implicaria em efeitos advindos deste processo de industrialização e exploração agrícola impactantes no meio ambiente que foram percebidas naquele contexto, sendo necessária a tutela ambiental para a consecução dos objetivos de integração econômica.

Nos diversos encontros que sucederam a formação e consolidação do grupo, o Conselho Europeu formou agenda ambiental paralela, sendo a reunião de 1972 foi o início da política ambiental da União Europeia no sentido da elaboração do PACMAS – Programa de Ação Comunitária em

Matéria de Meio Ambiente, que previa cinco programas de ação (OLIVEIRA, 2003). O Conselho Europeu aprovou planos quadrienais de 1973 a 1987, que foram marcados pela mudança de estratégia de mitigação dos anos pela prevenção, associada ao aumento da qualidade de vida dos europeus (RAMÓN, 1997). Já no último quadriênio foram implementadas novas estratégias que englobavam a prevenção e a integração de políticas ambientais, de forma a efetivar a proteção ambiental (OLIVEIRA, 2003).

O ano de 1987 foi marcado pela publicação do Relatório Brundtland, conhecido como Nosso Futuro Comum, documento no qual se estabeleceram as premissas do desenvolvimento sustentável, documento que fundamentou a não menos emblemática Convenção do Rio de Janeiro de 1992 (RAMÓN, 1997 e VARELLA, 2003).

A influência ambiental já estava suficientemente grande para passar, já em 1987 a integrar de forma expressa um Tratado, de forma que o Tratado do Ato Único Europeu TAUE trouxe em seu bojo dispositivos que trataram da matéria ambiental no seu Título VII, que tratou basicamente dos objetivos a serem alcançados em termos ambientais pela União, que seriam preservar, proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente bem como proteger a saúde humana e fazer a utilização racional dos recursos naturais, promovendo as medidas possíveis e necessárias para fazer frente aos problemas ambientais.

Seguiu-se ainda a implementação do Quarto Programa de Ação Comunitária em Matéria de Meio Ambiente passa a vigorar trazendo a proposição de uma integração das políticas ambientais a outras políticas comunitárias desde 1987 até o ano de 1992, através de quatro instrumentos de atuação: legislação, controle, informação e emprego. Neste ponto se verifica a necessidade integrativa das políticas ambientais, com instrumentos previstos na legislação ao mesmo tempo em que previa o controle centralizado.

A edição do Ato Único Europeu em 1987 foi um marco no sentido de introduzir o meio ambiente nos instrumentos fundacionais da Comuni-

dade, determinando especificamente a necessidade de harmonização das normas ambientais com as políticas econômicas do então bloco econômico. É de destacar que a própria busca pela qualidade de vida e pela integração econômica, objetivos iniciais do bloco, impôs aos países aderentes a comunidade a necessidade de enquadramento às diretrizes gerais coordenativas da comunidade.

A importância da passagem da matéria ambiental a norma fundamental expressa é no sentido de passar de uma menção indireta a menção direta e do consequente empoderamento da União sobre esta matéria que se iniciou neste momento. Isso se refletiu nos compromissos que caracterizaram o Quinto Programa em Matéria de Meio Ambiente foram entabulados de forma a definir novos princípios e estratégias que considerariam os ditames da Rio-92, e que seriam adotados no período entre 1992 e 2000. A ação seria estendida e coordenada por toda a comunidade, considerando todos os setores passíveis de geração de poluição, como os da indústria, energia, turismo, transportes e agricultura, sendo também definitivamente incorporado o conceito de desenvolvimento sustentável, calcado no princípio do desenvolvimento durável, medidas preventivas e responsabilidade partilhada.

Ainda merece destaque que em 1992 foi efetivada a criação da União Europeia com a base legal atual, a partir do Tratado de Maastrich, sendo em seu artigo 2º destaca o princípio do crescimento sustentável, não inflacionário e que respeite o meio ambiente, destacando como um de seus objetivos "promover, por meio da criação de um mercado comum e de uma união econômica e monetária, o desenvolvimento sustentável das atividades econômicas (...) e um elevado nível de proteção e melhoria da qualidade do ambiente".

Ademais, foi previsto no Tratado em seus artigos 174, 175 e 176 toda a Política Europeia para o Meio Ambiente³, sendo que, em linhas gerais, estabeleceram-se os objetivos a serem alcançados na área ambiental pelo

³ Atualmente seguem-se as mesmas instruções, que pela modificação pelo Tratado de Lisboa em 2007, passou a figurar nos artigos 191, 192 e 193.

Bloco, quais sejam, preservar, proteger e melhorar a qualidade do meio ambiente; proteger a saúde humana; fazer utilização racional dos recursos naturais; e promover as medidas possíveis e necessárias para fazer frente aos problemas ambientais, seja no contexto regional ou mundial (QUEIROZ, 2005).

O Tratado de Amsterdã de 1997 foi a consolidação de todos os Tratados anteriores, destacando que desde Paris de 1951 passando pelos de Roma de 1957, pelo Ato Único Europeu de 1987 e o de Maastricht de 1992, de modo que os artigos 130 R a 130 T transformaram-se nos atuais artigos 174 a 176 já referidos, dentro do Título XIX, passando desde 2007 a constar do Título XX nos artigos correspondentes 191, 192 e 193, concernentes as modificações pelo Tratado de Lisboa.

De verificar que este histórico demonstra que os princípios e as políticas para o meio ambiente da Europa não só são sincronizadas com as diretrizes Mundiais, mas sim são as suas determinantes, de forma acabaram por apontar um caminho, como de fato aponta, com a própria União Europeia se tornando um exemplo de integração de países com objetivos comuns, de forma a preservar a soberania ao mesmo tempo em que cedem competências a execução de um bem comum, no caso a proteção ambiental e o desenvolvimento sustentado, partindo de uma elevação de qualidade de vida e de relacionamento pacífico.

É no âmbito da União Europeia que residem as iniciativas pioneiras na proteção ambiental, de forma que a proteção ao meio ambiente passou gradativamente a ocupar espaço central na discussão do antes economicista grupo, evoluindo de forma a demandar um rol de políticas que são decididas pelas instituições comunitárias no sentido de criação de uma ordem jurídica voltada para a adoção de medidas e ações destinadas a garantir que a proteção do meio ambiente, como figura central nas discussões do processo comunitário (MATA DIZ, 2012).

3. A normativa da distribuição de objetivos, competências, princípios e normas para a política ambiental europeia

A partir de seu histórico e de seu pioneirismo na seara ambiental, motivados pelos objetivos econômico-integrativos iniciais da Comunidade Europeia, tem-se a formação de um sistema cada vez mais voltado a consecução destes objetivos e nos quais se verifica a gradativa elevação da prevalência da legislação comunitária sobre a legislação ordinária nacional.

A conformação dos Tratados integrativos aliada a solidez das interpretações jurisprudenciais do Tribunal Europeu trabalham de forma a atrair a necessária conformação de competências para o funcionamento de um "Estado Integrado" aos moldes de uma espécie nova de administração pública, comparada a uma forma federal, mas na qual os integrantes sempre possuem Direito de saída.

Efetivamente, ao se analisar especificamente os Tratados Constitutivos e de funcionamento da União Europeia em seus objetivos concernentes a políticas ambientais se verifica a prevalência de princípios orientadores e de normas suporte para estes, especialmente com base no artigo 191º, item 2. Obriga-se a consonância da legislação dos integrantes e da regulamentação da aplicação dos Tratados em nível Estatal com os princípios europeus, sempre tutelados pelo do Tribunal Europeu, cujas interpretações pró Europa determinaram um efetivo compartilhamento de competências entre a União Europeia e os Estados Membros, num arranjo em aperfeiçoamento constante.

A partir do Ato Único Europeu de 1987 e pelo Tratado de Maastrich de 1992, verificou-se a elevação da política ambiental ao nível comunitário, integrando-a efetiva e diretamente à base fundamental da Comunidade. Surge daí a integração de forma normativa da matéria ambiental, como objetivo a ser considerado e alcançado em conjunto com as demais políticas da União. A definição das questões de competência para elaboração e efetivação de políticas ambientais é da União Europeia, nos termos do artigo 192º, item 1.

Tem-se ainda que a União não só determina as políticas ambientais como é a responsável por sua efetivação, como se extrai do quadro de competências compartilhadas dos tratados fundacionais, que evoluíram para a transferência às instituições comunitárias do poder decisório. Tal assertiva é clara com interpretação dada ao artigo 3º, 3 (anterior artigo 2º do TCE), que prevê a proteção ao meio ambiente.

Assim, a partir do momento em que fazem parte dos objetivos gerais da União, os Estados membros poderão exercer esta competência somente na medida em que a União estabelecer de forma a tornar coordenada a ação protetiva e em prol do objetivo europeu.

É no artigo 193 do TUE estabelece a competência da União para a política ambiental, ao abordar de forma residual e concorrente a permissiva aos Estados de adotar, por si, medidas de proteção a reforçar as medidas “Europeias”, desde que consonantes com as medidas da União e desde que previamente notificadas a Comissão Europeia. A definição de competência é de suma importância para que se garanta a efetividade da medida, que somente pode ser alterada pelo Estado para uma situação de maior proteção que a da norma da União e desde que compatível e previamente notificada, garantindo uma efetividade mínima em todo o território da comunidade.

Conforme estabelecido no artigo 191º, item 2, os Princípios que norteiam a política ambiental europeia são definidos na legislação, o que lhes traz força normativa no sentido de obediência prévia pelos Estados e pelo legislativo e ainda na aplicação aos casos concretos, no caso pelo próprio Tribunal de Justiça da Europa, e pelos diversos controles jurisdicionais exercidos pelos Estados através de seus Tribunais.

A construção implica que os principais princípios atuam agrupados em torno de eixos, com um princípio base norteador e a partir do qual os princípios formam este eixo que leva a consolidação da medida decidida ou da ação efetiva a ser tomada (GOULART e MATA DIZ, 2012).

4. Considerações finais

A integração política e legislativa da União Europeia tem superado diversos obstáculos e absorvido temas de altíssima relevância com sucesso e efetividade, como a questão da tutela ao meio ambiente. De um debate político inicial, a questão ambiental transformou-se a objetivo fundamental no direito comunitário europeu dada a sua importância para a própria humanidade. Este fato somente foi possível dado caráter integrativo da União, e ao seu direito comunitário devidamente alicerçado, conforme se depreende da evolução da inserção dos dispositivos nos tratados da União, alçados a normas fundamentais.

A partir da premissa de proteção ambiental, foram paulatinamente incorporados temas nos tratados que reiteradamente foram repetidos e aperfeiçoados, sendo as normas aplicáveis a partir do reconhecimento da competência da Comissão Europeia, pelo direito integrativo, cujas decisões obrigam aos Estados, que podem por sua vez melhorar em termos de exigências de cumprimento às normas, num estrito e correto caminho de uniformização de normas e de salvaguarda dos interesses públicos, oferecendo uma resposta efetiva aos anseios sociais.

O objetivo de integração econômica e posteriormente política e social da União Europeia estabelecido na sua legislação constitutiva absorveu gradativamente a demanda ambiental e a elevou a um de seus objetivos fundacionais, visto que imanente a própria consecução dos objetivos basilares comunitários, qual seja o desenvolvimento econômico e o aumento da qualidade de vida dos europeus.

A conformação da prevalência do ideal europeu e dos princípios dos tratados pela integração, a política e a legislação ambiental passaram a ser disciplinadas por princípios advindos da própria normativa e ganharam, como de resto toda a legislação comunitária, o status de prevalência como objetivo comum, de forma que a coordenação da política e da legislação ambiental seguem uma coordenação mínima em nível comunitário,

possibilitando a efetiva tutela do meio ambiente europeu, paralelamente aos espaços dos países membros.

5. Referências

ANTUNES, Pedro Baila. **Evolução do Direito e da política do Ambiente Internacional, Comunitário e nacional.** Revista Millenium, Viseu, p. n. 7, ano II, p. 32-35, jul.-1997. Disponível em: http://www.ipv.pt/millenium/ect7_pba.htm. Acesso em: 08 maio 2019.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata, GOULART Rayelle Campos Caldas. **A Aplicação do princípio da integração ambiental nas políticas setoriais europeias.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8cao1ea920679aof>. Acesso em: 24 abr. 2019.

LAGO, A. A. C. **Estocolmo, Rio, Johannesburgo:** o Brasil e a três conferências ambientais das Nações Unidas. Brasil.Thesaurus Editora. 2007.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **União Europeia:** processo de integração e mutação. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2003.

RAMÓN, Fernando López. **Caracteres del derecho comunitario europeo medio ambiental.** Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17338.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio na agenda internacional: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais.** Scielo Brasil: Ambiente e Sociedade. v. 8, n. 2, jul.- dez.-2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/asoc/v8n2/286o8.pdf>. Acesso em: 09 maio 2019.

VARELLA, Marcelo Dias, PLATIAU, Ana Flávia Barros. **Proteção internacional do meio ambiente.** Brasília: Unitar, Uniceub e Unb, 2009. Disponível em: <http://197.249.65.74:8080/biblioteca/bitstream/123456789/681/1/PROTECCA0%20INTERNACIONAL%20DO%20AMBIENTE.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2019.

Criminalização da homofobia como instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais da população LGBTQ+

*Victor Ireno Evangelista*¹

*Cristian Kiefer da Silva*²

1. Introdução

De origem grega, a palavra homofobia é formada pelos radicais “homo” (iguais), e fobia (aversão), ou seja, é o medo, repulsa, desrespeito, ódio pelas relações entre as pessoas do mesmo sexo.

A ditadura da heteronormatividade teve início com o advento da Idade Média ou “Idade das Trevas”, época em que as relações homossexuais, que até então eram amplamente aceitas pela cultura ocidental e oriental, passaram a ser vistas pela Igreja como crime, pecado, perversão e até mesmo doença.

¹ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Newton. Pesquisador em Direito. Advogado.

² Pós-Doutor em Direito pela PUC Minas. Doutorado em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela PUC Minas. Especialização em Direito Público Aplicado pelo EBRADI. Especialização em Direito Processual Civil Aplicado pelo CEAJUFE. Graduado em Direito pela Universidade José do Rosário Vellano. Graduado em Administração pela PUC Minas. *Visiting Scholar* na NortheasternStateUniversity NSU-EUA, na UniversityofTulsa-EUA e na Oklahoma StateUniversity-EUA (2018). Aperfeiçoamento em *Criminal Law* na NortheasternStateUniversity NSU-EUA. É Professor Titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton. É Professor Adjunto da Escola de Direito do Centro Universitário UNA. É Professor Titular da Escola de Direito da Faculdade de Minas (FAMINAS-BH). É Professor da Pós-Graduação em Direito do Instituto Universitário Brasileiro (IUNIB). É Pesquisador Voluntário no INSEPE (Instituto de Ensino, Pesquisa e Extensão). É membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Participa com frequência de fóruns jurídicos, projetos e atividades acadêmicas relacionadas à organização de seminários, congressos, minicursos, grupos de estudo e pesquisa. Tem atuação na área de Direito, com ênfase em Direito Público, Direito Processual e Teoria do Direito. Membro do corpo de avaliadores do MEC no BASIS/INEP.

A lógica passou a ser simples, e infelizmente prospera na atualidade, se Deus criou o homem e a mulher, que por meio de uma simbiose conseguem gerar uma outra vida, são estes detentores de humanidade e credores de proteção por parte de toda a sociedade, já que possuem a sagrada missão de propagar a espécie. Na contramão desse entendimento, subsiste a lógica de que todo aquele que desvirtua esse dogma, não pode ter sido criado pelas mãos do Divino, não detendo, portanto, humanidade, tampouco o direito à proteção, podendo sofrer das mais variadas e brutais espécies de “correção”.

Somente no ano de 1973, a Associação Americana de Psiquiatria retirou a homossexualidade da lista de transtornos mentais. Aproximadamente 17 anos depois (1990), a Organização Mundial de Saúde retirou a homossexualidade do CID 10 (código internacional de doenças), caindo em desuso o sufixo “ismo”, que remete a patologia. Passado todo esse tempo, a comunidade LGBTQ+ ainda é estigmatizada e reduzida puramente à sua orientação sexual. A violência aos integrantes dessa comunidade se materializa nas mais diversas formas, tais como a segregação social, o *bullying*, a agressão física, podendo culminar no seu extermínio.

Um levantamento recente feito pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), apontou que em 2017, 445 homossexuais (gays, lésbicas, travestis, trans e +), foram vitimados pela homofobia no Brasil. Esse dado corresponde a uma vítima a cada 19 horas, colocando o Brasil no topo dos países que mais assassina homossexuais no mundo.

Apesar de estarmos sob a égide de uma Constituição vista como cidadã e vivermos, teoricamente, no apogeu da proteção e validação dos Direitos Humanos, podemos perceber que o Brasil não tem sido gentil com os seus filhos, não tem acolhido e protegido a população LGBTQ+ como se dispôs a fazer ao ratificar diversos tratados internacionais que versam sobre os direitos dessa comunidade. Nossa pátria amada se aproveita do manto da invisibilidade que recobre esse grupo e enreda a própria responsabilidade pelo verdadeiro massacre que ocorre debaixo dos seus próprios olhos.

Tendo por base o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal se afigura como sendo a *ultima ratio*, ou seja, o último meio a ser utilizado para proteger os bens jurídicos essenciais do indivíduo, que podem ser vistos como aqueles bens que possuem valor moral para o ser humano, que são importantes para um determinado grupo.

Nesse cenário, a criminalização da homofobia se mostra imprescindível para coibir os crimes de ódio motivados pela discriminação em virtude da orientação sexual, identidade e expressão de gênero, dentre outras formas de intolerância. Isto, pois, os crimes de intolerância à população LGBTQ+ possuem um *modus operandi*, ou seja, eles possuem uma motivação específica, carecendo, portanto, de tratamento especial por meio de lei própria.

Pensando nisso, foi editado o Projeto de Lei da Câmara Federal de nº 122 de 2006, que pretende alterar a Lei nº 7.716/1989, o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) e o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho – CLT) para definir como crime, toda violência motivada pela discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. Após mais de 9 anos de tramitação, o referido projeto foi arquivado definitivamente em 26/12/2014.

Malgrado saibamos da existência de outras normas jurídicas que protegem o maior bem jurídico tutelado pelo direito recesso evidente que somente as que se encontram em vigor não estão sendo suficientes para coibir as práticas discriminatórias contra a população LGBTQ+, pois a intolerância tem feito cada vez mais vítimas e o Estado está incorrendo em grave omissão ao não reprimir diligentemente essas agressões.

Com base nisso, o presente trabalho objetiva demonstrar a importância da criminalização da homofobia como forma de validação dos direitos e garantias fundamentais da população LGBTQ+, dentro de um Estado Democrático de Direito garantidor das liberdades individuais e dos direitos civis.

2 A homofobia

Cada ser humano carrega consigo uma série de características que o tornam único. Dentro dessa perspectiva, as questões de identidade e orientação sexual são algumas dessas variantes.

Para uma melhor compreensão dos termos identidade e orientação sexual, é necessário que entendamos primeiro o conceito de gênero. O gênero está ligado ao sexo biológico, e não apresenta grande variação a não ser a concepção dualista masculino/feminino.

A identidade de gênero pode ser conceituada como a forma que o indivíduo se enxerga e se autodetermina. Nesse tocante, o indivíduo pode ser uma pessoa cisgênero, que tem o seu sexo biológico comunicando com sua identidade sexual, e transgênero, que tem o seu sexo biológico divergente da sua identidade sexual. Nesse mister cabe pontuar que dentro do público trans existem as travestis e as/os transexuais.

Já a orientação sexual diz respeito à afetividade do indivíduo; se sua afetividade for direcionada a alguém do sexo oposto, estamos diante de uma pessoa heterossexual, se for inclinada a alguém do mesmo sexo, estamos diante de uma pessoa homossexual.

Essa construção binária dá azo a várias críticas, tendo em vista que há indivíduos que transitam por esses dois universos, como é o caso do (a) hermafrodita, que nasce com dois órgãos genitais, tanto masculino quanto feminino, bem como das pessoas que se identificam como bissexuais, tendo sua afetividade direcionada a ambos os gêneros, de forma indistinta.

Dentro dessa gama de possibilidades podemos extrair que a sexualidade é algo inerente à condição humana, e suas determinações e variações se afiguram como sendo indomáveis, irreprimíveis. Nesse sentido, vejamos os versos da canção “o que será (à flor da pele)” do consagrado cantor Chico Buarque:

O que será que me dá. Que me bole por dentro, será que me dá. Que brota à flor da pele, será que me dá. E que me sobe às faces e me faz corar. E que me

salta aos olhos a me atraíçoar. E que me aperta o peito e me faz confessar. O que não tem mais jeito de dissimular. E que nem é direito ninguém recusar. E que me faz mendigo, me faz implorar. O que não tem medida, nem nunca terá. O que não tem remédio, nem nunca terá. O que não tem receita. (BUARQUE, 1976)

Diante disso, o que merece protagonismo na discussão é a intolerância voltada àqueles que fogem das regras padronizadas na sociedade. Em nosso país, a pessoa heterossexual/cisgênero, nasce com um verdadeiro privilégio, pois atende ao que a sociedade espera dela, sendo, portanto, aceita por todos com demasiada facilidade; já a pessoa que nasce com um “desvio” dessa realidade pode sofrer durante a sua vida as mais variadas espécies de violência como a opressão, a segregação social, o apagamento da sua existência, dentre inúmeras outras.

Essa dura realidade só existe em razão da homofobia, sentimento que pode ser caracterizado pelo preconceito, aversão irreprimível, ódio, repúdio contra gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros (LGBTQ+). O referido termo foi criado pelo psicólogo Nova Iorquino George Weinberg e foi empregado pela primeira vez em sua obra intitulada *Society and the Healthy Homosexual* (New York, St. Martin's Press, 1972).

Esse sentimento encontra guarida nas regras heteronormativas vigentes na sociedade que consideram como estranho, errado, reprovável, tudo aquilo que foge do padrão heteronormativo, reconhecendo como única forma válida da expressão sexual a heterossexualidade e a cisgeneridade. Nessa esteira de ideias, pertinente trazer à discussão, trecho de um artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, autoria de Santiago:

A homofobia é um preconceito resistente, do qual deriva ideologias e atitudes discriminatórias, com claro intuito de destruir a alteridade, de negar e de eliminar o outro, visto como uma ameaça ao próprio ser do homofóbico, que como melhor defesa utiliza-se de várias formas de ataque e de violência que visam em última instância à morte do outro, a eliminação da diversidade sexual e da alteridade. (SANTIAGO, 2013).

A homofobia é uma terrível mácula social, que se pauta no desrespeito aos direitos de liberdade de orientação sexual e do livre exercício da sexualidade de cada indivíduo, promovendo uma assombrosa desigualdade que muitas vezes deságua num tratamento hostil à comunidade LGBTQ+, devendo, portanto, ser considerada uma conduta antijurídica passível de sanção por parte do Estado.

2.1 Contextualização histórica

A homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade, e, por mais que exista uma parcela da sociedade que luta pela invisibilidade e abolição dessa condição, tal propósito mostra-se inatingível, pois a orientação sexual é uma predisposição genética que não pode ser alterada segundo o juízo pessoal de cada um.

O renomado autor Rodrigues pontua em sua obra intitulada de “O amor entre iguais”, que “a homossexualidade sempre acompanhou a história da humanidade, havendo registro deste tipo de comportamento sexual até mesmo entre os povos selvagens e, na natureza, entre os animais”. Ao contrário do que se acredita, tanto na Grécia, quanto na Roma Antiga, as relações homossexuais eram amplamente aceitas e tratadas com extrema naturalidade. Presumia-se naquela época que a relação sexual entre dois homens, um mais velho e um mais novo, marcava a transição da adolescência para a fase adulta, e tinha um viés até mesmo cívico, pois era a partir daquele momento que o adolescente passava a ser considerado um cidadão de fato (RODRIGUES, 2004, p. 35). Ocorre que, no início do século II, a prática homossexual passou a ser discriminada pelo império greco-romano devido a influências políticas e religiosas. Estudiosos apontam que esse contexto histórico deu início às primeiras práticas homofóbicas no mundo.

Com a chegada da Idade Média, vista pelos humanistas como “Idade das Trevas”, a homossexualidade passou a ser vista pela Igreja como sodomia, que àquela época era considerada a pior das heresias, crime

punido com diversas penas bárbaras, dentre elas a pena de morte. De acordo com Rodrigues:

A idade era considerada: meninos entre 12 e 15 anos que consentissem com a sodomia eram aprisionados por 3 meses; acima de 15 anos, além de prisão, deveriam pagar multa...Para os adultos as multas se tornavam maiores, e se não fossem pagas o condenado teria suas partes genitais amarradas e seria obrigado a desfilar nu pelas ruas, surrado e depois expulso da cidade. (RODRIGUES, 2004, p. 62).

Naquela época, a Igreja católica ditava normas de conduta para toda a sociedade, influenciando o modo de pensar, bem como de agir de todos os cidadãos, até mesmo dos Reis, tamanho poder que ela detinha. O catolicismo abominava não só as práticas homossexuais, mas o prazer e a liberdade sexual, afinal o sexo era visto pela Igreja Católica apenas como um veículo para a reprodução humana, e tudo que fugia à essa regra era entendido como pecado.

A era das trevas cedeu lugar à luz com a chegada do Renascentismo na Itália no século XIV, difundido por toda a Europa nos séculos seguintes. Naquele contexto, a população começou a se aproximar mais da razão, que passou a ser vista como única fonte de conhecimento pleno; houve também uma reavivação do interesse pelas obras greco-romanas, e foi dado início à atividade de imprensa, que culminou no afastamento do homem com relação à Igreja.

Entre os séculos XIX e XX, vimos surgir um movimento denominado “higienista”. Naquele cenário, médicos de todos os cantos do mundo discutiam sobre as causas e métodos preventivos de grandes pestes como a tuberculose, tifo, varíola, febre amarela, dentre outras. Foi também nessa época que nos deparamos com o surto de AIDS no mundo, mais especificamente no ano de 1981, tendo sido difundida a falsa ideia de que os homossexuais eram os responsáveis pela disseminação do vírus HIV e de outras doenças sexualmente transmissíveis igualmente letais.

Esse contexto histórico reacendeu o moralismo exacerbado e o apego aos dogmas religiosos. Nessa época também se acreditava que a

homossexualidade era uma doença mental passível de cura por meio de tratamento psiquiátrico, ocasião em que muitas famílias passaram a internar os seus integrantes compulsoriamente para tratar desse “desvio de conduta” entendido como reprovável.

Somente no ano de 1985, o Conselho Federal de Medicina e em 1990, a Organização Mundial de Saúde, retiraram a homossexualidade, então chamada de homossexualismo, do código internacional de doenças, seguindo os passos da Associação Internacional de Psicologia, que desde 1973, já havia retirado a homossexualidade da lista de transtornos mentais.

A luta pela igualdade de direitos segue firme na atualidade e os avanços seguem em passos lentos marcados por progressos e retrocessos; impondo-se reconhecer que ainda falta muito para a população LGBTQ+ alcançar um patamar equânime de direitos.

2.2 O aspecto sociológico

O Preâmbulo da Constituição da República de 1988 evidencia o intuito do Estado de defender uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos; isso, no país que mais mata homossexuais e transgêneros no mundo ressoa como um verdadeiro contrassenso.

Vivemos em um país considerado laico, ou seja, não adotamos uma religião oficial. A laicidade do Estado tem por escopo a convivência harmônica entre todos os tipos de religião, sem que uma crença prevaleça sobre as demais. Ocorre que, apesar de vivermos em um Estado supostamente laico, o Brasil é um país tipicamente cristão, sendo perceptível sua crença até mesmo no seio de nossa Lei Maior, que foi promulgada sob a proteção de Deus.

Essa característica do nosso Estado está sendo explicitamente desrespeitada perante o Congresso Nacional, que abriga uma bancada evangélica composta por 84 parlamentares que se autodeclararam conservadores, defensores da moral e dos bons costumes, bem como da família

tradicional brasileira. Essa frente conservadora pauta seus votos na Bíblia Sagrada, e suas convicções retrógradas e por vezes infundadas, criam um verdadeiro entrave à efetiva validação e proteção dos direitos da população LGBTQ+.

Apesar do forte conservadorismo existente nos Órgãos do Poder Legislativo, bem como nas demais esferas de poder, estávamos presenciando no Brasil uma maior aceitação dos homossexuais por parte de toda a sociedade. Isso só foi possível graças ao aumento da representatividade dessa comunidade em todos os veículos de comunicação, tais como rádio, TV, internet, e em todas as expressões artísticas como o cinema, música, novela, filmes, livros, dentre outros.

A sociedade começou a enxergar com naturalidade a questão da homossexualidade, e a comunidade LGBTQ+ começou a acreditar que a tão sonhada igualdade material estava próxima de ser alcançada, que a homofobia estava cedendo espaço para a tolerância, e que as várias formas de violência voltadas a ela estavam sendo duramente combatidas até mesmo por aqueles que não faziam parte da militância.

As eleições de 2018 desmascararam a homofobia enrustida em muitos cidadãos, descortinaram a vultosa intolerância ainda existente em nosso país, e trouxeram à tona a certeza de que ainda há um longo trajeto a ser percorrido na busca por igualdade de direitos da população LGBTQ+. Nessa caminhada em direção à conquista de igualdade, os movimentos promovidos pela comunidade LGBTQ+, assumem um papel primordial, pois dão visibilidade à militância, empoderam os integrantes, e pressionam os governantes para a criação de políticas públicas voltadas para a proteção da própria comunidade.

O grito das mulheres, ecoado através do movimento feminista, vem sendo ouvido por nossos representantes políticos, tendo alcançado significativos avanços no campo dos direitos sociais, a exemplo da promulgação da Lei Maria da Penha, da criação do tipo penal feminicídio, dentre outra gama de direitos que também vem sendo conquistados a duras penas.

Já o movimento negro foi exitoso em várias de suas demandas, conseguindo promulgar no idos de 1951, a Lei Afonso Arinos, que proibia todo e qualquer tipo de discriminação racial no país. Em 1989, vimos a criação da Lei Caó (7.716/89), que tipificou o crime de racismo no Brasil, sendo hoje, um dos poucos crimes que não admite o pagamento de fiança, e é imune ao instituto da prescrição. Segundo Carvalho:

Para os movimentos negro, de mulheres e de gays, lésbicas, bissexuais, transsexuais e transgêneros, a reivindicação primeira é a do reconhecimento dos direitos civis (igualdade formal) para, posteriormente, buscar sua densificação e efetividade (igualdade material). (CARVALHO, 2012, p. 192).

Assim como o movimento feminista e o movimento negro, o movimento LGBTQ+, deve se organizar cada vez mais, estabelecendo demandas palpáveis, buscando estabelecer maiores alianças para fortalecer o movimento e traçando planos para vencer o conservadorismo, a ditadura da heteronormatividade e principalmente, a homofobia, retirando do arcabouço normativo o projeto de lei que pretende criminalizar todas as condutas que atentem contra a dignidade desse grupo social.

2.3 A homossexualidade sob a perspectiva da psicologia

Sigmund Freud, conhecido como o pai da psicanálise, já dizia nos idos de 1903, que os homossexuais não são propriedade de um tribunal, tampouco devem ser tratados como doentes. Em uma carta escrita em 1935, para uma mãe americana que lhe pediu ajuda com o seu filho gay, Freud respondeu:

Eu vi na sua carta que seu filho é homossexual. Estou mais impressionado com o fato de você não mencionar esse termo ao passar as informações sobre ele. Posso te perguntar por que você evita o termo? Homossexualidade certamente não é uma vantagem, mas não há motivos para se envergonhar, não há vícios, não há degradação; isso não pode ser classificado como uma doença; consideramos como uma variação da função sexual, produzida por uma certa contenção do desenvolvimento sexual. Muitos indivíduos altamente

respeitáveis da antiguidade e também dos tempos modernos foram homossexuais, diversos homens grandiosos. (Platão, Michelangelo, Leonardo da Vinci, etc.). É uma grande injustiça perseguir a homossexualidade como se fosse um crime - e uma crueldade também. [...] (FREUD, 1935).

Freud propôs o afastamento dos ensinamentos da biologia, e a aproximação dos contornos sociais de cada indivíduo, pois, segundo sua concepção, a sexualidade não é algo fixo ou predeterminado, mas sim contingencial. Assim, propõe uma libertação da homossexualidade, advogando uma posição de respeito, aceitação e normalidade dessa condição.

Para explicar o comportamento homofóbico, o psicoterapeuta Jung (1875-1961), fundador da psicologia analítica, utilizou da figura de uma “sombra”, que, segundo sua concepção, representa tudo aquilo que vemos como inferior em nossa personalidade, bem como tudo aquilo que reprimimos e não desenvolvemos em nós mesmos. Deste modo, a sombra causa estranheza e repulsa a tudo aquilo ou aquele que projeta o que nosso inconsciente gostaria de ser ou viver (JUNG, 1989).

Assim, são frequentes os casos de homossexuais latentes que assumem o papel de homofóbicos convictos, para tentar encubar os seus desejos ocultos e suas características tipicamente homossexuais. Atualmente, todas as disciplinas clínicas, mais especificamente, a medicina e a psicologia, já chegaram a um consenso de que é impossível tentar alterar a condição sexual de um indivíduo, e que tal tentativa feriria a saúde mental daquele que se dispusesse a participar de um experimento para tais fins.

Desde os idos de 1973, a Associação Americana de Psicologia, deixou de considerar a homossexualidade como um transtorno mental, passando a entender essa característica humana como um traço da personalidade de cada indivíduo. Já no ano de 1984, época em que presenciávamos a eclosão da AIDS no mundo, a Associação Brasileira de Psiquiatria se manifestou de forma contrária à discriminação da população LGBTQ+, pontuando que a diversidade de orientação não representava nenhuma ameaça para a sociedade em geral.

Nada obstante, em 1999, o Conselho Federal de Psicologia assentou o entendimento de que a homossexualidade não configura nenhum desvio mental e ou comportamental, se posicionando contrário a qualquer método que visasse “tratar” algo que não é passível de tratamento, por não ser patológico. O referido entendimento, apesar de parecer inovador, apenas confirmou o que a Organização Mundial de Saúde já havia dito em 1990, quando retirou a homossexualidade do código internacional de doenças (CID 10).

Com a pacificação desse entendimento, o sufixo “ismo”, que remete a patologia, deixou de ser utilizado, e o emprego da terminologia “homossexualismo”, no contexto histórico e social atual, representa um retrocesso colossal, sendo até mesmo ultrajante para essa comunidade que luta pelo respeito à sua condição desde os primórdios.

Apesar de todo o avanço observado no campo da ciência, o Brasil presenciou em 2017, o que muitos passaram a chamar de “cura gay”. Um juiz de primeiro grau da 14ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal deferiu uma medida liminar autorizando que psicólogos oferecessem uma pseudoterapia popularmente intitulada como “reversão sexual”. A referida decisão foi na contramão do disposto na Resolução do Conselho Federal de Psicologia, que desde 1999, conforme ressaltado anteriormente, proíbe que psicólogos executem atendimentos para esse fim.

O preconceito de gênero/orientação sexual é tão enraizado no Brasil, e o desconhecimento dessa variante humana é tão berrante, que forças políticas se uniram para tentar combater essa Resolução emitida pelo Conselho Federal de Psicologia, entretanto, sem nenhum embasamento lógico, afinal, o preconceito não encontra guarida em nenhum fundamento racional, porque ele é insustentável, desarrazoado, insensato e tão desvalido, que chega a ser arcaico.

Por fim, importa ressaltar que a APA, American Psychological Association, já alertou à comunidade internacional sobre os riscos de oferecer esse tipo de tratamento aos homossexuais, ressaltando que em países

onde a oferta de tratamento é válida, os efeitos colaterais da medida incluem a depressão, o isolamento social, crises de ansiedade e de identidade, podendo desaguar até mesmo no autoextermínio.

Com base nisso, podemos concluir sem esforço que o ramo da Psicologia não convalida qualquer prática que tente ir contra a liberdade de gênero/orientação sexual de qualquer indivíduo, sendo que tal intento, defendido por muitos homofóbicos declarados, diz muito mais sobre eles, segundo a visão de Jung, do que sobre aqueles que se veem afetados pela medida.

3 As expressões da proteção

Inicialmente, a palavra proteção nos remete à garantia de inclusão, de acesso, de oportunidades, de acolhimento a todos os cidadãos que se encontram em situação de vulnerabilidade, de risco, na linha da discriminação.

Nesse sentido, a Constituição da República é explícita ao vedar todas as formas de discriminação, garantindo aos indivíduos a liberdade e a igualdade perante a lei. Nesta senda, proteger os indivíduos das mazelas sociais é o mesmo que preservar e multiplicar a prosperidade dos direitos humanos, bem como salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Como afirma Piovesan, a Declaração Universal de 1948 objetivou delinear uma ordem pública internacional fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais, desde o preâmbulo, onde se encontra destacado que todo ser humano é titular de direitos iguais e inalienáveis. Expõe, ainda, que a universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à determinada raça (PIOVESAN, 2000).

Diante do exposto, o que se espera é que nenhum direito seja suprimido, ocultado ou descartado em razão das características pessoais de cada indivíduo, afinal, a proteção estatal deve ser garantida a todos, in-

distintamente, alcançando o gay, o negro, a mulher, o pobre, o “favelado”, o indígena, o ateu, o estrangeiro, enfim, todos aqueles que se encontram na linha de frente da discriminação.

3.1 Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

Os direitos fundamentais são definidos como um conjunto de direitos e garantias assegurados ao ser humano, possuindo, dentre suas principais espécies, a dignidade, a vida, a liberdade, a igualdade, etc. Com base nisso, podemos dizer que os direitos e garantias fundamentais objetivam garantir condições mínimas de desenvolvimento humanitário.

As principais características dos direitos fundamentais são, dentre outras, a historicidade, a imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, a universalidade, a concorrência e a efetividade.

De acordo com Guerra “a lei deixou de ser o centro do universo jurídico em detrimento dos direitos fundamentais, que formam uma nova categoria jurídica, um regime jurídico específico”. (GUERRA, 2003, p. 82). Nesse sentido, Gonçalves elege estes direitos como “pedra angular de todo o alicerce jurídico político” (GONÇALVES, 1997. p. 35).

Acredita-se, pois, que os direitos fundamentais seriam objetivamente vigentes em uma ordem jurídica concreta, cujo objetivo é reconhecer a existência de uma prerrogativa fundamental do cidadão; a título de exemplo podemos citar a livre expressão estampada no art. 5º, inciso IX, da Constituição da República, a intimidade e a honra previstas no inciso X, do mesmo artigo, também situado no corpo da nossa Lei Maior.

Além disso, é imprescindível diferenciar tais direitos das garantias fundamentais. Estas seriam os enunciados de conteúdo assecuratório, cujo propósito consiste em fornecer mecanismos para a real e duradoura proteção e/ou reparação de direitos fundamentais violados. Como exemplo temos os remédios constitucionais: *habeas corpus* e *habeas data*.

Por sua vez, não há como abordar tais direitos e garantias sem mencionar o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fixado como

princípio central pela Carta Magna de 1988 e consagrado em seu artigo 1º, inciso III, considerado como uma cláusula geral de tutela dos direitos da personalidade por muitos doutrinadores. Vejamos a literalidade do dispositivo:

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, 2018).

Pelo texto constitucional retrotranscrito, podemos concluir que a dignidade da pessoa humana se afigura como sendo um fundamento republicano, e, segundo as lições de Haro, “por ser o substrato essencial da pessoa humana, a dignidade é o valor que deve se apegar em todas as instituições jurídicas, mormente na instituição política máxima, o Estado” (HARO, 2009, p. 26). Assim, todo homem é dotado de dignidade e sua abrangência está diretamente relacionada com todos os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivos expressos no art. 5º da Constituição da República, como a vida, a saúde, a integridade física, a honra, a liberdade física e psicológica, o nome, a imagem, a intimidade, a propriedade, dentre outros. Nas palavras de Sarlet a dignidade da pessoa humana pode ser conceituada como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60).

Logo, há que se depreender que o desafio atual para a radicação do respeito à diversidade, e, conseqüentemente, para a validação dos direitos e garantias fundamentais da população LGBTQ+, gira em torno da

união entre o que se encontra estipulado na lei, e as tradições e costumes disseminados por toda a sociedade, pois, numa visão antagônica à de Kelsen, a materialização da norma, no mundo dos fatos, deve ser o fim perseguido pelo legislador e não somente a sua disposição pura e simples.

3.2 Direito à liberdade e à igualdade

É sabido que o ser humano nasce livre e igual perante a lei, com direitos e obrigações. Nesse sentido, a liberdade é configurada como um estado de plenos poderes ao indivíduo, podendo ser usada de forma positiva (ir e vir) ou negativa (cerceada). Contudo, por si só, o direito à liberdade cria limites e regras que tornam a convivência entre as pessoas mais harmoniosa e afetuosa.

De modo a detalhar o tema, o direito à liberdade foi palco de grandes revoluções em vários países, deflagrando batalhas de cunho político e religioso, além de embates sangrentos com o escopo de se alcançar a tão esperada consagração. Nas palavras de Ruiz:

A liberdade é inerente ao homem, ela é anterior à Sociedade, ao Direito e ao Estado. Ela foi concebida ao homem desde a sua formação. A liberdade é imanente à natureza humana. O Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem. Várias acepções são dadas à palavra liberdade. Uns a definem como oposição ao autoritarismo, ausência de coação. Há quem a conceitue em razão do seu exercício, fazer aquilo que lhe apraz. Também pode ser expressa pelo antagonismo de cativo ou a participação no exercício do Poder, entre outros. (RUIZ, 2006, p. 7).

Importante destacar que o direito em discussão faz parte do rol denominado “Primeira Geração dos Direitos Fundamentais”. Isto é, o direito à liberdade tem como titular o indivíduo, o ser humano em si, e, assim, se afigura como sendo um verdadeiro privilégio da pessoa, no qual exibem uma subjetividade que é seu traço mais expressivo. Dessa forma, destacam-se como sendo direitos de limitação e resistência peran-

te o Estado. Historicamente, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu art. 1º, expressou a liberdade ao ratificar que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Ainda, o art. 3º da referida declaração, assevera que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Imperioso salientar que o direito à liberdade não é absoluto. Conforme afirmação de Marmelstein o STF decidiu que não há no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto (MARMELSTEIN, 2008). Expõe Moraes que “os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna” (MORAIS, 2003, p. 61).

É preciso compreender que a liberdade deve ser plena, contudo, não pode ser invocada para opor o cumprimento das legislações vigentes, ou seja, não pode ser utilizada como instrumento de justificativa para a prática de atos contrários à ordem jurídica e democrática. Noutros dizeres, a liberdade não pode servir de sustentáculo para o exercício de quaisquer atos antijurídicos. Outro princípio basilar do Estado Democrático de Direito de grande relevância no cenário social e jurídico é o direito à igualdade. Logo, três aspectos foram desenvolvidos por Ferreira Filho, quais sejam, a igualdade de todos perante o direito, a uniformidade de tratamento dos casos iguais e a proibição de discriminações. Têm-se, portanto:

A igualdade perante e lei, ou perante o direito, é a resposta dos movimentos liberais aos privilégios da nobreza e do clero. Sua inserção nas Declarações liberais significa que não se toleram mais distinções por nascimento ou pelo exercício de certas funções, devendo uniformizar-se o estatuto jurídico a todos os homens. Por uniformidade de tratamento, entende-se o imperativo de que as leis tratem igualmente os casos iguais, e desigualmente os casos desiguais. Por fim, a proibição de discriminações implica que eventual diferenciação legislativa deve ser justificada. (FERREIRA FILHO, 1979, p. 59-63).

A Constituição da República de 1988 aborda o direito à igualdade em vários momentos, haja vista sua real importância concretizada em seus artigos 3º, III e IV, 5º, I, 150, II e 226, §5º. Observemos:

Art. 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...).

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado:

(...)

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher. (BRASIL, 2018).

Vale destacar que o direito à igualdade está associado à Segunda Geração ou Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais. Lenza ensina que “privilegiam os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos da igualdade”. (LENZA, 2006, p. 526). Noutro viés, acerca das desigualdades, Pires afirma que estas existem desde que o mundo é mundo, pois a partir do momento que o homem começa a pensar logicamente e questionar tudo a sua volta foi possível entender o surgimento da desigualdade de forma natural. Complementa, portanto, que a desigualdade natural não menospreza ou inferioriza o homem, já

que de alguma forma propicia um maior leque natural de variedades, ou seja, beneficia a evolução humano/social. Expõe, ainda, que as desigualdades trazidas pela Carta Magna não visam discriminar negativamente indivíduos, mas sim trazer um equilíbrio para a manutenção do princípio da igualdade (PIRES, 2008).

Por último, Rocha ensina que a igualdade jurídica está constitucionalmente elevada a cânone de respeito à dignidade humana, fundamento da República e princípio norteador da hermenêutica constitucional (ROCHA, 1996). Importante enfatizar que os direitos à liberdade e à igualdade visam alcançar todos os indivíduos, independentemente de quaisquer características pessoais. Sendo assim, não se deve permitir que a ignorância social crie barreiras contra o desenvolvimento e a segurança dos direitos fundamentais. Assim sendo, passível de se concluir que a liberdade e a igualdade se resumem em um direito indisponível, sendo, portanto, condição indissociável do indivíduo.

3.3 Direito à não discriminação

Primordialmente, o Estado Brasileiro tem sua diversidade natural e populacional reconhecidas internacionalmente, vez que sua população é fruto de uma mistura de diversas culturas, raças, ideologias, e outras características que tornam o povo brasileiro único. Analogamente, a Constituição Federal veio para assegurar e proteger essas inúmeras diferenças, pois é inaceitável que exista e prevaleça qualquer instrumento discriminatório que atente contra a dignidade da pessoa humana, como é o caso da homofobia. De acordo com Pessanha:

A discriminação pode ser definida como uma forma de manifestação, de concretização de um conceito pré-estabelecido de cunho pejorativo, estabelecido em face de determinada pessoa ou grupo de pessoas, colocando-a em desvantagem em relação às demais. Os critérios utilizados para fins de discriminação são chamados “dados sensíveis”, e correspondem a parâmetros diversos, tais como: raça, origem, gênero, opção sexual, perfil familiar, etc. Observe-se, que, não obstante o conceito mais divulgado, o uso de tais

“dados sensíveis” nem sempre se prestam a distinções que geram desvantagens ao grupo ou pessoa a quem é dirigido. (PESSANHA, 2011).

Destarte, discriminar é segregar, é tratar com indiferença o ser humano que está ao redor, é impedir que prevaleça a liberdade personalíssima. E sob o mesmo ponto de vista, Cunha aponta que não permitir a um ser humano a livre orientação sexual, que é o direito de relacionar-se com uma pessoa do gênero oposto ou do mesmo sexo, é retirar-lhe o direito à intimidade, à livre busca da felicidade. Complementa, ainda, que privar um indivíduo de sua sexualidade é oferecer a este ser humano uma vida indigna, seja ele homo ou heterossexual (CUNHA, 2011). Indubitavelmente, Dias expõe que:

Indivíduos de ambos os sexos têm o direito de entreter uma relação sexual além da simples necessidade de reprodução, inclusive com pessoa do mesmo sexo, o que não afronta os conceitos das sociedades historicamente desenvolvidas. Não cabe mais desfigurar para desproteger, senão por preconceitos que, presos ao passado, distorcem no presente a evolução e a história da humanidade. (DIAS, 2006, p. 76).

Pertinente trazer à baila o pensamento de Ramos, para a qual “a livre orientação sexual relaciona-se à ideia de liberdade, pois o indivíduo deve ter liberdade de demonstrar sua orientação sexual sem ser reprimido por um padrão heteronormativo majoritário” (RAMOS, 2014, p. 53-54). Além disso, Santos aduz que todo ser humano tem o direito a ser igual quando a própria diferença os inferioriza e a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza (SANTOS, 2003). Sábias palavras também profere Dias, segundo a qual “ninguém pode se realizar como ser humano se não tiver assegurado o respeito ao exercício da sexualidade, conceito que compreende tanto a liberdade sexual como a liberdade à livre orientação sexual” (DIAS, 2006. p. 18).

Em vista disso, nos pensamentos de Ramos cabe ao Estado estabelecer as condições para que os indivíduos gozem de seus direitos fundamentais, inclusive, da livre expressão da orientação sexual. Afirma,

ainda, quando o poder público não é capaz de visualizar as fragilidades específicas de determinados grupos e oferecer a eles proteção especial, configura-se o descumprimento do preceito da igualdade material e, conseqüentemente, da dignidade da pessoa humana (RAMOS, 2014). Diante do exposto, a maior preocupação com a homofobia atualmente se faz com os atos de violência, seja qual for o motivo ou a origem, proferidos em desfavor do indivíduo homossexual (gay, lésbica, bissexual, transexual, etc.). Dessa forma, não faz sentido que a discriminação se estabilize atualmente na sociedade, pois, como afirma a renomada autora Dias “a homossexualidade não é crime nem pecado; não é uma doença nem um vício. Também não é um mal contagioso, nada justificando a dificuldade que as pessoas têm de conviver com homossexuais. É simplesmente outra forma de viver” (DIAS, 2010, p. 192).

Conclui-se, portanto, que a orientação sexual nada mais é do que um direito inerente à personalidade do ser humano, de grande importância para o próprio ser, apenas dele, isto é, afetado à sua individualidade e intimidade.

4 A criminalização e suas implicações

Opositores da criminalização da homofobia acreditam que a medida vai contra a moralidade cristã, os valores da família tradicional, bem como a liberdade do direito de expressão. Ocorre que, tais argumentos não poderiam ser mais contraditórios, haja vista que a medida pretende tão somente extirpar as práticas delituosas em desfavor daqueles indivíduos que muitas vezes são abandonados por suas famílias, amigos e pela sociedade, recebendo um tratamento verdadeiramente cruel por parte de todas as instituições sociais, tratamento este contrário aos ensinamentos cristãos, antagônicos aos valores da família, e completamente adverso à ordem democrática. Para toda a comunidade LGBTQ+, a criminalização da homofobia representa um avanço na conquista de direitos e na busca de um patamar civilizatório igualitário.

4.1 A população LGBTQ+ e os números da homofobia

As siglas do movimento LGBTQ+, são uma importante ferramenta utilizada na desconstrução do binarismo vigente na sociedade. A partir delas é que essa população tão invisibilizada ganha contornos, formas e números. No senso comum, existe uma clara tendência em banalizar todas as siglas existentes na comunidade LGBT, tais como, GLS, LBTT, LBTTI, LGBTQ+, tal como adotada no presente trabalho. Muitas das vezes, isso se dá com o escopo de desvalorizar o movimento, esvaziando o seu significado, afinal, toda luta precisa de sujeitos bem colocados, como é o caso do movimento negro e feminista. Como a maior arma contra a ignorância é o conhecimento, importante se faz uma breve análise da sigla da comunidade.

A sigla LGBTQ+ representa as lésbicas, os gays, os bissexuais, as (os) travestis, os (as) transgêneros, Queer/questionando e o + engloba aqueles que se definem como intersexo, agênero, assexuais, pansexuais, simpatizantes e outros. Não existe na comunidade um rol fechado, pré-estabelecido, pois o que se busca é a desconstrução total de um padrão criado pela sociedade e imposto através da ditadura da heteronormatividade.

De acordo com Regina Facchini, no final de 1970, cenário de total opressão à comunidade LGBTQ+, surgem os primeiros grupos militantes homossexuais no Brasil, em meio a um contexto de ruptura dos efeitos da ditadura e de redemocratização da Nação (FACCHINI, 2014). Nos anos seguintes, vimos uma queda nos movimentos sociais liderados pela comunidade LGBTQ+, como nos idos de 1980, época marcada pela erupção da AIDS no mundo. Nos períodos posteriores, o movimento teve seu foco redirecionado para o controle epidêmico da doença, bem como para a conscientização da importância do sexo seguro para a manutenção da sexualidade saudável.

Não se pode negar as inúmeras conquistas alcançadas pela comunidade LGBTQ+ nos últimos tempos, como o reconhecimento da união

estável como entidade familiar pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, adoção de crianças por pares homoafetivos, alteração de nome civil e gênero nos documentos de identificação das pessoas trans, cirurgia de redesignação de sexo ofertada pelo Sistema Único de Saúde, dentre outras.

Ocorre que, todos esses avanços civis, apesar de possuírem uma importância ímpar para a validação equânime de direitos, garantem aos homossexuais apenas uma igualdade substancial, e não efetivamente material, haja vista que ainda presenciamos um apagamento dessa comunidade em diversos nichos sociais como nas universidades, nos órgãos políticos, nos serviços públicos, nos cargos de gestão em empresas privadas, dentre outros. Ao contrário disso, não é raro nos depararmos com várias mulheres trans trilhando o caminho da prostituição por falta de opção, por não encontrarem outra saída a não ser vender os seus corpos por alguns trocados.

É nesse contexto de estigmatização social e esteriotipação de condutas, que a homofobia faz suas vítimas, esfacelando seus direitos constitucionais à igualdade, à liberdade e a uma vida digna. Apesar de figurar como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a erradicação de qualquer forma de discriminação, nosso país ocupa o primeiro lugar do ranking de países que mais mata homossexuais no mundo. Estudos feitos pelo Grupo Gay da Bahia (GGB), através da Hemeroteca Digital, mostram que a cada 19 horas, 1 homossexual tem sua vida ceifada pela homofobia (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018).

Em 2017, o mesmo grupo contabilizou 457 mortes de homossexuais (lésbicas, gays, trans, bissexuais e +), maior número de casos em 38 anos de estudo promovido pela entidade. Esse dado nos apresenta outro aspecto que é ainda mais preocupante, qual seja, os números da homofobia estão aumentando. Em 2016, a entidade registrou 343 vítimas de ataques homofóbicos fatais, 30% a menos que o ano subsequente. Já em 2015, o GGB havia registrado 319 casos de homicídio motivados pela homofobia, seguidos de 320 casos no ano anterior, mais especificamente em 2014, contra 314 casos no ano de 2013.

Nada obstante, a organização não governamental intitulada HumanRights, divulgou um estudo que demonstrou que somente no primeiro semestre de 2017, foram registradas 725 denúncias de violações a direitos básicos da comunidade LGBTQ+. Os números da homofobia são ainda maiores, todavia, as subnotificações dificultam sobremaneira o fornecimento de um dado exato, pois mascaram a real situação da violência (HUMAN RIGHTS, 2018).

Outro dado muito importante levantado pelo GGB, diz respeito ao grupo que é mais atingido pela homofobia no Brasil, que é o das pessoas trans, que somaram somente em 2017, 194 mortes das 445 computadas (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018). Em 2017, um caso de homofobia que teve grande repercussão nacional foi o da Travesti DandaraKataryne, 42 anos, torturada e assassinada a tiros por 12 homens em Fortaleza - CE. O caso retratado ilustra somente a “ponta do iceberg”, ou seja, só retrata uma ínfima parte da cultura do ódio propagada em nossa sociedade. Essa triste realidade vivenciada pela comunidade LGBTQ+, foi intitulada de “homocausto”, pelo antropólogo Luiz Mott fundador do Grupo Gay da Bahia (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018).

Outra constatação muito relevante feita pelo GGB, diz respeito à estimativa de vida dos gays, das lésbicas, dos (as) transexuais e dos bissexuais no Brasil, utilizando para tal levantamento, a média de assassinatos desses grupos entre os anos 2000 a 2016. A estimativa de vida dos bissexuais alcança os 42,6 anos, dos gays, 38,1 anos, das lésbicas 28,0 anos e dos (as) transexuais 27,7 anos (GRUPO GAY DA BAHIA, 2018).

Considerando que a estimativa de vida de um brasileiro nascido em 2016 era de 75,8 anos, conforme estatística levantada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, podemos facilmente constatar que nascer homossexual no Brasil é uma triste sina, e para alguns grupos dentro da comunidade, especialmente das pessoas trans, significa ter uma sentença de morte assinada pelas mãos daqueles que não respeitam o diferente, e que condenam o amor homossexual (IBGE, 2017).

Se o Brasil quer ser visto como um país desenvolvido pela comunidade internacional, deve começar a se espelhar em culturas que respeitam e protegem todos os seus povos, indistintamente, afastando-se, assim, das amarras da ignorância e do preconceito, afinal, país desenvolvido é aquele que consegue atingir um alto nível de desenvolvimento econômico, aliado a um pujante desenvolvimento humano e social.

4.2 Aplicação do código penal e os crimes de ódio

Não existe no ordenamento jurídico pátrio uma lei específica que criminalize o preconceito/discriminação contra a população LGBTQ+. O problema da homofobia não é tratado de acordo com suas particularidades, dando azo à figura das subnotificações, pois, o que ocorre do ponto de vista prático, são ocorrências redigidas na seara do direito penal, como se crimes comuns fossem, todavia, conforme ressaltado alhures, a prática dos crimes motivados pela homofobia, possuem um *modus operandi*, que deve ser considerado para fins de penalização.

Acerca do instituto do Direito Penal, entende-se que este é formado por um conjunto de regras e princípios que integram um campo específico em meio à legislação brasileira. Dedicar-se, pois, a tutelar os bens jurídicos mais relevantes no contexto social.

Na esteira dos ensinamentos de Prado, “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos essenciais ao indivíduo e à comunidade” (PRADO, 1999, p. 47). Além disso, Zaffaroni define a legislação penal como “o conjunto de leis que programam a decisão de conflitos mediante uma espécie de coerção que priva de direito e inflige uma dor (pena) sem buscar seja um fim reparador seja a neutralização de um dano em curso ou de um perigo iminente” (ZAFFARONI, 2003, p. 87). No tocante às penas, a legislação pátria adotou a teoria mista, possibilitando maior liberdade de aplicação da pena ao juiz. Beccaria questionou as sanções penais:

Mas, qual é a origem das penas, e qual o fundamento do direito de punir? Quais serão as punições aplicáveis aos diferentes crimes? Será a pena de morte verdadeiramente útil, necessária, indispensável para a segurança e a boa ordem da sociedade? Serão justos os tormentos e as torturas? Conduzirão ao fim que as leis se propõem? Quais os melhores meios de prevenir os delitos? Serão as mesmas penas igualmente úteis em todos os tempos? Que influência exercem sobre os costumes? (BECCARIA, 2011, p. 12).

Em vista disso, percebe-se a grande responsabilidade vertida ao Código Penal, principalmente ao ser encarado como óbice à prática de condutas discriminatórias. Nos dizeres de Dias:

Dentre os excluídos, os homossexuais são as maiores vítimas, estando a merecer cuidado especial. Todos os que sofrem algum tipo de discriminação encontram o apoio da família; assim o negro, o judeu, o portador de necessidades especiais, etc. Mas o homossexual não, a própria família o rejeita. Por isso precisa ser acolhido pela sociedade, tutelado pela lei e protegido pela Justiça. (DIAS, 2014, p. 99).

Acerca da injúria, crime comum que pode ser cometido e sofrido por qualquer pessoa, o Código Penal é expressamente claro ao delinear que este se afigura como sendo uma ofensa à dignidade e ao decoro. Tutela-se a honra subjetiva do indivíduo, e, termos pejorativos como “bicha”, “viado”, “boiola” podem ser considerados uma ofensa a essa dignidade, desde que esteja presente o dolo de denegrir, humilhar, menoscular, vexar.

Além da injúria, no contexto social atual, nota-se a luta contra a homofobia num espaço de crescente expressão do *bullying* verbal (apelidar, insultar), do *bullying* moral (caluniar, difamar, disseminar rumores), do *bullying* sexual (assediar, induzir ou abusar) e do *bullying* psicológico (excluir, perseguir, aterrorizar, intimidar, chantagear). Todo preconceito enraizado dá origem aos chamados crimes de ódio. De maneira geral, podemos conceituá-lo como uma forma de violência motivada pela repulsa do agressor a um grupo determinado. Nas palavras de Ramos:

O conceito de crime de ódio surgiu em 1980, nos Estados Unidos, referindo-se a um comportamento em que o agressor determina as suas vítimas a partir de preconceitos. Suas ações são motivadas por um preconceito geral, que não se dirige somente a um indivíduo, mas a um grupo que possui as características da vítima, com base em uma opinião negativa que se foi construindo em torno dessa coletividade específica. (RAMOS, 2014, p. 60).

Mister salientar que a proibição do discurso de ódio não faz frente à liberdade de crença e, principalmente, de opinião. Em entrevista à Folha de São Paulo o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto disse que: "o homofóbico exacerba tanto o seu preconceito que o faz chafurdar no lamaçal do ódio. E o fato é que os crimes de ódio estão a meio palmo dos crimes de sangue" (BRITTO, 2011).

O que se espera é a intensificação do combate à discriminação, a fim de garantir o respeito à diversidade e à dignidade da pessoa humana, possibilitando, assim, a livre expressão, pelo menos em termos legais. Para tanto, o Direito Penal possui um papel de inquestionável relevância, eis que exerce uma função de freio moral, obstando, ou pelo menos evitando a prática dos crimes de ódio.

4.3 Motivos para criminalizar a homofobia

Criminalizar a homofobia certamente seria um passo largo e importante para a sociedade brasileira, visto que, além da tipificação legal, ocasionaria o surgimento de políticas públicas e sociais, e, principalmente educacionais, garantindo que os paradigmas da atualidade sejam abertamente questionados pelas gerações presentes e futuras. De acordo com Borrillo:

A homofobia constitui uma ameaça aos valores democráticos de compreensão e respeito por outrem, no sentido em que ela promove a desigualdade entre os indivíduos em função de seus simples desejos, incentiva a rigidez dos gêneros e favorece a hostilidade contra o outro. Enquanto problema social, a homofobia deve ser considerada como um delito suscetível de sanção

jurídica; todavia, a dimensão repressora é destituída de sentido se ela não for acompanhada por uma ação preventiva. Com efeito, um número importante de pessoas continuam considerando a homossexualidade como uma disfunção psicológica, ou até mesmo uma doença. [...] Na realidade, a homofobia é não só uma violência contra os homossexuais, mas igualmente uma agressão contra os valores que fundamentam a democracia. (BORRILLO, 2010, p. 106-107).

Nessa esteira de ideias, quando se fala em criminalização da homofobia, Ribeiro expõe que não há necessidade do legislador criar novos tipos penais, pois os crimes aos quais a população LGBT é vítima já existem no ordenamento pátrio, como o homicídio, a lesão corporal, os crimes contra a honra, entre outros demais (RIBEIRO, 2016). Afirma, ainda, que a ideia da criminalizar as condutas homofóbicas está fundamentada em uma diferenciação qualitativa, a exemplo do que se procedeu com relação a punição às manifestações preconceituosas de cunho racial, com o advento da injúria qualificada, prevista no art. 140, §3º, do Código Penal, com a seguinte redação: “Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência” (CÓDIGO PENAL, 1940).

Nas palavras de Masiero, é possível criminalizar a homofobia de forma legítima de acordo com os postulados de uma política criminal racional e democrática, bem como ser dever do Estado regular as situações que causam a exclusão ou mesmo violência ao indivíduo (MASIERO, 2014). Saliente-se, ainda, que as sanções penais previstas na legislação nacional amparam todos os indivíduos em face de um crime, contudo, a mera falta de especificação da violência homofóbica numa tipificação própria ou complementação nos tipos penais já existentes deixa de produzir e/ou demonstrar o aumento da represália, podendo-se falar, inclusive, à mercê da lei geral, não haver uma proteção direcionada ao Estado Democrático à comunidade LGBTQ+ diante de tais condutas.

Ribeiro aduz que a principal demanda do movimento LGBTQ+ é que a homofobia seja criminalizada, posto que tal medida se mostra co-

mo a única que eventualmente poderia trazer, minimamente, tranquilidade para esta população. Afirma a autora ser imperioso que um marco legal para fortalecer a luta contra a homofobia seja conquistado (RIBEIRO, 2016). Assim sendo, Carvalho afirma que tal estratégia normativa poderia produzir um efeito simbólico virtuoso, impactando na cultura no sentido de desestabilizar a cultura homofóbica enraizada no tecido social (CARVALHO, 2012). Nesse sentido, Streck assevera que:

A inserção do “crime homofóbico” no ordenamento jurídico-penal é recomendável, porém, desde que não seja a única atuação estatal na promoção da igualdade no âmbito das sexualidades; afinal, esse instrumento legal será, tão somente, um dos impulsionadores de uma mudança cultural mais profunda no sentido de reconhecimento da pluralidade existente na sociedade. A arena jurídica mais apropriada para essa luta é, ainda, a do Direito constitucional porque “diferentemente do Direito penal, que constitui o campo, por excelência da negatividade, da repressividade [...], o Direito constitucional constitui um campo de positividade, onde o homem e a mulher podem, enquanto sujeitos, reivindicar, positivamente, direitos. (STRECK, 2001, p. 47).

Imprescindível enfatizar que um Estado não pode ser considerado democrático, justo e igualitário quando ainda se vê uma parcela exponencial da sociedade desamparada e discriminada por questões relacionadas à orientação sexual. A criminalização da homofobia é, portanto, uma medida indispensável e irremediável, pois, no contexto atual muitos homossexuais se veem violados em seus direitos e garantias fundamentais, apagados e diminuídos por toda a sociedade, que lhes vira as costas e se faz de cega, surda e muda para as atrocidades que acontecem diariamente com o aval de todos que observam passivamente esse “circo dos horrores” comandado pelos homofóbicos defensores da honra, da moral cristã e da família tradicional.

Representando bem esse contexto social, alheio e apático à triste situação vivenciada pela população LGBTQ+, entendo pertinente relatar uma cena do videoclipe da canção “Flutua”, do cantor e compositor pernambucano JonnyHooker, onde um casal de gays, após se despedirem no meio da Avenida Paulista com um beijo, vivenciam uma agressão física

propagada por 3 homens que avistavam a cena de um outro ponto. O curioso do videoclipe é que um dos namorados era deficiente auditivo, e ao virar as costas para o seu parceiro, após se despedirem, não conseguiu ouvir os gritos de socorro daquele, enquanto sofria as agressões.

O companheiro agredido representa os integrantes da população LGBTQ+, espancados, desrespeitados, assassinados, diariamente, e o companheiro com deficiência auditiva, representa a sociedade, que não ouve, ou pelo menos finge não ouvir, os gritos desesperados de socorro de toda essa comunidade. É necessário, portanto, que se faça valer a legislação atual, aprimorando o alcance de sua abrangência à população LGBTQ+, como forma de se garantir o bem-estar e o respeito às diferenças em prol da convivência sadia e harmoniosa no Brasil. Destarte, resta-nos saber quanto mais de sangue será preciso ser derramado para que as autoridades legislativas assumam o seu papel e efetivem a proteção desse grupo social através da criminalização da homofobia.

5 A atuação legislativa e judiciária na criminalização da homofobia

É possível afirmar com convicção, que todas as questões envolvendo gênero e sexualidade, estão sendo enfrentadas somente pelo Poder Judiciário, tendo em vista que nosso Poder Legislativo se acovarda em levar à discussão qualquer tema que verse a respeito, tamanha polarização que a questão instaura.

Ilustrando a afirmativa supra, temos que muito antes do Supremo Tribunal Federal reconhecer a união homoafetiva como instituição familiar, os juízes de primeiro grau já atribuíam direitos aos casais homossexuais, como a possibilidade de percepção de pensão por morte do companheiro homoafetivo; possibilidade de inscrição do companheiro em plano de saúde privado; possibilidade de alteração do prenome por pessoas transexuais; possibilidade de adoção por pares homoafetivos, dentre outros.

Portanto, no hodierno, o Poder Judiciário exerce um papel de maior destaque, no que concerne à efetivação dos direitos da população LGBTQ+, apesar de o Poder Legislativo já ter sido provocado para atuar na defesa da causa, através da tipificação do crime de homofobia, conforme será explanado adiante.

5.1 O projeto de Lei da Câmara Federal nº122/2006

Diante das constantes transformações sociais e do aumento da violência sofrida pela população LGBTQ+, em 07 de agosto de 2001, a ex-deputada federal Iara Bernardi (PT - SP) apresentou um projeto de lei na Câmara dos Deputados com a finalidade de criminalizar a homofobia no Brasil. O referido projeto, nº 5003/2001, foi submetido à Comissão de Constituição e Justiça – CCJ, da Câmara dos Deputados, e em seguida foi encaminhado ao Plenário, sob a égide da proteção aos direitos humanos e minorias.

Popularmente conhecida como lei anti-homofobia, seu objetivo inicial visava alterar a Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), o § 3º do art. 140, do Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal) e o art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), Decreto-Lei nº 5.452/1943, a fim de penalizar criminalmente e atribuir punições no campo civil ao agressor (SENADO FEDERAL, 2006).

Em respeito à Constituição Federal de 1988, o PL nº 5003/2001 foi remetido ao Senado Federal e renomeado de Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006. Mais adiante, em 2007, a ex-senadora Fátima Cleide (PT – RO), foi designada para ser relatora do Projeto e encaminhá-lo à Comissão de Assuntos Sociais – CAS, o que ocasionou numa nova roupagem em seu conteúdo, haja vista ter sido incluída a criminalização do preconceito e discriminação contra pessoas idosas e com deficiência, além da retirada de outros artigos antes aprovados pela Casa de origem.

Já nos idos de 2008, o Projeto foi levado à votação na CAS, contudo, foi devolvido após cinco dias sem o parecer de seus integrantes. Já em

2009, a referida Senadora interpelou diante da CAS um novo parecer, no qual afirma que a orientação sexual está intimamente interligada aos direitos da dignidade, da liberdade e da igualdade. Cumpre destacar as principais medidas do atual Projeto de Lei da Câmara Federal nº 122/2006, quais sejam a modificação do art. 1º da Lei nº 7.716/1989 (Lei do Racismo), que passou a constar em seu rol punitivo os crimes decorrentes do preconceito contra a orientação sexual e a identidade de gênero, que também passou a ser uma qualificadora para o crime de injúria no Código Penal. Já na seara trabalhista, o legislador objetivou a proteção da relação de emprego face à discriminação existente no mercado de trabalho.

Após várias discussões, o PLC nº 122/2006 foi arquivado em 2011, e desarquivado algum tempo depois pela Senadora Marta Suplicy (MDB – SP), que chegou a sugerir mudanças ao Projeto, contudo, não foram apresentadas ao Senado. Enfim, o PLC nº 122/2006 encontra-se arquivado desde 26 de dezembro de 2014. É oportuno citar que aos 20 de maio de 2014, a Deputada Maria do Rosário formulou um novo projeto de lei registrado sob o nº 7.582/2014, que pretende basicamente o mesmo que o PLC nº 122/2006, ou seja, criminalizar toda e qualquer conduta delitativa/lesiva motivada pela homofobia. Passados mais de quatro anos desde a sua proposição, o Projeto de Lei nº 7.582/2014, segue na Câmara dos Deputados, encontrando-se atualmente na Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) desde 10 de maio de 2018.

Diante de tantos arquivamentos, da morosidade do Estado e das várias falhas para o andamento e efetivação do PLC nº 122/2006, vislumbra-se a cada dia uma crescente omissão Estatal. Nesse limiar, tal omissão propicia o mais alto teor de discriminação à população LGBTQ+, pois esse “silêncio” sugere que a violência seja expandida em todo território nacional sem a devida punição, indo na contramão do verdadeiro papel do Estado Democrático de Direito, visto como garantidor e depositário dos Direitos Humanos. Sendo assim, Dias expõe:

A omissão covarde do legislador infraconstitucional de assegurar direito aos homossexuais e reconhecer seus relacionamentos, ao invés de sinalizar neutralidade, encobre grande preconceito. O receio de ser rotulado de homossexual, o medo de desagradar seu eleitorado e comprometer sua reeleição inibe a aprovação de qualquer norma que assegure direitos à parcela minoritária da população alvo da discriminação. (DIAS, 2011, p. 168).

Por fim, torna-se necessário destacar que proporcionar a efetivação de direitos à população LGBTQ+, através da criminalização da homofobia, faz renascer a esperança de que é possível a convivência em uma sociedade de forma justa e igualitária. Cabe ainda ressaltar que a medida não retira, em hipótese alguma, direitos da população heterossexual, pois o que se busca é tão somente a equiparação legal de todos os grupos e tribos, construindo para uma sociedade livre de preconceitos e para a formalização desse status perante o Estado Brasileiro.

5.2 O projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012

De autoria do Senador José Sarney (MDB - AP), sob a ótica jurídica do direito penal e processual penal, e de relatoria do senador Antônio Anastasia (PSDB - MG), o projeto de Lei nº 236/2012, defende a reforma do Código Penal Brasileiro. O anteprojeto foi debatido por vários juristas em sete meses e entregue ao presidente do Senado em 27 de junho de 2012. Destacam-se diversos temas, entre eles: o trabalho escravo, o terrorismo, a corrupção política, os crimes cibernéticos, a eutanásia, a discriminação por orientação sexual (SENADO FEDERAL, 2012).

A reforma do Código Penal vigente é extremamente viável, pois o texto original foi publicado em 1940, e, como cediço, a sociedade atual não é a mesma de quase oito décadas atrás; deste modo, a referida lei deixa de abarcar temas relevantes que foram surgindo com a evolução social, não podendo deixar de ser citada a discriminação voltada à população LGBTQ+. Acerca do Projeto de Lei do Senado Federal nº 236/2012, Ramos acentua:

O anteprojeto, segundo a comissão de juristas responsável por sua criação, ocupa-se de substituir a Lei nº 7716/89. O Capítulo V do PLS n.º 236/2012, que trata “dos crimes resultantes de preconceito e discriminação”, no seu artigo primeiro, amplia o rol de adequação típica relativo às motivações das condutas que traduzem manifestações de intolerância, uma vez que inclui violações de gênero, identidade, orientação sexual, religião, procedência regional, além de inserir cláusula de interpretação analógica, com o fim de afastar qualquer possível forma de “discriminação negativa” de seres humanos, em atenção ao postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal). A Lei 7716/89 se restringe a punir condutas resultantes de discriminação em razão de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (RAMOS, 2014, p. 41).

Logo, Dias afirma que essa ausência de interposição legal que obrigue o poder público a perseguir tal ofensa específica dá margem para que o preconceito invalide até mesmo o compromisso por perseguir as transgressões já previstas (DIAS, 2011). Por fim, faz-se mister salientar que o PLS nº 236/2012 já passou por inúmeras emendas, o que nos leva a acreditar que sua tramitação ainda se arrastará por muito tempo perante as duas casas legislativas, o que de fato permitirá inúmeras interpretações e posicionamentos acerca da temática, por meio até mesmo de iniciativa popular.

5.3 O mandado de injunção nº 4.733/df

Em 10 de outubro de 2012, a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ALGBT) apresentou ao Supremo Tribunal Federal (STF) o Mandado de Injunção nº 4.733/DF, com o objetivo de criminalizar todas as condutas lesivas motivadas pela homofobia e transfobia, inclusive os homicídios, as ofensas individuais e coletivas, agressões e as demais discriminações por orientação sexual e por identidade de gênero.

Com a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, o STF, em decisão monocrática, negou o pedido sob o argumento de ausência de direito subjetivo consagrado pela Constituição Federal. No âmbito do Senado Federal, restou arguida preliminar de carência de ação, sustenta-

da nafalta de interesse de agir em razão da suposta inadequação da via eleita. Já na Câmara dos Deputados, foi sustentada a inexistência de inércia no dever de legislar.

Além disso, a Advocacia-Geral da União (AGU) defendeu o reconhecimento da carência da ação devido à impossibilidade jurídica do pedido de suprimento judicial de omissão na seara penal. Por outro lado, o Ministério Público Federal (MPF) sustentou que as condutas lesivas motivadas pela homofobia e transfobia importam sim em graves violações aos direitos fundamentais, o que demanda proteção na seara do Direito Penal. Avistando o fim da intentada, com a extinção do processo sem julgamento de mérito, a ABGLT ingressou, em tempo, com um agravo regimental junto à Procuradoria-Geral da República (PGR), contra a decisão do ministro do STF Ricardo Lewandowski, no qual obteve apoio favorável, constando em seu corpo o que se segue:

O agravo regimental merece ser provido. Existe clara ausência de norma regulamentadora que inviabiliza o exercício da liberdade constitucional de orientação sexual e de identidade de gênero, bem como da liberdade de expressão, sem as quais fica indelevelmente comprometido o livre desenvolvimento da personalidade, em atentado insuportável à dignidade da pessoa humana, que é fundamento do Estado democrático de Direito em que se erige a República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição). A discriminação e o preconceito contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais atinge especialmente determinadas pessoas e grupos, o que macula o princípio da igualdade, e acarreta situação especial de grave vulnerabilidade física, psíquica e social, em violação ao direito à segurança, importantes prerrogativas da cidadania. (MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733/DF (agravo regimental) nº 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 2014, p. 4).

Por essa razão, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República à época, se manifestou no seguinte sentido:

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do agravo, para que se conheça do mandado de injunção e se defira em parte o pedido, para o efeito de considerar a homofobia e a transfobia como crime de racismo e

determinar a aplicação do art. 20 da Lei 7.716/1989 ou, subsidiariamente, determinar aplicação dos dispositivos do Projeto de Lei 122/2006 ou do Projeto de Código Penal do Senado, até que o Congresso Nacional edite legislação específica. (MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733/DF (agravo regimental) nº 4.414/2014-AsJConst/SAJ/PGR. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Brasília, 2014, p. 19-20).

Nesta senda, a importância do provimento é explicada por Sarmento:

O reconhecimento social envolve a valorização das identidades individuais e coletivas. E a desvalorização social das características típicas e do modo de vida dos integrantes de determinados grupos, como os homossexuais, tende a gerar nos seus membros conflitos psíquicos sérios, infligindo dor, angústia e crise na sua própria identidade. (SARMENTO, 2010, p. 146).

Conclui-se com a ideia desenvolvida por Carneiro, que aduz que a evolução da família está se impondo e a sociedade, cedo ou tarde, terá que aceitar o que já existe, contudo faz-se necessário a existência de uma legislação para assegurar a dignidade humana, pois de nada adiantará o respeito à liberdade, se não vale afirmar a igualdade de todos perante a lei. Encerra ainda dizendo que enquanto houver segmentos que sejam alvo da exclusão social, tratamento desigualitário entre homens e mulheres, enquanto a homossexualidade for vista como crime, castigo ou pecado, não se estará vivendo em um Estado Democrático de Direito (CARNEIRO, 2016).

6. Considerações finais

Tendo como base o presente estudo, concluímos que a homossexualidade existe desde os primórdios da humanidade e, apesar de nos depararmos com vários estudos científicos tentando explicar esse fenômeno, tal propósito se afigura como sendo verdadeiramente utópico, afinal, como explicar um traço da personalidade humana, dentre outros milhões que a compõem?

Apesar de não encontrarmos uma explicação lógica para isso, conseguimos perceber ao longo do presente estudo que essa característica é inerente ao próprio ser, e qualquer tentativa no sentido de transmutar, conter, refrear ou dissimular tal característica, fere a própria dignidade da pessoa humana, princípio basilar da nossa Lei Maior.

Dentro de uma sociedade que não respeita e não tem empatia por tudo aquilo ou aquele que é diferente da maioria, os freios morais são uma importante ferramenta para a busca da ordem, da isonomia e da justiça social. As leis, muitas das vezes, assumem esse papel de freio moral, e como tal, impedem que as pessoas vivam em um total desregramento, cada qual com suas próprias convicções de certo ou errado, bom ou ruim, aceitável ou inaceitável.

Nessa perspectiva, o estudo em voga nos levou a firmar o entendimento de que a criminalização da homofobia é uma medida de extrema urgência, pois, num Estado Democrático de Direito, que tem como cânones princípios como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, o respeito às diversidades deve ser o fim máximo a ser perseguido. Ignorar os gritos de socorro da comunidade LGBTQ+, exterminada diariamente no seio de um Estado que se comprometeu a erradicar qualquer forma de discriminação, colocam em xeque os fundamentos da República, pincelados no artigo 1º da nossa Carta Magna.

Nosso Estado está em dívida com essa comunidade, pois lhes prometeram igualdade e liberdade, todavia, se recusa a materializá-las para atender a interesses escusos de uma parcela da sociedade que se nega a enxergar os homossexuais como titulares desses direitos. Nesse cenário de total violência e repressão a essa comunidade, a tipificação dos crimes motivados pela homofobia (*modus operandi*), se manifesta como único meio possível de contenção dessa triste realidade.

Diante disso, qualquer discurso hipotético contrário a essa medida, não merece ouvida, pois o que a lei está se propondo a fazer é tutelar os bens jurídicos mais importantes dos seres humanos, quais sejam, a vida, a liberdade e a dignidade, sendo que a inviolabilidade de crença e de

consciência deve ceder lugar para essa ordem de direitos de primeira geração.

Por todo o exposto, mostra-se imperiosa a criminalização da homofobia, seguida de políticas públicas, como meio de proteção eficaz da população LGBTQ+, posta na linha de frente da mácula do preconceito. Tal medida apenas materializa a célebre ideia do ilustre filósofo Aristóteles (384 a.C/322 a.C), traduzido por Pietro Nasseti: “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade”.

7. Referências

- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 6. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.
- BORRILLO, Daniel. **Homofobia: História e crítica de um preconceito**. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2010.
- BRASIL. **Constituição Federal**. 1988.
- BRASIL. **Decreto-lei 2.848 - Código Penal**. 1940.
- BRITTO, Carlos Ayres. **Preconceito de homofóbico o faz chafurdar no ódio**. Entrevista à Folha de São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ffo407201120.htm>. Acesso em 04 out. 2018.
- BUARQUE, Chico. **O que será (à flor da pele)**. 1976. Disponível em: <https://www.vagalume.com.br/chico-buarque/o-que-sera-a-flor-da-pele.html>. Acesso em: 25 ago. 2018.
- CARNEIRO, Luiza de Souza. **Orientação sexual e o princípio da busca pela felicidade**. Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17714&revista_caderno=9. Acesso em 06 out. 2018.
- CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma criminologia queer. **Revista Sistema Penal & Violência**. Vol. 4, nº 2. Porto Alegre, 2012.

CUNHA, Matheus Antonioda. **Os direitos fundamentais e o direito à livre orientação sexual**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos%20o_leitura&artigo_id=9023. Acesso 10 set. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e os direitos LGBTI**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **União homossexual: O preconceito e a justiça**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI, Regina. **Histórico da luta de LGBT no Brasil**. 2014. Disponível em: http://www.athosgls.com.br/comportamento_visualiza.php?contcod=4049. Acesso em 17 out. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **O princípio da igualdade e o acesso aos cargos públicos**. São Paulo: RPGE, 1979.

FREUD, Sigmund. Em carta escrita em 1935, Freud dizia que homossexualidade não é doença. 1935. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2017/09/21/em-carta-escrita-em-1935-freud-dizia-que-homossexualidade-nao-e-doenca_a_23218458/. Acesso em 12 set. 2018.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Notas para a caracterização epistemológica da teoria dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

GRUPO GAY DA BAHIA. **Banco de dados Hemeroteca Digital – Estatísticas**. Disponível em: <https://homofobiamata.wordpress.com/estatisticas/assassinatos-2012/>. Acesso em: 17 out. 2018.

HARO, Guilherme Prado Bohac de. **A Dignidade da Pessoa Humana: o valor supremo.**

Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/2024/2134>. Acesso em 15 out. 2018.

HUMAN RIGHTS. **Relatórios.** Disponível em: <https://www.hrc.org/blog/new-report-details-epidemic-of-violence-against-transgender-people>. Acesso em 22 set. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Agência IBGE Notícias.**

Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos>. Acesso em: 17 out. 2018.

JUNG, Carl Gustav. **Biografia de Carl Gustav Jung.** 1989. Disponível em:

<https://www.portal.saofrancisco.com.br/biografias/carl-gustav-jung>. Acesso em 10 out 2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 10. ed. São Paulo: Método, 2006.

MANDADO DE INJUNÇÃO 4.733/DF. **Agravo regimental nº 4.414/2014.** Brasília, 2014.

Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/combatehomofobia.pdf. Acesso em 05/11/2018.

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

MASIERO, Clara Moura. **O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais.** Porto Alegre: Criação Humana, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Curso de Direito Constitucional.** 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PESSANHA, Patricia Oliveira Lima. **Discriminação: um panorama legislativo e jurisprudencial da miopia social.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8994.

Acesso 12 set. 2018.

PINTO, Ana Carla Costa. **A criminalização da homofobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.** Monografia. Universidade Presidente Antônio Carlos, Barbacena, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIRES, Diego Bruno de Souza. **Princípio da Igualdade**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2853. Acesso em 25 set. 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAMOS, Luana Moreira Cruz. **A Criminalização da Homofobia**. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

RIBEIRO, Nathalia Lima. **Criminalização de Condutas Homofóbicas como Instrumento de tutela a População LGBT**. Monografia – Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, 2016.

RODRIGUES, Humberto. **O amor entre iguais**. São Paulo: Editora Mythos, 2004.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Ação afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica**. São Paulo: Revista de direito público, 1996.

RUIZ, Thiago. **O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais**. Londrina: Revista De Direito Público, 2006.

SANTIAGO, Maurílio. Tipificação Da Homofobia: Uma Reflexão Ética. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**. 19. ed. Belo Horizonte, 2013 .

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. **Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira teoria da constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei da Câmara nº 122/2006 – Criminaliza a Homofobia**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>. Acesso em 13/10/2018.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 – Novo Código Penal**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em 14/10/2018.

STRECK, Lênio. O ideal normativo da masculinidade - **Cadernos Themis Gênero e Direito**. Porto Alegre: Sulina, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Breves considerações sobre as inserções dos direitos fundamentais e humanos nas constituições brasileiras

*Lilian Mara Pinhon*¹

1. Introdução

É importante relembrarmos a evolução dos Direitos incorporados por um texto Constitucional brasileiro. Afinal, há séculos que os indivíduos almejam uma sociedade mais igualitária, livre e fraterna.

O objetivo da presente pesquisa é contribuir para uma reflexão sobre a evolução das Constituições brasileiras, apresentando algumas características dos textos constitucionais, bem como ressaltar-se-á a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A justificativa do tema decorre da importância que os direitos fundamentais e direitos humanos possuem na vida dos brasileiros, dos migrantes ou dos visitantes que se encontram no Estado Brasileiro.

A problemática apontada é a seguinte: qual Constituição Brasileira torna nuclear o tema dos direitos humanos?

Para isso, o plano de exposição do presente artigo se apresenta organizado em Introdução; posteriormente o Histórico das Constituições Brasileiras de 1824 a 1967 serão destacados; mais adiante, uma análise

¹ Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação *Scricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG, Brasil. Pós-graduada Lato Sensu pela Universidade Candido Mendes em Direito Processual Civil e Processo Cautelar, Rio de Janeiro-RJ, Brasil. Pós-graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e Administrativo em andamento pela Escola Paulista de Direito, São Paulo-SP, Brasil. Advogada. CV Latet: [HTTP://LATTES.CNPQ.BR/3719496630002088](http://LATTES.CNPQ.BR/3719496630002088). E-mail: lilianpinhonadv@hotmail.com

do Processo de Democratização no Brasil e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 merecem a ênfase que será dada, para, por fim, chegar-se às Considerações Finais.

A metodologia aplicada dar-se-á por meio de pesquisa bibliográfica com a utilização da doutrina, textos e artigos científicos que contribuirão para a evolução dos direitos humanos e fundamentais e que demonstram, também, características das referidas Constituições apontadas, bem como a pesquisa documental, vez que se utilizarão os textos constitucionais brasileiros. O presente artigo científico será pautado na pesquisa bibliográfica e documental e partirá de um método dedutivo.

2 Histórico das constituições brasileiras de 1824 a 1967

2.1 Constituição política do império do Brasil

A origem da evolução constitucional brasileira se dá no período colonial. A primeira Constituição, única monárquica, foi estruturada pela Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, outorgada pelo imperador Dom Pedro I. Aludida Constituição teve um período de vigência de 65 anos, 7 meses e vinte dias.

Um fato marcante que antecedeu a Constituição Imperial foi a proclamação da Independência em 07 de setembro de 1822, da qual surgiu o Estado brasileiro sob a forma de governo imperial. “Proclamada a Independência, o problema da unidade nacional impõe-se como o primeiro ponto a ser resolvido pelos organizadores das novas instituições” (SILVA, 2017, p. 76). Ademais, era necessário observar o disposto no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que dispõe: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

A Constituição do Império foi marcada pelo contexto extremamente liberal-burguês, bem como impregnada pela matriz constitucional francesa. Sob a presidência do Bispo Capelão-Mor, D. José Caetano da Silva

Coutinho, e com a participação decisiva do assim denominado “artífice da independência”, foi instalada, em 3 de maio de 1823, a primeira Assembleia Constituinte do Brasil (SARLET, 2017). Consoante Silva (2017, p. 76) anuncia, os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa imensa e difícil. Afinal, precisavam conseguir construir a unidade do poder segundo princípios que não toleravam o absolutismo. Sendo que o autor supracitado continua informando que:

E conseguiram-no, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império. ‘É [como nota Oliveira Vianna] uma edificação possante, sólida, maciça, magnificamente estruturada, constringindo rijamente nas suas malhas resistentes todos os centros provinciais e todos os nódulos de atividade política do país: nada escapa, nem o mais remoto povoado do interior, à sua compressão poderosa’ (SILVA, 2017, p. 76).

Por outro lado, Bonavides e Andrade (2002, p. 15) assinalam que: “[...] A verdadeira Constituição imperial não estava no texto outorgado, mas no pacto selado entre a monarquia e a escravidão. O Brasil era uma sociedade dividida entre senhores e escravos, sendo o monarca o primeiro desses senhores [...]”.

O artigo primeiro da Constituição Imperial estabelecia que o Império do Brasil era a associação Política de todos os cidadãos brasileiros. Eles formavam uma nação livre e independente, que não admitia qualquer outro laço de união ou federação que se opusesse a sua independência. Em relação à organização do Estado, conforme artigo 2º da referida Constituição, o que existia era somente províncias desprovidas de autonomia.

De acordo com o artigo 10 da Constituição Imperial, os Poderes Políticos eram quatro: o Poder Legislativo, o Moderador, o Executivo e o Judicial. Ademais, a referida Constituição foi a única semirrígida, conforme artigo 178, o qual informava que somente é constitucional o que diz respeito aos limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, aos direitos políticos e individuais dos Cidadãos. Tudo que não é consti-

tucional poderá ser alterado sem as formalidades referidas, através das legislaturas ordinárias.

O *caput* do artigo 179 da Constituição Imperial trazia alguns direitos individuais e dispunha que a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tinham por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, era garantida pela Constituição do Império de acordo com o que constava nos incisos I a XXXV. Ademais, nos incisos XXXI, XXXII e XXXIII do artigo 179 da Constituição do Império estavam previstos os Direitos de cunho social. Por outro lado, quanto aos incisos do artigo 179 da Constituição Imperial, Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 212) opinam que:

Nos incisos eram arrolados vários direitos compreendidos atualmente como fundamentais, mas todos ou, no mínimo, a grande maioria de natureza puramente individual, característica da filosofia liberal individualista que prevalecia no período. Não havia, como é obvio, previsão de tutela jurídica de direito coletivo. É contraditório falar em direitos fundamentais no plano da Constituição imperial, surgida em contexto no qual se mantinha a escravidão.

Para Sarlet (2017) foi somente por ocasião do período regencial que a Constituição principiou a se legitimar materialmente, como texto constitucional que concedia liberdades e limitava poderes, mais notadamente a partir da abdicação do Imperador, em 7 de abril de 1831, e da institucionalização da primeira reforma constitucional, levada a efeito pelo ato adicional veiculado pela Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834.

Enfim, a Constituição Imperial perdurou por 65 anos, até que ocorreu em 1889 a Proclamação da República. Durante essa época presenciava-se a ocorrência dos privilégios da nobreza, do sufrágio censitário e do regime escravocrata. Entretanto as declarações das liberdades públicas influenciaram as Constituições que se seguiram.

2.2 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891.

Mediante a edição do Decreto nº 1, do Governo Provisório, liderado por Marechal Deodoro da Fonseca, após o golpe de Estado de 1889, a Proclamação da República foi formalizada e foi o ponto de partida jurídico-político da primeira República Federativa do Brasil.

Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e vigorou até 1930. No artigo primeiro da referida Constituição estava previsto que “A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.”.

Com a segunda Constituição brasileira, o Poder Moderador foi extinto. Portanto, em relação às organizações dos Poderes, o artigo 15 deixava claro que: “são órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”. “O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo” (SILVA, 2017, p. 82).

Para Bastos (2000, p. 109) a Constituição de 1891 trouxe uma conquista importante no terreno das garantias constitucionais que não constavam no texto da Constituição Imperial. O autor supracitado continua informando que:

A Constituição Federal de 1891 se vê aclamada pelo utilíssimo ‘Habeas Corpus’, instrumento jurídico de grande valia na repressão às prisões indevidas e aos atentados ao direito de locomoção em geral. Ele não era desconhecido em nosso direito. Na verdade fora introduzido pelo Código Criminal de 1830, traduzindo-se em ato de grande importância, sendo agora guindado ao Texto Maior (BASTOS, 2000, p. 109).

Assim, o *habeas corpus* foi inserido no § 22 do artigo 72 da Constituição da República de 1891, o qual dispunha que o referido instrumento

seria dado a alguém que sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. Mas, segundo Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 213) a referida Constituição era “[...] representativa de uma filosofia liberalista, em que prevaleceram a força e o prestígio dos coronéis, sendo mais influência de juristas do que um diploma para atender as reais necessidades sociais.”.

Na seção II, da Constituição da República de 1934, estava presente a “Declaração de Direitos”, sendo que no artigo 72, *caput*, constava que a Constituição assegurava aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos referentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos dos parágrafos I a XXXIV. Com o artigo 78 da Constituição de 1891 notava-se que os Direitos tutelados no artigo 72 da referida Constituição não eram exaustivos, pois estava disposto que: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.”.

Como se tratava de um diploma liberal individualista, a Constituição de 1891 excluiu do texto Constitucional alguns Direitos de cunho social presentes na Constituição do Império, tais como: o direito à assistência social (socorros públicos), o direito à instrução primária gratuita, bem como o acesso aos colégios e universalidades para o ensino das ciências, belas-artes e letras. Ademais, Silva (2017, p. 82) informa que a Emenda Constitucional de 1926 não foi capaz de adequar a Constituição formal à realidade, nem impedir que prosperasse a luta contra o regime oligárquico dominante.

Portanto, nota-se que com a Constituição da República de 1891 a tutela dos direitos sociais não estava prevista no texto, bem como não se utilizava em momento algum quanto aos direitos individuais a expressão “Direitos fundamentais”.

2.3 Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934.

Aspectos graves, como o domínio das oligarquias, a fraude eleitoral institucionalizada, a crise econômica financeira de 1929 e o surgimento da classe operária que estava descontente devido ao processo de industrialização, estimulado pela Primeira Guerra, ensejaram a ruína da República de 1891. Surge a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil que foi elaborada pela Assembleia Constituinte convocada pelo chefe do governo provisório, Getúlio Vargas.

Para Sarlet (2017) a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, apesar de ter vigorado por pouco tempo, foi fruto do movimento de 1930 e da Revolução Constitucionalista de 1932, sendo que pode ser apontada como um momento constitucional que marcou a introdução do constitucionalismo social no Brasil. Inscreveu-se um Título sobre a “Ordem Econômica e Social” (artigos 115/143) e outro sobre “Da família, Da educação e Da cultura” (artigos 144/147), “com normas quase todas programáticas, sob a influência da Constituição alemã de Weimar” (SILVA, 2017, p. 84).

No artigo primeiro a Constituição de 1934 inseriu que “A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.”. No artigo 2º da referida Constituição, estava inserto que “Todos os poderes emanam do povo e em nome dele são exercidos.”.

Na Constituição de 1934, no título III, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo I, estavam insertos os “Direitos Políticos” e no Capítulo II estavam dispostos “Dos Direitos e das Garantias Individuais”. Conforme previa a Constituição de 1934, no artigo 113, *caput*: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes”. No artigo 113, nº 33 ficou assegu-

rado o mandado de segurança. Já no artigo 113, nº 38, da referida Constituição estava determinado que: “Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.”. Assagra Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 214) ressaltam que a ação popular foi criada como instrumento constitucional de tutela jurisdicional de espécie de direito coletivo pelo cidadão. Pois, apesar da ação popular ter originado com a Constituição imperial de 1824, artigo 157, a garantia lá disposta voltava-se somente para a tutela penal (Assagra Almeida e Coelho de Almeida, 2010, p. 214-215). Além do mais, o mandado de segurança foi previsto na Constituição de 1934 no artigo 113, nº 33. Ademais, conforme artigo 114 da referida Constituição: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.”.

No artigo 115 da Constituição de 1934 foi inserido que: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”. Por mais progressista que tenha sido o projeto constitucional, principalmente em matéria de direitos sociais, praticamente não teve chance de se afirmar na vida cotidiana política, social e econômica do Brasil, em virtude de golpe ocorrido “[...] em 10 de novembro de 1937, pelo próprio líder do movimento revolucionário que esteve na base do texto de 1934, acabou sendo substituída de forma autoritária, dando lugar ao Estado Novo, pouco mais de três anos após sua entrada em vigor” (SARLET, 2017).

No Título IV, “Da ordem Econômica e Social” foram prescritos os direitos dos trabalhadores, conforme artigo 121 que dispunha: “A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País.” Sendo que no § 1º, da alínea “a” e “d”, do artigo 121, estão consequentemente os preceitos para uma melhor condição do trabalho como o salário mínimo de caráter

regional, bem como a proibição do trabalho infantil. No título V, do Capítulo II, “Da Educação e da Cultura”, no artigo 49 da Constituição de 1934 ficou estabelecida que:

A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

Nota-se que a Constituição de 1934 avançou em relação a alguns direitos sociais, apesar da menor vigência em nosso país: 3 anos, 3 meses e 24 dias. Sendo um documento de compromisso entre o intervencionismo e o liberalismo, tanto os direitos individuais como os sociais estiveram lado a lado.

2.4 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, apelidada de “Polaca”, originou-se do Estado Novo. Isto é, a ditadura, que perdurou por anos, até que teve fim com a redemocratização com o texto de 1945. A solicitação de uma nova Constituição foi feita por Getúlio Vargas a Francisco Ramos. A Constituição de 1937 acaba sendo outorgada por meio de um golpe de Estado.

A Constituição de 1937 é resultado de uma corrente de pensamento que introduziu, “[...] na época, um corte nas perspectivas de mudança e de justiça social no País, constituindo-se em um Diploma absolutista que inspirou e justificou as outras Cartas Constitucionais autoritárias (1967 e 1969) e fomentou a ditadura militar” (ASSAGRA DE ALMEIDA; COELHO DE ALMEIDA, 2000, p. 216). Para Bastos (2000, p. 126) a Carta autoritária de 1937 nunca chegou a viger, pois dependia de um plebiscito que jamais ocorreu. Já Silva (2017, p. 85) informa que a Constituição de 1937 não teve aplicação regular, pois inúmeros dispositivos permaneceram letra morta. “Houve ditadura pura e simples, com todo o Poder Executivo

e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República, que legislava por via de decretos-leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo” (SILVA, 2017, p. 85).

O artigo primeiro da Constituição de 1937 dispunha que: “O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade.” Por causa do forte Poder do Executivo, pois foi atribuído a este uma intervenção mais ampla na elaboração das leis, bem como assegurada a possibilidade da expedição de decretos-leis em todas as matérias de competência da União, durante o tempo em que não fosse reunido o Congresso Nacional, de acordo com o artigo 13. Consequentemente, conforme Assagra de Almeida e Coelho Almeida (2000, p. 216) ressaltam, “[...] o regime implantado e a centralização de poderes absolutos no Executivo desmentiam o próprio teor do artigo [...]” primeiro da Constituição de 1937.

Em relação aos “Direitos e Garantias Individuais”, o artigo 122 dispunha que: “A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos [...]” dos números 1º ao 17. Entretanto, o nº 15 estabelecia que: “todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.” Bem como no artigo 139, “Da Ordem Econômica” estava inserido que: “A greve e o lock-out são declarados anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da população nacional.”. O que demonstra que a Constituição de 1937 possuía cunho autoritário e repressivo. Nota-se que no que se refere aos “[...] direitos e garantias individuais, deveriam ser exercidos nos limites do bem público, das necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como das exigências da segurança da Nação e do Estado (art. 123)” (SARLET, 2017). Ademais, para Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2000, p. 217) o texto constitucional:

Apesar de dispor sobre alguns direitos sociais, especialmente trabalhistas, a Carta de 1937 não previa a proteção do Direito Coletivo, em um sentido amplo, não utilizava, como era de esperar, a expressão ‘direitos fundamentais’. Em síntese, ela representou um grande retrocesso em relação às garantias constitucionais, tais como a supressão da ação popular e do mandado de segurança do plano constitucional.

Em suma, a Constituição de 1937 foi um texto constitucional afastado de qualquer legitimidade democrática. Afinal, nota-se o caráter ditatorial, com enormes poderes concentrados na mão do Presidente, bem como um retrocesso em relação às garantias constitucionais.

2.5 Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, foi decretada pela Assembleia Constituinte. O texto constitucional demonstrava uma reação contra a ditadura e os regimes centralizadores.

A derrocada dos regimes autoritários e o fim da Segunda Guerra Mundial influíram sobre os acontecimentos políticos brasileiros, desgastando as bases ditatoriais do Estado Novo (MENDES; BRANCO, 2017). Em outubro de 1945 Vargas foi deposto, e em fevereiro de 1946 a Assembleia Constituinte foi instalada. A Constituição de 1946 foi promulgada em 18 de setembro.

Para Silva (2017, p. 87), ao contrário das outras Constituições, as normas da Constituição de 1946:

[...] não foi elaborada com base em um projeto preordenado, que se oferecesse à discussão da Assembleia Constituinte. Serviu-se, para sua formação, das Constituições de 1891 e 1934. Voltou-se, assim, às fontes formais do passado, que nem sempre estiveram conformes com a história real, o que constituiu o maior erro daquela Carta Magna, que nasceu de costa para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal. Talvez isso explique o tato de não ter conseguido realizar-se plenamente. Mas, assim mesmo, não deixou de cumprir sua tarefa de redemocratização, proporcio-

nando condições para o desenvolvimento do país durante os vinte anos em que o regeu.

Conforme Zambone e Teixeira (2012, p. 63) explanam, a Constituição de 1946 “[...] restabeleceu no país o Estado Democrático de Direito e promoveu uma repartição mais adequada das competências legislativas e materiais entre as pessoas políticas.”.

Estabelecia o artigo 1º da Constituição de 1946 que: “Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República. Todo poder emana do povo e em seu nome será exercido.”. Consta no Título IV, “Da Declaração de Direitos”, da referida Constituição, dois Capítulos: o primeiro intitulado, “Da Nacionalidade e da Cidadania”, artigos 129 a 140, e o segundo, “Dos Direitos e Das Garantias Individuais”, artigos 141 a 144. A referida Constituição no artigo 141 dispunha que: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos [...]” termos do parágrafo 1º ao 38. No artigo 141, § 4º da Constituição de 1946 ficou disposto que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”. No artigo 141, § 24 e § 38 da Constituição de 1946 nota-se que foi restabelecido o instrumento constitucional da ação popular e do mandado de segurança. Já o artigo 144 deixou claro que: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos direitos que ela adota.”.

Segundo Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2000, p. 218), apesar de alguns avanços na Constituição de 1946, não ocorreu a preocupação com a tutela integral e ampla do direito coletivo. Observa-se que o artigo 146 da referida Constituição dispôs que: “A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.”. Para Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2000, p.

218) não obstante a Constituição de 1946 “[...] utilizar da expressão ‘direitos fundamentais’, consagrada na Revolução Francesa nos finais do século XVIII, ela não o fazia com o destaque merecido [...]”. Por outro lado, Sarlet (2017) pontua que apesar da Constituição de 1934 garantir mais direitos sociais, na Constituição de 1946 os direitos sociais insertos nos artigos 145 a 162 também foram objeto de proteção, principalmente no campo trabalhista, que por fim, reafirmou o direito de greve.

Importante destacar que a Constituição de 1946 explicitamente citou a Amazônia no artigo 199, senão vejamos: “Na execução do plano de valorização econômica da Amazônia, a União aplicará, durante, pelo menos, vinte anos consecutivos, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária.”. Ademais, no parágrafo único está inserto que: “Os Estados e os Territórios daquela região, bem como os respectivos Municípios, reservarão para o mesmo fim, anualmente, três por cento das suas rendas tributárias. [...]”. Sarlet (2017) destaca que a Constituição de 1946 estabeleceu na ordem social e econômica um plano de recuperação e singular proteção da região Amazônica e do Nordeste, particularmente pelos problemas socioeconômicos oriundos dos períodos de secas, através da aplicação de percentuais do orçamento tributário da União.

Em suma, apesar de alguns avanços em relação aos direitos sociais com a Constituição de 1946, principalmente no campo dos direitos trabalhistas, nota-se que grande parte dos direitos fundamentais elencados na referida Constituição fora incorporado com as Constituições de 1891 e 1934.

2.6 Constituição da república federativa do brasil de 1967 e a emenda constitucional

Em 24 de fevereiro de 1967 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Quando Marechal Arthur da Costa e Silva assumiu o poder, a referida Constituição entrou em vigor em 15 de março de 1967. Essa Constituição foi produto do período autoritário que começou com o golpe militar de 1964.

Está inserto no artigo 1º da Constituição de 1967 que “O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”. Apesar de ter sido formalmente promulgada, conforme Silva (2017, p. 89) ressalta, a Constituição de 1967 é mais autoritária que as anteriores, com exceção da Constituição de 1937. Afinal, reduziu a autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e das garantias constitucionais. Como principais características a Constituição de 1967, especialmente, preocupou-se com a segurança nacional e a União e ao Executivo foram concedidos vários poderes. Zambone e Teixeira (2012, p. 258) destacam que uma significativa limitação os direitos individuais sofreram, particularmente após a edição do Ato Adicional nº 5, apesar da Constituição ter garantido categoricamente os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 219) informam que a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01/1969² são sequelas de períodos de complexos danos aos direitos fundamentais no país. Piovesan (2013, p. 90) ressalta que a Constituição de 1967 tratava, primeiramente, do Estado, para apenas então, disciplinar os Direitos. Para Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 219) o período pode ser distinguido “[...] muito mais como um retrocesso, torturas, perseguição, exílio, enfim, de desconsideração aos direitos fundamentais, como a vida, a dignidade humana, as liberdades públicas etc. do que de proteção.”.

Nota-se que no Capítulo II, “Dos Direitos Políticos”, artigo 144, inciso 1, alínea “a” e “b” e inciso II, alíneas “a”, “b” e “c” constava que os Direitos políticos dos cidadão poderiam ser objeto de suspensão ou perda. Já no Capítulo IV da Constituição de 1967 consta “Dos Direitos e Garantias Individuais”, sendo que o artigo 150, *caput*, dispõe que aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a Constituição assegura a

² No presente trabalho não será valorado a discussão sobre a Emenda Constitucional 01/1969 ser ou não uma nova Constituição, substituindo por completo a Constituição de 1967.

inviolabilidade dos Direitos referentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos dos § 1º ao § 35. Vários aspectos em relação à liberdade sofreram redução significativa, como por exemplo o § 8º do artigo 50 da referida Constituição informava que a manifestação de pensamento estava sob censura em relação aos espetáculos de diversões públicas. Ademais, o AI 5 de 1968, artigo 10, suspendeu a garantia do *habeas corpus* “[...] nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.

Os direitos dos trabalhadores na Constituição de 1967 foram definidos mais minuciosamente. Afinal, nos direitos sociais foram acrescentados o salário-família (artigo 158, II), o fundo de garantia por tempo de serviço como alternativa à estabilidade (158, XIII), a previdência social para as situações de doença, velhice, invalidez e morte (artigo 158, XVI), aposentadoria para a mulher aos trinta anos de labor (artigo 158, XX), etc. Ocorre que no artigo 157, § 7º, da referida Constituição, constou a ilegalidade do exercício de greve nos serviços públicos e atividades essenciais, estando mantida autorização para outros casos.

Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 220) enfatizam que a EC 01/1969 manteve grande parte da Constituição de 1967, retificando-a, em diversos pontos, “[...] naquilo que confirmava a política de imposição autoritária própria do regime militar.”. Ademais, o Presidente Costa e Silva é declarado temporariamente impedido do exercício da Presidência pelo AI 12, de 31 de agosto de 1969. Conseqüentemente, o complemento do preparo da EC nº 1 à Constituição de 1967 foi atribuído ao exercício do Poder Executivo, Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar (SILVA, 2017, p. 89).

Em suma, a Constituição de 1967 ressaltava a organização nacional e os Direitos estabelecidos ficaram em segundo plano, bem como ocorreu a supressão dos direitos fundamentais como em determinados casos o *habeas corpus*. Portanto, era necessária a luta pela normalização democrática e a Constituição de 1988 veio para mudar o cenário brasileiro.

3 O processo de democratização no Brasil e a constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Deflagrou-se o processo de democratização no Brasil após o longo período de vinte e um anos de regime militar ditatorial, o qual permaneceu de 1964 a 1985. Em 05 de outubro de 1988 a Constituição da República Federativa do Brasil é promulgada, e conforme consta no preâmbulo da referida Constituição, o Estado Democrático é instituído.

Piovesan (2013, p. 84) explica que:

Ainda que o processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário – em face de dificuldades em solucionar problemas internos –, as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social. Tal processo culminou, juridicamente, na promulgação de uma nova ordem constitucional- nascia assim a Constituição de outubro de 1988.

As Constituições anteriores à de 1988 eram repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. “Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada” (BARROSO, 2005, p. 6). Assagra de Almeida e Coelho de Almeida (2010, p. 222) destacam que a CRFB/1988, sem sombra de dúvida, constitui a consagração de conquistas jurídicas, sociais e políticas, sendo as mais notáveis da história do país e as mais transformadoras. “É um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial” (SILVA, 2017, p. 91).

Segundo Sarlet (2017) em relação às características da Constituição de 1988, além do seu perfil analítico e casuístico, referida Constituição

pode ser considerada como a mais democrática e avançada em nossa história constitucional, quer em virtude do seu processo de elaboração, quer em função da experiência acumulada em relação aos fatos constitucionais pretéritos. O artigo 1º da CRFB/1988 dispõe que: “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 dentre os fundamentos”, conforme inciso III e V, “a dignidade da pessoa humana” e o “pluralismo político”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) trouxe um inquestionável avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais, bem como na proteção dos setores vulneráveis da sociedade brasileira. Os direitos humanos, a partir da Constituição de 1988, ganham relevo extraordinário e conseqüentemente a CRFB/1988 se situa como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos em nenhum momento adotado no Brasil (PIOVESAN, 2013, p. 84).

A CRFB/1988 inclui entre os direitos constitucionalmente protegidos os direitos declarados nos tratados internacionais de que o Brasil faz parte, conforme artigo 5º, § 2º, da Constituição de 1988. Observa-se que a Constituição de 1967 apenas estabelecia que: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”. Verifica-se que a Constituição de 1988 interage com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

A CRFB/1988 “[...] prevê, além dos direitos individuais, os direitos coletivos e difusos – aqueles pertinentes a determinada classe ou categoria social e estes pertinentes a todos e a cada um” (PIOVESAN, 2013, p. 91). Portanto, “[...] cabe considerar que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, colocando-se entre as Constituições mais avançadas no mundo no que diz respeito à matéria” (PIOVESAN, 2013, p. 85). Ademais.

O Título II da Constituição de 1988 trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, estando dividido em Capítulos. Estes são: Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos); Capítulo II (Dos Direitos Sociais); Capítulo III (Da Nacionalidade); Capítulo IV (Dos Direitos Políticos); Capítulo V (Dos Partidos Políticos). O artigo 5º, *caput*, informa 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, nos termos seguintes”. É importante destacar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto a ser garantido os Direitos elencados no artigo 5º, *caput*, até mesmo ao estrangeiro não residente no país, conforme consta no informativo 502 do Supremo.

“Os direitos sociais tiveram sua previsão ampliada e compatível com os objetivos atribuídos ao Estado brasileiro, a erradicação da pobreza, o desenvolvimento nacional e a diminuição das desigualdades regionais e sociais” (ZAMBONE; TEIXEIRA, 2012, p. 66-67). Ademais, “[...] resta inegável a condição de fundamentalidade dos direitos sociais” (MENEGETTI; SILVA; COSTA, 2018, p. 252).

A Constituição de 1988 ressalta no artigo 225, *caput*, que todos os indivíduos devem ter “[...] direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo para as presentes e futuras gerações.”. Ademais, no § 4º do artigo 225 da CRFB/1988 está disposto que:

A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Nota-se a preocupação, no artigo 225, *caput*, e no § 4º, da Constituição de 1988, com o direito difuso. Afinal, o meio ambiente é reconhecido como um bem pertencente a todos e é essencial que o Poder

Público e a coletividade respeitem e preservem os bens considerados como patrimônios nacionais.

Mazzuoli (2017, p. 29) informa que a Constituição de 1988 empregou as expressões direitos fundamentais e direitos humanos com total justeza técnica. Afinal, conforme o doutrinador supracitado detalha:

Quando o texto constitucional brasileiro quer fazer referência, mais particularmente, aos direitos nele previstos, adota a expressão ‘direitos fundamentais’, como faz no art. 5.º, § 1.º, segundo o qual ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Por sua vez, quando o mesmo texto constitucional se refere às normas internacionais de proteção da pessoa humana, faz alusão à expressão ‘direitos humanos’, tal como no § 3.º do mesmo art. 5.º, segundo o qual ‘os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais’. Quando a Constituição pretende se referir, indistintamente, aos direitos previstos pela ordem jurídica interna e pela ordem jurídica internacional, não faz menção direta a nenhuma das expressões. Foi o que fez no § 2.º do art. 5.º, assim redigido: ‘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’ (MAZZUOLI, 2017, p. 29-30).

“O Texto Constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos, fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional”, conforme Piovesan (2013, p. 90) expôs. No artigo 4º, *caput*, da Constituição de 1988 está inserto que: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios”. Dentre eles pode-se apontar a “prevalência dos direitos humanos”. Ademais, no artigo 4º, parágrafo único, da referida Constituição, está exposto que: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.”.

“Ao romper com a sistemática das Cartas anteriores, a Constituição de 1988, ineditamente, consagra o primado do respeito aos direitos humanos, como paradigma propugnado para a ordem internacional” (PIOVESAN, 2013). “A Constituição da República Federativa do Brasil assegura um diálogo entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, o que contribui para a afirmação de que os direitos humanos estão insertos na Constituição de 1988” (PINHON, 2018, p. 289). Ademais, importante ressaltar que comungamos o mesmo pensamento do doutrinador Mazzuoli (2017, p. 27) quando informa que os direitos humanos são “[...] direitos que já ultrapassaram as fronteiras estatais de proteção e ascenderam ao plano da proteção internacional.”. Enquanto que os direitos fundamentais são “[...] direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta” (MAZZUOLI, 2017, p. 27).

Portanto, a Constituição de 1988 constitui-se em Estado Democrático de Direito. Seu texto constitucional passou a possuir força normativa e a garantir os direitos fundamentais e os direitos humanos em prol da prevalência do ser humano.

4. Considerações finais.

Refletir sobre o histórico das Constituições brasileiras nesta contemporaneidade é essencial para que os erros não sejam repetidos. Afinal, a humanidade luta contra o autoritarismo, as atrocidades ocorridas durante décadas, o que não é diferente com a sociedade brasileira. A luta pela preservação dos direitos humanos e pelos direitos fundamentais abrange os desdobramentos das Constituições brasileiras.

A Constituição de 1824 foi outorgada pelo imperador Dom Pedro I, em 25 de março. No texto constitucional foram assegurados expressamente os direitos fundamentais, tais como: Direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade. Foi a única Constituição que instituiu o Poder Moderador. Referida Constituição foi marcada por um

grande liberalismo que se apresentava, principalmente, no rol dos direitos individuais. Contudo, persistia a monarquia e a escravidão. O que se passava na história da sociedade brasileira era que os privilégios e os “Direitos” se mantinham para determinados indivíduos.

A segunda Constituição brasileira foi promulgada em 24 de fevereiro de 1891. No campo da “Declaração dos Direitos” tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país eram delineados direitos individuais. Com a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, notava-se que o prestígio dos coronéis prevalecia, apesar da ampliação dos direitos individuais, como por exemplo, a previsão do remédio constitucional denominado “habeas corpus”. Ademais, alguns direitos sociais foram excluídos com a referida Constituição, como por exemplo, não mais existia o direito à assistência social.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934 foi promulgada e significativos avanços representados, principalmente em relação aos direitos sociais, apesar do período de vigência do texto constitucional ter sido apenas de 3 anos, 3 meses e 24 dias. Com o novo texto constitucional a educação passou a ser direito de todos e vários Direitos dos trabalhadores foram prescritos. Em relação aos direitos individuais foram acrescentados os Direitos concernentes à subsistência como assegurado aos brasileiros e aos estrangeiros. Consequentemente, pode o Direito à subsistência ser interpretado como o Direito à vida, no contexto histórico e social da época. Ademais, nota-se que a referida Constituição previu o mandado de segurança, bem como o cidadão era parte legítima para pleitear a ação popular. No campo do direito social, pode-se notar que ficou estabelecido que a educação era direito de todos e dentre os Direitos dos trabalhadores estavam o salário mínimo de caráter regional e a proibição do trabalho infantil.

A quarta Constituição brasileira foi outorgada em 10 de novembro de 1937. A Constituição dos Estado Unidos do Brasil, de 1937 vigorou por 8 anos, 10 meses e 7 dias e demonstrou uma supressão dos Direitos conquistados em algumas Constituições anteriores. Com seu caráter ditatorial

advindo do Estado Novo, não ocorreu o plebiscito e conseqüentemente para alguns constitucionalistas, referida Constituição jamais entrou em vigor. Quanto aos direitos fundamentais ficou assegurado aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil o Direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes da referida Constituição. Contudo, a manifestação do pensamento era limitada, assim como o locaute e a greve foram apontados com uma incompatibilidade com os superiores interesses da produção nacional. Ademais, extinguiu-se o mandado de segurança e a ação popular do plano constitucional.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 foi fruto da re-democratização do Brasil, marcando o fim do Estado Novo. O Marechal Eurico Gaspar Dutra é eleito presidente, e em 18 de setembro de 1946 a mencionada Constituição foi promulgada. Restrições marcadas pela Constituição de 1937 foram corrigidas pela Constituição de 1946. Foram restabelecidos a ação popular e o mandado de segurança. Ademais ficou assegurado como Direitos aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil, o Direito à vida. Ficou consignado na mencionada Constituição, no artigo 144, a cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais. Ademais, deixou mencionado um plano de valorização econômica da Amazônia. Na área trabalhista obteve avanços, como por exemplo o direito de greve. Entretanto, muito dos Direitos presentes no texto constitucional eram provenientes das Constituições de 1891 e de 1934.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967 foi formalmente promulgada em 24 de janeiro e seu período de vigência foi por 21 anos, 6 meses e 19 dias. Referida Constituição apresentou preocupação com a segurança nacional, afinal foi elaborada sob o respaldo da ditadura militar. Com a mencionada Constituição os cidadãos poderiam perder ou ter seus direitos políticos suspensos. Reduções relevantes foram sentidas em relação à liberdade, como por exemplo a ocorrência da censura em relação aos espetáculos de diversões públicas quanto à manifestação de pensamento. Mas nota-se que os Direitos dos trabalhadores foram definidos mais detalhadamente, acrescentando, como exemplo o salário-

família. Com a Emenda Constitucional 01 de 1969, partes da Constituição de 1967 foram mantidas, confirmando-se que os direitos fundamentais estavam em segundo plano.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada em 5 de outubro. Foi instituído o Estado Democrático de Direito, e o texto constitucional passou a possuir força normativa. Referida Constituição voltou-se para a proteção dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Ademais, os direitos humanos ganharam uma grande importância com o texto constitucional. Afinal, ficou consignado dentre os princípios internacionais que regem a República Federativa do Brasil a “prevalência dos direitos humanos” e com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais desde que preenchidos os requisitos presentes no artigo 5º, § 3º da Constituição de 1988.

Em suma, os direitos fundamentais são ampliados com a Constituição de 1988. Aos Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, cabem respeitar o texto constitucional. Os direitos fundamentais foram ampliados, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes ou não no Brasil, conforme jurisprudência dominante do Supremo, e os indivíduos são iguais perante a Lei. Dessa forma são garantidos os direitos fundamentais e os direitos humanos. Afinal, estes direitos humanos tornaram-se nucleares com a Constituição de 1988.

5. Referências

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório; COELHO DE ALMEIDA, Flávia Vigatti. Os direitos ou interesses coletivos no Estado Democrático de direito brasileiro. **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional**. In: SALIBA, AzisTuffi; ALMEIDA, Gregório Assagra de; Gomes Júnior, Luiz Manoel Gomes (Orgs.). v. 2. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010, p. 209- 245.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. 4. ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do império do Brasil, de 25 de março de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1891). **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. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da república federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 jun. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo STF nº 502. Brasília, DF, 14-18 abril de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo502.htm>. Acesso em: 26 nov. 2018.

BRASIL. **Declaração de direitos do homem e do cidadão, de 1789**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 26 nov. 2018.

- BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito** (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Direito de Administrativo. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun., 2005, p. 1-42.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues; SILVA, Pedro Henrique Carvalho; COSTA, Fabrício Veiga. A ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível na efetivação dos direitos sociais. COSTA, Fabrício Veiga; GOMES; Magno Federici; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Orgs.). **Comemoração dos 30 anos da Constituição Democrática de 1988: do público ao privado**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 235-254.
- PINHON, Lilian Mara. Os trinta anos da constituição da república federativa do Brasil: um compromisso com os direitos humanos. COSTA, Fabrício Veiga; GOMES; Magno Federici; MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais (Orgs.). **Comemoração dos 30 anos da Constituição Democrática de 1988: do público ao privado**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, p. 281-305.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- ZAMBONE, Alessandra Maria Sabatine; TEIXEIRA, Maria Cristina. Os direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista do Curso de Direito**, v. 9, 2012. p. 51-69.

Doenças contemporâneas da psique – depressão e síndrome do pânico – e a (in)exigência de perícia especializada para fins de concessão de benefícios assistenciais e previdenciários

Caroline Gentil Rodrigues ¹

1. Introdução

As pessoas acometidas das doenças da psique, tais como depressão e síndrome do pânico, têm se deparado com elevada dificuldade de ver reconhecido seu direito a benefícios assistenciais e previdenciários, decorrentes de incapacidade ou deficiência em razão do procedimento adotado para o diagnóstico na ocasião das perícias médicas que avaliam a funcionalidade do sujeito. Essas perícias, no âmbito autárquico, se realizam mediante o preenchimento de formulários em que os médicos atribuem pontuação de acordo com a análise que fazem da condição do segurado. Ao final, a depender da pontuação alcançada, a incapacidade ou deficiência é reconhecida ou não e, então o benefício será concedido ou negado.

No âmbito jurídico, o perito atua com maior liberdade na verificação da incapacidade ou deficiência, porém, há grande discussão acerca da necessidade de este profissional possuir título de especialização. Consequentemente à controvérsia acerca da especialização em sede judiciária, tem-se

¹Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade Verbo Educacional – RS. Advogada.

aquela correlata à legalidade processual em razão do modo de produção da prova técnica e sobre as possíveis violações a direitos fundamentais.

Nesse diapasão, a presente pesquisa é necessária para analisar a (des)necessidade de realização de perícia por especialista em psiquiatria para fins de concessão de benefícios em decorrência de incapacidade ou deficiência em razão de depressão ou síndrome do pânico, tanto na esfera autárquica, quanto na esfera jurisdicional, e as consequências jurídicas da resposta ao problema.

Para tanto, verificar-se-á quem são as pessoas enfoques deste trabalho, observando os conceitos e denominações legais atribuídos à deficiência e à incapacidade.

Demonstrar-se-á as causas, concausas, sintomas, dificuldade e complexidade de diagnósticos de depressão e da síndrome do pânico, bem como o aumento no número de pessoas atingidas pelas doenças, tudo com base em dados da Organização Mundial de Saúde e de bibliografias destinadas ao estudo da Psicopatologia e Semiologia.

Dividir-se-á a análise processual em administrativa e judicial, analisando pontualmente todo o procedimento pericial realizado em ambas as esferas. No tópico destinado ao estudo do processo judicial, será discutido sobre os princípios processuais constitucionais e de natureza processual legal, bem como sobre a Teoria das Provas. Nesse ponto abarcar-se-á a problemática acerca da (des)necessidade de realização de perícia por médico especialista para fins de deferimento dos benefícios previdenciários e assistenciais.

O tema problema consiste na investigação da existência de prejuízo de acesso a benefícios previdenciários e assistenciais às pessoas acometidas de depressão e síndrome de pânico, em razão da deficiência ou incapacidade decorrente da doença, diante da realização de perícia por médico alheio à psiquiatria.

Como hipótese tem-se por indispensável a realização de exame pericial por médico psiquiatra, uma vez que os diagnósticos são deveras

complexos e específicos, sob pena de obstaculizar o reconhecimento do direito ao benefício pretendido.

No tocante à metodologia, o procedimento de pesquisa fora bibliográfico, partindo do estudo de livros e artigos científicos; normativo, abarcando Leis, Tratados, Decretos, Portarias e normatização interna do Instituto Nacional do Seguro Social; jurisprudencial; e de informações prestadas por órgão público. O método empregado é o dedutivo de abordagem, partindo de premissas gerais dos Direitos Constitucionais e Processuais para se chegar a uma conclusão específica sobre o direito da produção de prova técnica para fins de (in)deferimento de benefícios previdenciários e assistenciais. Ademais, utiliza-se do método dialético, para, por meio da argumentação, apresentar uma solução ao tema problema.

2. Dos conceitos de deficiência e incapacidade para fins previdenciários e de assistência social

No ordenamento jurídico brasileiro, a nomeação e conceituação de deficiência foram abarcadas no ano de 2008, pelo Decreto nº 186, que aprovou o texto da Convenção Sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Em 2015 a Lei Brasileira de Inclusão, também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei nº 13.146 – em seu artigo 2º apresentou pequenas alterações conceituais, de modo a dispensar a pluralidade de impedimentos e barreiras para a caracterização de deficiência. Veja-se:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

De acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF):

Deficiência são problemas nas funções ou nas estruturas do corpo, tais como, um desvio importante ou uma perda.

Funções do corpo são as funções fisiológicas dos sistemas orgânicos (incluindo as funções psicológicas).

Estruturas do corpo são as partes anatômicas do corpo, tais como, órgãos, membros e seus componentes.

A incapacidade é caracterizada como o resultado de uma relação complexa entre a condição de saúde do indivíduo e os fatores pessoais, com os fatores externos que representam as circunstâncias nas quais o indivíduo vive.

Maria LtAmiralian (2000) explica:

Deficiência: perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão.

Incapacidade: restrição, resultante de uma deficiência, da habilidade para desempenhar uma atividade considerada normal para o ser humano. Surge como consequência direta ou é resposta do indivíduo a uma deficiência psicológica, física, sensorial ou outra. Representa a objetivização da deficiência e reflete os distúrbios da própria pessoa, nas atividades e comportamentos essenciais à vida diária.

Concernente ao conceito de incapacidade faz-se mister citar aquele posto por Miguel Horvath Junior, *apud* Costa (2015) quando explica aquele tido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo o qual incapacidade é:

[...] qualquer redução ou falta (resultante de uma deficiência ou disfunção) da capacidade para realizar uma atividade de uma maneira considerada normal para o ser humano, ou que esteja dentro do espectro considerado normal.

Relevante, ainda expor as linhas de José Almansa Pastor, *apud* Costa (2015) acerca de incapacidade laboral: “por incapacidade laboral pretende-se abranger o complexo de meios intelectuais, volitivos e físicos, que permitem utilizar, proveitosamente, a eficiência física no desenvolvimento de alguma atividade laboral”.

Analisando as explicações supra postas conclui-se que deficiência relaciona-se com o estado da pessoa, conquanto incapacidade decorre da leitura concatenada da condição do indivíduo e do meio, fazendo-se deduzir que pessoa com deficiência para fins de previdência e assistência social não é aquela que possui deficiência e sim aquela com impedimento para prática dos atos da vida por longo prazo.

Desse modo, resguarda-se às pessoas incapazes a curto ou longo prazo os direitos elencados nas normas atinentes à previdência social, enquanto às pessoas com deficiência, além destes, o direito à assistência social.

Importante salientar que as doenças analisadas nesta pesquisa ingressam no conceito de incapacidade laboral de José Almansa Pastor, uma vez que há interferência no elemento volitivo desses sujeitos, ocasionando-lhes falta de proatividade e até mesmo da vontade de viver, dentre outros sintomas que serão vistos a seguir. De tal modo, depressão e síndrome do pânico são doenças incapacitantes para o labor bastantes a gerar direitos relativos à previdência e assistência social enquanto perderem por curto ou longo interstício temporal, sendo estes: aposentadoria por invalidez e por tempo de contribuição para pessoa com deficiência; auxílio-doença previdenciário ou acidentário; auxílio-acidente; habilitação e reabilitação profissional; e assistência social para pessoa com deficiência².

² BRASIL. Lei n. 8.213 de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em 28 nov. 2018.

2-Da depressão e síndrome do pânico.

A depressão e a síndrome do pânico são doenças contemporâneas da psique, popularmente intituladas como mal do século XXI pela OMS(2017).

De acordo com dados fornecidos nesse ano pela referida Organização,entre 2005 e 2015 o número de pessoas com depressão aumentou alarmantes 15%, sendo a doença mais comum entre as mulheres, no Brasil 5,8% das pessoas sofrem com depressão, enquanto 9,3% tem transtornos de ansiedade, sendo a depressão a maior causa de incapacidade do mundo. Como se não fosse suficientemente preocupante, conforme suas informações, menos da metade das pessoas recebem tratamento, seja por falta de recursos profissionais capacitados ou estigma social, que ainda é elevado, apresentando como uma das barreiras para o tratamento eficaz a avaliação imprecisa.

Paulo Dalgalarondo (2008) explica a depressão como uma psicopatologia que pode se apresentar de diversas maneiras e sob diferentes sintomas. Em obra, o autor demonstra: sintomas afetivos; alterações da esfera instintiva, neurovegetativa, ideativas, cognitivas, de autoavaliação, volição e psicomotricidade; sintomas psicóticos; marcadores biológicos não específicos. Além disso, apresenta subtipos de síndromes e transtornos depressivos, dentre os quais: episódio ou fase depressiva e transtorno depressivo recorrente; distímia; depressão atípica; depressão tipo melancólica ou endógena; depressão psicótica; estupor depressivo; depressão agitada ou ansiosa; depressão secundária ou orgânica.

No que tange ao fenômeno da depressão vejamos sua catalogação na Classificação Internacional de Doenças (CID 10) e suas características.

Transtorno esquizoafetivo depressivo – Código F25.1. De acordo com o Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas disposto na Portaria nº 1.203 de 2014, é uma modalidade de transtorno esquizoafetivo, doença psiquiátrica dedificildiagnóstico, sendo recomendada para a obtenção da história clínica, mais de uma fonte. Segundo o mencionado Protocolo:

Para o diagnóstico do transtorno esquizoafetivo tipo depressivo (F25.1), os critérios gerais de transtorno esquizoafetivo e os para episódio depressivo, pelo menos de gravidade moderada, devem ser satisfeitos. Pelo menos dois dos três sintomas maiores devem estar presentes: humor deprimido em um grau anormal para o indivíduo na maior parte do dia e em quase todos os dias, largamente não influenciado por circunstâncias e mantido por pelo menos duas semanas, perda de interesse ou prazer em atividades que normalmente são agradáveis e energia diminuída ou fadigabilidade aumentada. Além desses, pelo menos um sinal ou sintoma menor deve estar presente, perfazendo, no mínimo, um total de quatro: perda de confiança ou autoestima, sentimentos irracionais de autorreprovação ou culpa excessiva e inapropriada, pensamentos recorrentes de morte ou suicídio ou comportamento suicida, queixas ou evidências de indecisão, desatenção, diminuição da concentração, alteração da atividade psicomotora com agitação ou lentidão e alterações do sono e de apetite com correspondente alteração de peso.

No que tange aos episódios depressivos, estes encontram-se elencados sob o código F32 da CID 10 em graus leve, moderado, grave sem sintomas psicóticos, grave com sintomas psicóticos, outros episódios depressivos e não especificados sob os subitens F32.0, F32.1, F32.3, F32.8 e F32.9.

Conforme o Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (Data SUS) (2018), na modalidade grave sem sintomas psicóticos são comuns as ideias e atos suicidas, sendo que a espécie grave com sintomas psicóticos muito se assemelha à essa, diferindo-se pelo acompanhamento de sintomas de alucinações, delírios, lentidão psicomotora, havendo além do risco de suicídio, o de morte por desidratação ou desnutrição. Em suas palavras:

Nos episódios típicos de cada um dos três graus de depressão: leve, moderado ou grave, o paciente apresenta um rebaixamento do humor, redução da energia e diminuição da atividade. Existe alteração da capacidade de experimentar o prazer, perda de interesse, diminuição da capacidade de concentração, associadas em geral à fadiga importante, mesmo após um esforço mínimo. Observam-se em geral problemas do sono e diminuição do apetite. Existe quase sempre uma diminuição da autoestima e da autoconfi-

ança e frequentemente ideias de culpabilidade e ou de indignidade, mesmo nas formas leves. O humor depressivo varia pouco de dia para dia ou segundo as circunstâncias e pode se acompanhar de sintomas ditos “somáticos”, por exemplo perda de interesse ou prazer, despertar matinal precoce, várias horas antes da hora habitual de despertar, agravamento matinal da depressão, lentidão psicomotora importante, agitação, perda de apetite, perda de peso e perda da libido. O número e a gravidade dos sintomas permitem determinar três graus de um episódio depressivo: leve, moderado e grave.

Para o invocado Departamento é provável que o paciente com depressão leve seja capaz de desempenhar a maior parte de suas atividades, todavia, conclusão idêntica não se assiste acerca das demais modalidades, posto suas características, que podem ocasionar incapacidade e, até mesmo, deficiência.

Ainda, recorrendo-se ao Data SUS (2018), tem-se no código F33 da CID 10 o transtorno depressivo recorrente. Este se subdivide entre episódio atual leve, moderado, grave sem sintomas psicóticos, grave com sintomas psicóticos; recorrente atualmente em remissão; outros transtornos depressivos recorrentes; e transtorno depressivo recorrente sem especificação. Caracteriza-se pela repetição de episódios depressivos nos moldes elencados no código F32. Veja-se:

As formas mais graves do transtorno depressivo recorrente ([F33.2](#) e [F33.3](#)) apresentam numerosos pontos comuns com os conceitos anteriores da depressão maníaco-depressiva, melancolia, depressão vital e depressão endógena. [...] O risco de ocorrência de um episódio maníaco não pode jamais ser completamente descartado em um paciente com um transtorno depressivo recorrente, qualquer que seja o número de episódios depressivos apresentados. Em caso de ocorrência de um episódio maníaco, o diagnóstico deve ser alterado pelo de transtorno afetivo bipolar.

Dentre os pontos comuns com a depressão maníaco-depressiva, melancolia, depressão vital e endógena, de acordo com Dalgalarro (2008), tem-se a lentificação psicomotora; perda de apetite e de peso corporal; alterações de sono, sobretudo insônia terminal; anedonia; depressão pior pela manhã melhorando ao longo do dia; hiporreatividade

geral; tristeza vital “sentida no corpo”; diminuição da latência do sono; e ideação de culpa.

Insta ressaltar que, para o Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde do Brasil (2018), assim como na hipótese de episódios depressivos, somente na modalidade leve há a probabilidade de não interferência no exercício da maior parte das atividades do indivíduo, ou seja, nas demais hipóteses há prejuízo no exercício de atos da vida cotidiana, dentre os quais encontra-se o labor.

Nesse sendo, é possível afirmar que a depressão maníaco-depressiva, exceto em grau leve, é fato gerador de incapacidade para o trabalho e causa de deficiência, perfazendo para o segurado o direito à percepção de benefício previdenciário e para os demais sujeitos o direito ao benefício assistencial.

Referente ao fenômeno da síndrome do pânico, este encontra-se disposto sob o código F41.0 na catalogação do CID 10 e também é conhecido por Transtorno de Pânico, Ataques de Pânico, Estado de Pânico e, cientificamente, Ansiedade Paroxística Episódica.

Segundo o Data SUS (2018) a referida doença apresenta como características ataques imprevisíveis e recorrentes de pânico, ocorrência de palpitações, dores na região torácica, sensações de asfixia, tonturas e sentimentos de irrealidade. Afirma que, além dessas, é comum o medo secundário da morte, perda do autocontrole e da loucura, e observa:

Não se deve fazer um diagnóstico principal de transtorno de pânico quando o sujeito apresenta um transtorno depressivo no momento da ocorrência de um ataque de pânico, uma vez que os ataques de pânico são provavelmente secundários à depressão neste caso.

Em análise ao texto transcrito é possível notar a complexidade do diagnóstico da síndrome do pânico, bem como a necessidade de cautela no momento de fazê-lo, sob pena de erro.

Assim como na depressão, sustenta-se que a ansiedade paroxística episódica pode levar à incapacidade, já que durante as crises de pânico o

indivíduo não possui condições de exercício de atividades laborais, necessitando se recompor da situação desencadeadora da síndrome antes de retomar a prática da vida cotidiana. No que tange à deficiência acredita-se que esta seja de difícil ocorrência, já que em consonância com o texto legal faz-se necessária a incapacidade de longo prazo. De todo modo, não se busca excluir a sua possibilidade.

Por fim, traz-se à baila o Código F41.2 do catálogo da CID 10 em que consta o Transtorno Misto Ansioso e Depressivo. Conforme o Data SUS (2018), esta espécie de transtorno psicológico alia as características da depressão e da síndrome do pânico, sem que haja a prevalência de uma ou outra, e sem que a intensidade de qualquer delas isoladamente seja bastante a justificar o diagnóstico singular, sendo necessário ao diagnóstico deste transtorno a presença simultâneos sintomas ansiosos e depressivos.

Leciona o citado Departamento do SUS (2018) que é importante observar que na hipótese em que haja intensidade bastante para o reconhecimento isolado das doenças, ambas devem ser anotadas ao invés de se elaborar um único diagnóstico de transtorno misto ansioso e depressivo.

Assim, diante do cenário multifacetado exposto, torna-se evidente que somente os profissionais especializados são capazes de diagnosticar corretamente as referidas doenças e que a ausência desses conduz ao enquadramento nas estatísticas da OMS quando esta relata como uma das barreiras para o tratamento adequado o diagnóstico errôneo.

3. Do processo e a prova da incapacidade e da deficiência.

Para fins de concessão de qualquer benefício, independentemente do seu fato gerador, faz-se necessário o preenchimento de requisitos, cuja verificação se dá por meio de um processo. Esse processo pode ser administrativo ou judicial, cumprindo ressaltar que atualmente tem-se exigido como pressuposto da ação que pleiteia questões previdenciárias o prévio processo administrativo.

É no decurso procedimental que se verifica a existência da incapacidade e/ou deficiência, que são diagnosticadas por meio de perícia médica. No âmbito autárquico, o parecer doperito é vinculativo. Em âmbito judicial, em tese, esse parecer não é vinculativo, uma vez que o juiz possui o dever de decidir de acordo com o conjunto probatório disponível nos autos, não se restringindo à perícia.

Postas as linhas inaugurais do presente tópico, passa-se a uma abordagem aprofundada do mesmo, uma vez que cerne da presente pesquisa que objetiva demonstrar os entraves enfrentados pelas pessoas acometidas por depressão e/ou síndrome do pânico ao pleitear um benefício previdenciário ou assistencial em razão de incapacidade ou deficiência ocasionada por essas doenças.

3.1 Do processo administrativo.

No âmbito da Previdência e da Assistência Social, a Instrução Normativa nº 77/2015 (IN77/2015) normatiza o procedimento da autarquia com o fito de agilizar e uniformizar o tratamento dispensado às pessoas quando da solicitação de benefícios e demais serviços de sua competência.

Nos termos deste regramento tem-se a seguinte conceituação de processo administrativo previdenciário:

[...] conjunto de atos administrativos praticados nos Canais de Atendimento da Previdência Social, iniciado em razão de requerimento formulado pelo interessado, de ofício pela Administração ou por terceiro legitimado, e concluído com a decisão definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. O processo administrativo previdenciário contemplará as fases inicial, instrutória, decisória e recursal.

Assim, depreende-se como processo administrativo o desencadear de atos praticados em conjunto pelo segurado ou assistido e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na busca de uma resposta final para

um requerimento administrativo, enfrentando-se diversas fases procedimentais até o alcance dessa.

Ainda de acordo com a mencionada norma, o processo administrativo previdenciário é regido por preceitos norteadores, sendo estes:

- I - presunção de boa-fé dos atos praticados pelos interessados;
- II - atuação conforme a lei e o Direito;
- III - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes e competências, salvo autorização em lei;
- IV - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- V - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- VI - condução do processo administrativo com a finalidade de resguardar os direitos subjetivos dos segurados, dependentes e demais interessados da Previdência Social, esclarecendo-se os requisitos necessários ao benefício ou serviço mais vantajoso;
- VII - o dever de prestar ao interessado, em todas as fases do processo, os esclarecimentos necessários para o exercício dos seus direitos, tais como documentação indispensável ao requerimento administrativo, prazos para a prática de atos, abrangência e limite dos recursos, não sendo necessária, para tanto, a intermediação de terceiros;
- VIII - publicidade dos atos praticados no curso do processo administrativo restrita aos interessados e seus representantes legais, resguardando-se o sigilo médico e dos dados pessoais, exceto se destinado a instruir processo judicial ou administrativo;
- IX - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- X - fundamentação das decisões administrativas, indicando os documentos e os elementos que levaram à concessão ou ao indeferimento do benefício ou serviço;
- XI - identificação do servidor responsável pela prática de cada ato e a respectiva data;
- XII - adoção de formas e vocabulário simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos usuários da Previdência Social, evitando-se o uso de siglas ou palavras de uso interno da Administração que dificultem o entendimento pelo interessado;
- XIII - compartilhamento de informações com órgãos públicos, na forma da lei;

XIV - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

XV - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

XVI - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados; e

XVII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Concernente aos preceitos dispostos, esses dispensam maiores explicações uma vez que deveras claros. No que tange às fases procedimentais, não obstante, todas mereçam aprofundamento, dentre elas a que mais importa para o discorrer da presente pesquisa é a fase instrutória, pois, é nesta que serão averiguadas as doenças que lhe deram origem, razão pela qual será a única analisada de modo pormenorizado.

Inicialmente, é preciso destacar que a instrução administrativa destinada à averiguação e à comprovação de requisitos legais para fins de benefícios e serviços da Previdência Social é de competência do INSS, nos termos do artigo 680 da IN77/2015.

Esclarecida a competência, passa-se à análise do procedimento propriamente dito.

A fase inicial, em suma, consiste no agendamento de atendimento para pleito do serviço ou benefício pretendido por meio dos canais de atendimento regulamentados e no comparecimento na data pré-definida à agência da Previdência Social de posse de documentos de identificação e probatórios do direito pleiteado. Nos casos correlatos à deficiência e incapacidade será agendada perícia médica.

Finda a fase inicial procede-se com a fase instrutória, quando de posse dos documentos apresentados realiza-se a análise dos mesmos, para que seja emitida decisão, dando início à fase decisória.

Insta, porém, trazer à baila a especificidade da fase instrutória dos benefícios que versam sobre incapacidade e ou deficiência, cuja avaliação

médico-pericial integra, por força do artigo 410-A da IN77/2015, e que é realizada por médico-perito, cujo ingresso nos quadros do INSS dá-se nos moldes determinados pelo artigo 9º da Lei nº10.876/2004. Veja-se:

O ingresso nos cargos de que trata esta Lei dar-se-á sempre no primeiro padrão da classe inicial, mediante habilitação em concurso público, de provas ou de provas e títulos, conforme dispuser o regulamento, exigindo-se como pré-requisito a habilitação em medicina.

A simples leitura do texto legal é bastante para a detecção da falha na atividade pericial, uma vez que inexige-separa a inscrição nos quadros de médico-perito a especialização. É nesse espeque queconfigura-se o absurdo da incongruência conceitual do termo perícia para aquele praticado no âmbito da autarquia federal, cuja responsabilidade consiste em prover ao segurado e ao necessitado da assistência social, a resposta às suas necessidades ante a efetivação de direitos fundamentais, mas que ao revés são prejudicados em razão da incapacidade técnica do perito, acobertada pela aberração legal.

Nas palavras de Antônio Houaiss (2001) apresenta-se a conceituação da palavra perito: “Que ou aquele que se especializou em determinado ramo de atividade ou assunto”. No mesmo sentido caminha Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2002):“. Experimentado, experiente, prático; 2. Sábio, douto, erudito; 3. Hável, sagaz; 4. Aquele que é sabedor ou especialista em determinado assunto; experto”.

Diante das conceituações supra, tem-se como inegável que o conceito de perito relaciona-se à especialização e conhecimento técnico específico, indo de encontro ao conhecimento genérico, aceito pelo Instituto Nacional do Seguro Social como bastante ao exercício da função de médico-perito, uma vez que antônimos.Nessesendo,afirma-se como insuficiente a formação médica para o exercício de atividade pericial, em especial para a constatação das doenças da psique cernes deste trabalho, que, como já exaustivamente demonstradas, possuem diagnóstico complexo, tornando-se crível a sua realização pormédico psiquiatra.

Seguindo este liame, como título de exemplificação do despautério que ocorre no cotidiano autárquico, convida-se o leitor a imaginar um segurado acometido de Transtorno Esquizoafetivo Depressivo cujo diagnóstico depende de análise da história clínica do paciente observando mais de uma fonte, em razão das particularidades do diagnóstico, bem como por sua complexidade, sendo submetido à perícia por médico especialista em dermatologia. Inquestionável que o exemplificado profissional é capacitado para atestar as mais diversas doenças da pele e correlatas a esta, todavia, o mesmo não se pode afirmar acerca das doenças da psique.

Conquanto o exemplo posto pareça absurdo, a gravidade do tema alça voos ainda maiores, já que se quer exige-se qualquer tipo de especialização para o exercício de médico-perito. Em outras palavras tem-se o seguinte quando se recorre aos sinônimos de perito: médico que se especializou em determinado ramo de atividade, sob a ótica de Houaiss (2001), ou o médico que é sabedor ou especialista em determinado assunto, recorrendo-se a Ferreira (2002), sem que seja necessário curso de especialização.

Como se não fossem suficientes as violações que os segurados e assistidos sofrem em seus direitos fundamentais nos termos enfrentados, há ainda a infringência da individualização do sujeito no âmbito administrativo, pois a análise da incapacidade e da deficiência é feita por meio de questionário, de tal modo que as anomalias de cada caso concreto não são observadas para fins de reconhecimento ou negativa de concessão de benefícios.

Nos termos da Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1, de 27 de janeiro de 2014 - DOU de 30/01/2014, o índice de funcionalidade mostrará o grau de deficiência de uma pessoa. Para tanto será feita a identificação da avaliação, identificação e caracterização do avaliado, sua história clínica e social, aplicação da matriz e preenchimento de formulários. A avaliação médica e funcional será realizada por perito-médico e assistente social, integrantes dos quadros do INSS, ou seja, por médico não necessariamente especialista na CIF que será avaliada.

A identificação da avaliação não enfrenta problemáticas.

No que tange à identificação e caracterização do avaliado já não se pode proferir afirmação idêntica, uma vez que é exatamente nesse ponto que se iniciam os problemas da perícia. A primeira porque é neste quesito que se é dado o diagnóstico médico, a segunda porque é aqui que se delimita o tipo de deficiência, a terceira porque este é o momento de definir as funções corporais que são afetadas pela doença incapacitante ou deficiência.

O especialista em psiquiatria, inscrito no CRM 51.938-SP, Leonard Vereá (2016) explica que os pacientes acometidos de síndrome do pânico cotidianamente enfrentam grande dificuldade para obterem o diagnóstico da doença sendo submetidos a exames dos mais diversos que muitas vezes nada apontam, já que, como bem observa Costa (2015), a doença psicológica não se confirma por exames físicos, mas sim em avaliação clínica.

Nesse espeque, se, como já exaustivamente abordado, o médico-perito não conhece as especificidades da doença, o diagnóstico médico que norteará todo o transcorrer da perícia já se encontra viciado, o que, inquestionavelmente, levará a erro todos os demais pontos do formulário, de tal modo que o tipo de deficiência padecerá de indicação correta, assim como as delimitações das funções corporais acometidas pela CIF.

Quanto ao histórico clínico e social do sujeito importa ressaltar, especificamente quando da análise da síndrome do pânico, que estamuitas vezes ocorre sem motivos desencadeantes aparentes o que também pode levar o médico-perito não especialista a erro (VEREÁ, 2016).

Concernente à aplicação da Matriz e o preenchimentos dos formulários que conduzem à constatação dos níveis de independência, identifica as barreiras externas, aplica o modelo linguístico Fuzzy, seguindo ao cálculo dos domínios e a pontuação que classificará a deficiência em leve, moderada ou grave, tem-se que a mesma se mostra adequada para a análise de incapacidades de natureza física, mas não daquelas de origem mental, uma vez que a constatação das barreiras que a psique de uma

pessoa pode ofertar provém da construção realizada por médico e paciente em análise casuística, não sendo confiável a percepção rasa tida em uma perícia realizada por um único contato que dura em média 15 (quinze) minutos, por um profissional que, na maioria das vezes, se quer possui a expertise necessária para a individualização do caso.

Desse modo, conclui-se que os moldes da perícia do INSS não individualizam o avaliado, prejudicando o exercício do seu direito fundamental de gozo de benefícios assistenciais e previdenciários para fins de cuidado adequado com a saúde.

Ademais, cumpre ressaltar que não só o direito dos segurados e dos assistidos que dependem da concessão de benefícios restam submetidos a risco, mas também, sob outra ótica, o direito da coletividade dos contribuintes, em razão de benefícios concedidos sob fraude quando, em razão da incompetência funcional do médico-perito não especialista, este é levado a erro por pessoas de má-fé que após estudo dos sintomas, na perícia, respondem o questionário de modo a enquadrar-se como incapazes ou deficientes sem que de fato o sejam.

A título de exemplo tem-se as fraudes que foram descobertas pelas operações da polícia Federal, Psicose³, Denário⁴ e Alienista⁵ que ocasionaram a prisão de diversas pessoas no Rio de Janeiro, Alagoas, Minas Gerais, São Paulo e Goiás, que de posse de atestados médicos falsos e devidamente instruídas, adotavam comportamentos determinados nas perícias, levando os médicos-peritos a erro e obtendo seu objetivo precípuo, a concessão de benefícios.

Por fim, salienta-se que a perícia realizada para fins de benefícios previdenciários é baseada na funcionalidade e não na doença, porém, em não sendo aquela diagnosticada, a análise desta resta prejudicada.

³Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2012/junho/operacao-psicose-desarticula-quadrilha-que-fraudava-beneficios-do-inss>> Acesso em 16 fev.2018.

⁴Disponível em: <https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2925:Fraudes&catid=45:na-midia&Itemid=73> Acesso em 16 fev.2018.

⁵Disponível em: <<https://www.dgabc.com.br/Noticia/267567/-operacao-alienista-prende-15-fraudadores-do-inss>> Acesso em 16.fev. 2018.

Nesse viés, ratifica-se a importância da atuação do médico psiquiatra para fins de benefícios requeridos em face de doenças da psique como meio de redução dos equívocos realizados em perícia-médica, garantindo o correto diagnóstico da doença e a avaliação da funcionalidade.

3.2 Do processo judicial.

O processo judicial previdenciário é norteado pelas disposições do Código de Processo Civil de 2015 e seus princípios, estes contemplados não só na legislação processual como também na Constituição Federal de 1988. Diante da importância do tema passa-se agora ao estudo do mesmo.

Primeiramente faz-se mister definir processo judicial. Segundo a vertente instrumentalista, esse é o “instrumento para o legítimo exercício do poder” (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2013). Sob a perspectiva teoria do fato jurídico, é “um conjunto ordenado de atos destinados a um certo fim” (MELLO, 2000). Fredie Didier Jr. (2013) afirma que o processo pode ser avaliado sob várias perspectivas, havendo para este várias definições.

Em árdua e ousada tarefa adota-se por conceito próprio que processo judicial é um conjunto ordenado de atos praticados com o objetivo de, ao final, ver reconhecido um direito. Por óbvio, a construção conceitual é norteada pela essência contida nas definições apresentadas pelos supracitados autores, aos quais referencia-se toda admiração e respeito.

Posto isso, passa-se às demais considerações acerca do processo judicial, recorrendo-se ao conceito criado como norte para o discorrer da presente pesquisa.

3.2.1 Do processo judicial constitucional.

O direito processual encontra-se disposto em diversas linhas da Constituição Federal de 1988, porém, as que apresentam correlação com o presente trabalho estão elencadas no bojo do artigo 5º, que versa acer-

ca dos direitos e garantias fundamentais individuais, sendo essas: o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, e a vedação de provas obtidas por meio ilícito.

Fredie Didier Jr. (2013) afirma:

O processo deve estar adequado à tutela efetiva dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e, além disso, ele próprio deve ser estruturado de acordo com os direitos fundamentais (dimensão objetiva). [...]

Encaradas as normas constitucionais processuais como garantidoras de verdadeiros direitos fundamentais processuais, e tendo em vista a dimensão objetiva já mencionada, tiram-se as seguintes consequências: a) o magistrado deve compreender esses direitos como se compreendem os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia; b) o magistrado afastará, aplicada a máxima da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável desproporcional à efetivação de um direito fundamental; c) o magistrado deve levar em consideração, ‘na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais’ (GUERRA, 2013, p. 41).

Elpídio Donizetti (2017) equipara os direitos fundamentais processuais com os princípios constitucionais sobre o processo, para o autor, “grande parte dos princípios processuais foram elevados à categoria de direitos fundamentais [...]e, em consequência, positivados no texto constitucional, tornando-se ‘direitos fundamentais processuais’.

Discorda-se de Donizetti (2017) para aderir ao raciocínio traçado por Didier (2017) quando este diz que as “normas processuais ora são princípios (como o devido processo legal), ora são regras (como a proibição do uso de provas ilícitas).”, uma vez que, o princípio é uma espécie normativa que estabelece um fim a ser atingido, enquanto a norma processual objetiva disciplinar o modo como se dará a resolução dos conflitos e controvérsias, atribuindo aos julgadores os poderes bastantes para resolvê-los e às partes os meios eficientes para a defesa de seus direitos, sujeitando-se à autoridade do juiz (CINTRA; GRINOVER e DINAMARCO, 2013).

Assim sendo, tem-se que algumas normas processuais dispostas no texto constitucional gozam de status principiológicos, como, por exem-

plo, o acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, enquanto outras possuem condão exclusivamente normativo, como ocorre com a vedação do uso de prova obtida de modo ilícito.

3.2.2 Do processo judicial para fins de concessão de benefícios previdenciários.

Como todo processo judicial sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, aquele que objetiva a concessão de benefícios previdenciários de submete às suas regras e seus princípios. São estes, de acordo com o elenco de Donizetti (2017):

Da ação e do impulso oficial; duração razoável do processo e primazia do julgamento do mérito; boa-fé processual; cooperação ou colaboração; igualdade ou isonomia; função social do processo; legalidade; publicidade; eficiência; lealdade processual; motivação; e imparcialidade.

Além desses, tem-se por previsão legal como princípios processuais a dignidade da pessoa humana, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, a proporcionalidade e a razoabilidade. Pôs-se, também, a doutrina a criar um rol principiológico processual relevante, todavia, para fins desta pesquisa não será contributivo, razão pela qual deixa de expor.

Diante das diretrizes processuais constitucionais e legais supra, passa-se a enfrentar as particularidades vivenciadas pelas pessoas acometidas por depressão e síndrome do pânico durante o bojo procedimental que objetiva reconhecer sua condição de incapaz ou de pessoa com deficiência.

3.2.2.1 Da exigência de prévio requerimento administrativo.

O processo judicial previdenciário já se inicia de modo irregular ante a exigência de prévio requerimento administrativo.

Em julgamento do RE 631.240 – MG com repercussão geral (Tema 350) o Supremo Tribunal Federal decidiu que padece de interesse processual a demanda judicial anterior ao indeferimento administrativo ou ao descumprimento de prazo por parte da autarquia. Segundo a Corte sem a ocorrência de um desses fatores não há lesão ou ameaça de lesão a direito.

A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o exaurimento das vias administrativas; II – A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado; III – Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

Ousa-se discordar do posicionamento adotado pelos Ministros da Suprema Corte. Entende-se que a decisão judicial proferida fora uma verdadeira falácia, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, refletindo negativamente na dignidade da pessoa e em seu direito de acesso à justiça. Veja-se:

Segundo dados fornecidos pelo Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, atualmente (30.8.2018), o INSS conta com um total de 2.029 (dois mil e vinte e nove) servidores no cargo de Perito Médico Previdenciário no Brasil, inexistindo a informação de quantos destes são psiquiatras, uma vez que, absurdamente, a legislação que regulamenta o profissional médico perito autárquico não exige especialização como pré-requisito para o exercício da função, o que conduz à possibilidade de inexistência de especialistas em doenças da psique em seus quadros.

Nesse espeque, considerando os dados já citados da OMS de que no Brasil 5,8% das pessoas sofrem de depressão e 9,3% de transtornos de ansiedade, dentre os quais se encontra a síndrome do pânico, ou seja, que dos 208,4 milhões de brasileiros,⁶ 12.087.200 encontram-se acometidos de depressão e 19.381.200 de transtornos de ansiedade e o número total de peritos médicos do INSS, há razão bastante para afirmar a ameaça de lesão a direito, uma vez que a quantidade de peritos é ínfima quando analisada conjuntamente a de pedidos de benefícios que exigem avaliação médica das mais diversas patologias e especialidades clínicas, além daqueles relativos à doenças da psique que correspondem a números elevados, o que, faticamente, prejudica a realização de um procedimento adequado. Ocorre que, além do déficit numérico de profissionais, a desnecessidade de especialidade clínica do “*expert*” para realização de perícia administrativa é questão deveras preocupante e potencialmente lesiva aos direitos dos segurados e assistidos, pois desencadeia um universo de insegurança jurídica originado desde o início do procedimento administrativo.

Assim sendo, em considerando a notória instabilidade da perícia médica autárquica, a exigência do prévio requerimento administrativo para fins de ajuizamento de demanda judicial agrava o prejuízo do requerente de benefício que fica privado de stepor maior lapso temporal, uma vez que precisa aguardar as fases procedimentais anteriores ao indeferimento administrativo, quais sejam o agendamento para o primeiro atendimento, agendamento da perícia, realização desta, resposta ao pedido e comunicado do segurado, para só depois poder ingressar em juízo. Em outra margem, o acionamento direto do judiciário, uma vez que notória a ameaça de lesão a direito, permite de modo mais eficaz o acesso à justiça em sua perspectiva *lato sensu* - por meio da tutela célere e efetiva do devido processo legal, bem como em razão da movimentação da máquina judicial.

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/populacao-brasileira-ultrapassa-208-milhoes-de-pessoas-revela-ibge>>. Acesso em 15 nov. 2018.

Posto isso, resta latente que compelir a pessoa incapaz ou com deficiência em razão de doença da psique, que possui diagnóstico deveras complexo e peculiar, a se submeter a procedimento administrativo instável e inseguro viola o superprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana pelo prolongamento da condição de vulnerabilidade, além dos princípios de acesso à justiça, sob a ótica da celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, e da instabilidade da jurisdição no sentido de movimento da máquina pública, razão pela qual defende-se a possibilidade do segurado ou assistido recorrer diretamente ao Poder Judiciário quando da solicitação de benefício previdenciário ou assistencial fundamentado em doenças da psique.

3.2.2.2 Da produção da prova técnica no processo judicial.

Em consonância com o desenvolver da pesquisa, tem-se por necessária a produção de prova técnica especializada para fins de deferimento de benefício previdenciário ou assistencial decorrente da depressão ou da síndrome do pânico requerido judicialmente. Em âmbito administrativo, não obstante discorde-se, é pacífico entre a doutrina e a jurisprudência a inexistência de especialização do médico perito. Na esfera judicial situação idêntica não ocorre. Há relevante controvérsia acerca do previsto nos artigos destinados a regulamentar a perícia, sendo este o objeto de análise deste tópico.

Sob a égide do CPC/1973, na seção destinada a regulamentar o perito judicial exigia-se, expressamente, que este fosse especialista na matéria que opinaria. A legislação previa como condição para a escolha do *expert* que este possuísse grau universitário, estivesse devidamente inscrito no órgão de classe competente, e comprovasse sua especialidade por meio de certidão do órgão profissional em que se encontrava inscrito. Se após a nomeação fosse verificado que o profissional carecia do conhecimento técnico ou científico exigido, este deveria ser substituído. Contudo, na perícia médica judicial era pacificamente aceito pela

jurisprudência a desnecessidade desta ser realizada por profissional especialista em casos simples.

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL PREVIDENCIÁRIO. PROVA PERICIAL. CONHECIMENTO TÉCNICO ESPECIALIZADO. POSSIBILIDADE DE **PERÍCIA** SER REALIZADA POR **MÉDICO** GENERALISTA OU **ESPECIALISTA** EM MEDICINA DO TRABALHO. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. INCIDENTE NÃO CONHECIDO. 1. A Turma Nacional de Uniformização, ao interpretar o art. 145, §2º, do Código de Processo Civil de 1973 (art. 156, §1º, do Novo Código de Processo Civil), consolidou entendimento de que a realização de perícia por médico especialista é apenas necessária em casos complexos, em que o quadro clínico a ser analisado e os quesitos a serem respondidos exijam conhecimento técnico específico, não suprido pela formação do médico generalista (cf. PEDILEF 200872510048413, Rel. Juiz Federal Derivaldo de Figueiredo Bezerra Filho, DJ 09/08/2010; PEDILEF 200872510018627, Rel. Juíza Federal Jacqueline MichelsBilhalva, DJ 05/11/2010; PEDILEF 200970530030463, Rel. Juiz Federal Alcides Saldanha Lima, DOU 27/04/2012; PEDILEF 200972500044683, Rel. Juiz Federal Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, DOU 04/05/2012; PEDILEF 200972500071996, Rel. Juiz Federal Vladimir Santos Vitovsky, DOU 01/06/2012; PEDILEF 201151670044278, Rel. Juiz Federal José Henrique Guaracy Rebelo, DOU 09/10/2015). 2. Inexiste divergência em relação à jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização ou ao acórdão indicado como paradigma, uma vez que a questão técnico-científica controversa não exige conhecimento especializado do médico perito para ser esclarecida. 3. Hipótese de incidência da orientação do enunciado n. 42, da súmula da jurisprudência da TNU, uma vez que o acórdão prolatado, em julgamento de recurso inominado, aplicou o princípio do livre convencimento do magistrado diante das provas apresentadas e concluiu pela inexistência de incapacidade laborativa da parte autora. (TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PEDILEF (Turma) 5004293-79.2015.4.04.7201. Origem TNU. Relatora Carmen Elizangela Dias Moreira de Resende, Data 14.9.2017)

Lado outro, reconhecia-se como indispensável a realização de perícia médica por especialista em casos de diagnóstico complexo. Na ocasião do julgamento dos autos 2008.72.51.001862-7 a Turma Nacional de Uni-

formização (TNU) aos 10.5.2010, por decisão irrepreensível, afirmou que o médico generalista não detém a capacidade técnica suficiente para a análise destes, sob pena de cerceamento de defesa.

[...] em sendo uma prova técnica, a prova pericial de cunho médico deve atender o disposto no § 2º do art. 145 do CPC, subsidiariamente aplicável aos Juizados Federais, de acordo com o qual os peritos devem ter conhecimento técnico suficiente, sendo especialistas na área médica sobre a qual deverão opinar. Essa é a regra. Só excepcionalmente é que, diante da menor complexidade de quadros médicos simples, se pode admitir a realização de perícias médicas por generalistas. E isto porque então tais médicos terão conhecimento técnico suficiente para o exame daqueles quadros. Assim sendo, há de se ter cautela. Não há legitimidade alguma em se inverter a regra, a qual, como já referido, somente pode ser excepcionada diante da menor complexidade de quadros médicos simples. Nesse sentido, *mutatis mutandis*, na dicção do Min. César Asfor Rocha “deve-se interpretar com temperamento o disposto no art. 145, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, daí ser possível a técnico em edificação e agrimensura realizar perícia que não guarde complexidade, como a da espécie” (STJ, 4ª Turma, REsp nº 526.626/SP, DJU 13.10.2003). Já em perícias complexas não cabe temperamento, sendo a especialização inarredável. Nesse contexto, considerando que o presente caso envolve a investigação técnica de uma doença neurológica rara que caracteriza um quadro médico complicado, forçoso é reconhecer o direito à realização de perícia médica por médico especialista em neurologia, profissional dotado de conhecimento técnico suficiente para esse contexto. [...]. Ora, o médico generalista naturalmente não possui capacidade técnica suficiente para analisar o quadro médico complicado, complexo. [...] (PEDILEF SC 200872510018627. Requerente: Maria das Dores Saul Jeremias, Requerido: INSS. Relatora Juíza Federal Jacqueline MichelsBilhalva. Data 10.5.2010).

A hipótese em tela, abarca situação de doença rara, porém, a exigência de perícia médica por especialista não se limita a casos idênticos, mas a todos que não se englobem em “casos simples”, como ocorre com as doenças de origem psiquiátrica.

À época, a jurisprudência caminhava no sentido de que a saúde mental dependia de avaliação por especialista. A título de exemplo:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. AUXÍLIO-DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL. DÚVIDA. **NECESSIDADE** DE ESPECIALIZAÇÃO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM. REABERTURA DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 1. Constando dos autos elementos indicativos de ser a autora portadora de doença psiquiátrica, tenho que se impõe realização de nova perícia por **médico especialista**, que possa melhor analisar as reais condições de saúde da demandante. 2. Anulada a sentença a fim de ser reaberta a instrução, para que seja realizada nova perícia, por **psiquiatra**. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4. REGIÃO) Apelação Cível n. 022615-54.2013.4.04.9999 RS 0022615-54.2013.4.04.9999. Apelante: Neusa Maria Rodrigues Marques. Apelado: INSS. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Data 17.9.2014).

[...] nos casos de doença psiquiátrica, penso ser prudente que o exame pericial deva ser realizado por profissional especialista na área, com conhecimento técnico para apresentar diagnóstico preciso acerca da moléstia e da incapacidade laborativa, haja vista as particularidades que devem ser observadas no exame, que não se limita à verificação do estado físico do segurado. Nesta linha, entendo que a instrução processual merece ser elástica, a fim de se analisar eventual incapacidade da parte autora em razão de doença psiquiátrica.

Em assim sendo, voto por anular a sentença e devolver os autos ao juizado de origem para a realização de perícia com médico psiquiatra. (SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC. Recurso Cível n. 5017803-84.2014.4.04.7205/SC. Apelante: Walmir Luiz Ochakowski. Apelado: INSS. Relator: Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer, Data 17.12.2014).

Todavia, a TNU se posicionou em sentido contrário:

PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO POR INCAPACIDADE. PERÍCIA COM MÉDICO ESPECIALISTA. DESNECESSIDADE. 1. A perícia para aferição da incapacidade para o trabalho não precisa ser realizada por médico especialista na área da patologia alegada, podendo ser realizada por médico do trabalho, clínico geral ou médico de qualquer outra especialidade, desde que este se considere apto para a avaliação da moléstia, inclusive no caso de doença psiquiátrica. 2. Dessa forma, a nomeação de outros profissionais somente se faz necessária no caso de o especialista hesitar nas respostas ou expressamente referir que não tem habilitação para avaliar a incapacidade decorrente de determinada moléstia, ou ainda, nos casos complexos ou de doenças raras. 3. A

análise de diferentes moléstias, ainda que por um mesmo perito, somente é de ser feita quando a parte comprova que submeteu para análise prévia do INSS essa patologia, o que pode ser feito com a juntada do HISTÓRICO DE PERÍCIA MÉDICA (HISMED) constante no sistema da Previdência. 4. Pedido de uniformização improvido. (TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. (4. REGIÃO) IUJEF n. 5000967-62.2012.4.04.7122, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Recorrente: Sebastiana de Souza Paulino. Recorrido: INSS. Relator: Juiz Federal Paulo Paim da Silva, Data: 28.3.12).

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, em 2015, algumas mudanças substanciais ocorreram nas disposições versantes sobre o perito judicial, a primeira foi a retirada da exigência de grau universitário, a segunda foi a aparente desnecessidade de comprovação de especialidade. A alteração legislativa para deixar de exigir o curso superior, encontrou respaldo em situações práticas de perícia que de fato não exigem o diploma universitário, mas sim o conhecimento técnico, de tal modo que esta formação se encontra bastante para a prática pericial, a exemplo utilizado por Didier Jr, Braga e Oliveira (2013), o perito-mecânico para a avaliação de causa de acidente de veículo. Concernente à inexistência de comprovação de especialidade, não obstante na seção do CPC/2015 destinada ao perito nenhuma exigência neste sentido esteja disposta, naquela que regula a prova pericial encontra-se expressamente que “o juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia[...]”. A disposição legal não é bastante para pacificar entendimentos na esfera jurisprudencial e doutrinária.

Segundo Neves (2016) a condição legal para a indicação a perito judicial é ser profissional legalmente habilitado e devidamente inscrito no cadastro mantido pelo tribunal a que o juízo esteja vinculado. Diante da problemática abordada nesta pesquisa, sob a ótica do autor, para ser perito bastaria ser médico inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM), além, é claro, de estar inscrito como perito no citado cadastro do tribunal.

Didier Jr., Braga e Oliveira (2015) sustentam que o perito deve ser um profissional com conhecimento especializado exigido para a realização da perícia, ou seja, ter conhecimento na área em que se realizará a perícia. Na hipótese em questão, ser médico, coadunando com o posicionamento exposto de Neves (2016). A única ressalva posta pelos autores é aquela disposta no artigo 478 do CPC/2015, na qual em hipótese de perícia para verificação de autenticidade ou falsidade de documento ou sobre medicina legal, recomenda que o *expert* seja escolhido dentre aqueles vinculados a estabelecimentos oficiais especializados.

Theodoro Jr. (2015) defende que o perito deve ser especializado no objeto a ser submetido à prova técnica. Não obstante a ausência de afirmação categórica, entende-se, em aplicação ao problema da pesquisa, que o doutrinador se manifesta no sentido de ser necessária a especialização em psiquiatria para periciar pessoas com doença da psique, não sendo suficiente a inscrição de médico no CRM.

Para Montenegro Filho (2016), a especialização na matéria a ser periciada é condição para o exercício do encargo. O autor, nos termos do artigo 465 § 2º, II do CPC/2015, posiciona-se pela necessidade de comprovação de especialização. Em idêntica trajetória caminha Amado (2018) afirmando que “ciente da nomeação, o perito apresentará em cinco dias a proposta de honorários; o currículo com comprovação de especialização e os contatos profissionais [...]”.

Almeida e Ferreira (2016) vão além pois, são explícitos ao afirmar que sob a égide do CPC/2015 a perícia não deve ser feita por generalistas, manifestando-se pela necessidade de especialização do perito.

Em perfeita coadunância com o preciso posicionamento de Almeida e Ferreira (2016), Castro e Lazzari (2017), ao tratar especificamente da perícia para fins de percução previdenciária em razão de benefícios cuja prova técnica é exigida, manifestam-se pela imprescindibilidade da produção de prova pericial por médico que tenha domínio sobre a patologia em discussão, afirmando a impossibilidade de tomada de decisão sem antes permitir ao segurado a produção desta prova.

Diante de todos os posicionamentos postos, encontra-se maior identificação comaqueleexternalizado por Castro e Lazzari (2017), uma vez que estes não deixam margens para dúvidas ao defenderem que a perícia não só não pode ser feita por generalista, como prescinde de ser realizada por médico especialista na patologia.

Em que pese os ideais doutrinários expostos, faz-se necessária, ainda, a verificação dos entendimentos jurisprudenciais, uma vez que, na prática processual estes são preponderantes.

O Tribunal Regional Federal da Primeira Região (TRF1), tem mantido o posicionamento anterior ao CPC/2015 e caminha no sentido da desnecessidade de especialização para ser médico perito:

Não há nulidade da perícia judicial quando esta é de lavra de profissional médico perito do juízo que respondeu aos quesitos apresentados, mesmo não sendo especialista na área da doença alegada. O título de especialista em determinada área da medicina não é requisito para ser perito médico do juízo, inexistindo cerceamento de defesa na hipótese (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1. Região). AC 0019634-35.2018.4.01.9199. Segunda Turma. Recorrente: Cleber Araújo da Cunha. Recorrido: INSS. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Data: 3.10.2018).

A TNU tem repetido seu entendimento vigente à legislação de 1973. Em recente decisão remeteu ao julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal (PEDILEF) nº 201151670044278 – DOU 9.10.2015 –no qual restou definida a desnecessidade de realização de perícia médica por especialista. Na oportunidade, a Colenda Turma ressaltou que tal exigência só se faz cabível em hipóteses de doenças raras e de elevada complexidade.

Não merece ser conhecido o pedido de uniformização, nos termos da Questão de Ordem 13. Isso se dá, porque a jurisprudência da Turma Nacional de Uniformização não é francamente favorável à exigência de especialização do perito, em qualquer caso, *verbis*: "Processo PEDILEF 201151670044278 PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI FEDERAL Relator(a) JUIZ FEDERAL JOSÉ HENRIQUE GUARACY REBÊLO Sigla do órgão

TNU Fonte DOU 09/10/2015 PÁGINAS 117/255 Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais conhecer em parte o Pedido de Uniformização, e, na parte conhecida, nega-lhe provimento, nos termos da ementa/voto constante dos autos, que passa a fazer parte deste julgado. Ementa PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-DOENÇA.PERÍCIA MÉDICA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INEXISTÊNCIA. PERÍCIA POR MÉDICO ESPECIALISTA. DESNECESSIDADE [...]. No particular, anoto que esta TNU consolidou entendimento segundo a qual a realização de perícia por médico especialista só é necessária em casos especialíssimos e de maior complexidade; doença rara, por exemplo[...] (Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência. PEDILEF n. 5012602-17.2014.4.04.7204. JEF TNU. Relator Juiz Federal Luis Eduardo Bianchi Cerqueira. Data: 5.4.2017).

O Tribunal Regional Federal da Quarta Região (TRF4) caminha na mesma direção da TNU:

A designação de perito com especialidade na área médica correspondente à patologia do segurado é necessária apenas em casos excepcionais (em razão da complexidade da moléstia ou da insuficiência de laudo já confeccionado por médico diverso), porquanto o que deve ser levado em conta é o conhecimento técnico suficiente para a avaliação proposta e para a elaboração de laudo bem fundamentado e conclusivo. (Tribunal Regional Federal (4. Região). AC 5018653-71.2014.4.04.7001/PR. Turma Regional Suplementar do Paraná. Recorrente: INSS. Recorrida: Therezinha Gonçalves Guidorizi. Relator: Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Pentead, Data: 29.8.2018).

Não obstante os posicionamentos jurisprudenciais expostos, entende-se que todos buscam perpetuar os ideais anteriores à nova legislação. Falta à jurisprudência ousadia para romper com paradigmas que já não mais se aplicam, tal como posicionou-se a doutrina, igualmente fonte do direito.

Diante disso, percebe-se a aberração a que os segurados e assistidos pela Previdência Social, como um todo, têm sido submetidos: um Poder Judiciário que, ao invés de buscar a aplicação da lei de modo à efetivá-la,

conferindo-a interpretação justa e asseguradora da dignidade da pessoa humana, consolidando o ideal constitucional de busca da justiça social, tem se agarrado a ideais antigos e a interpretações ultrapassadas que fortalecem ainda mais o Estado, aqui representado pela autarquia INSS, em desfavor de seu povo.

Convém ressaltar que se discorda de sobremaneira com o posicionamento jurisprudencial conferido já à vigência do CPC/1973, acerca da exigência de especialização médica para a nomeação pericial tão somente quando a doença for rara ou o diagnóstico complexo, uma vez que o magistrado, uma vez que alheio às especificidades correlatas à medicina, submete-se a elevada probabilidade de engano no seu julgamento de raridade e complexidade da patologia. Ademais, se aprova ao legislador tal exigência, inviável ao jurista posicionar-se de modo contrário ao texto da lei, sob pena de legislar, ferindo de morte o princípio constitucional da separação dos poderes.

Outrossim, mostra-se ainda mais absurdo, após o legislador de 2015 reafirmar seu ânimo de exigir a especialização do perito, não obstante inexija a formação superior para todas as hipóteses, o Poder Judiciário repetir o despautério de ignorar o texto da lei, reiterando suas decisões e fundamentações destas com base em julgados proferidos à época em que o CPC/1973 vigia.

Nessa feita, entende-se que a doutrina caminha em sentido muito mais prudente do que a jurisprudência acerca da temática, destacando-se o brilhantismo de Almeida e Ferreira quando defendem a necessidade de realização do procedimento pericial por médico especialista na área da patologia a ser analisada.

No que tange às doenças norteadoras desta pesquisa, apesar da jurisprudência atual não ter expressado a necessidade de avaliação pericial especializada para a constatação de incapacidade e/ou deficiência decorrente(s) dessas tem-se, por todo o já elencado, que são doenças de diagnóstico complexo, pelo que se enquadram na necessidade de procedimento pericial especializado.

Desse modo, a perícia para fins de comprovação de transtornos depressivos ou de pânico incapacitantes e geradores de deficiência realizada por médico estranho à psiquiatria viola o devido processo legal por produção de prova ilícita, uma vez que produzida em contrariedade aos termos da lei, atenta contra o contraditório e a ampla defesa, já que prejudicam o direito da parte de produzir processualmente prova de seu direito, vai de encontro à proporcionalidade e razoabilidade que a situação do segurado ou assistido necessita, além de ferir de morte a função social do processo e a dignidade da pessoa humana. Assim, faz-se necessária para a tutela dos direitos sociais fundamentais à seguridade social, saúde, integridade psíquica, previdência social e assistência social a realização de avaliação pericial judicial por médico psiquiatra.

4. Considerações finais.

Tendo em vista toda a matéria aduzida, conclui-se que o número de pessoas acometidas de depressão ou síndrome de pânico encontra-se em constante ascensão, razão pela qual faz-se cada vez mais necessário voltar as atenções ao estudo dos direitos que tutelam esses indivíduos, bem como às doenças cernes desta pesquisa, uma vez que são bastantes a ocasionar incapacidade e, até mesmo, deficiência.

Demonstrou-se que a incapacidade deve ser verificada através do índice de funcionalidade, que observa o modo de interação do indivíduo acometido por depressão ou síndrome do pânico na sociedade e que a deficiência pode advir da incapacidade duradoura ou do enfrentamento de barreiras em desigualdade de condições com as demais pessoas em razão das doenças.

Restou cabalmente atestado que as doenças da psique não são de simples constatação, mas ao revés, são dotadas de complexidade que podem tanto levar ao não diagnóstico, quanto conduzir ao diagnóstico errôneo. Por esta razão, é possível afirmar com propriedade e afincos que somente especialistas em matérias da psique – psiquiatras – são dotados

da capacidade técnica necessária para o diagnóstico das patologias e seus graus; eventualidade ou manutenção; incapacidade de curto ou longo prazo; se são susceptíveis de recuperação ou não; se há ou não deficiência em razão da doença; entre outras questões que somente especialistas na matéria seriam capazes de identificar. Assim sendo, não há outra diretriz a tomar que não a da obrigatoriedade de realização de prova pericial por médico psiquiatra, sob pena de fragilizar os processos administrativos e judiciais, por meio de provas viciadas.

Concernente à matéria processual, firma-se o entendimento de que a produção de prova técnica por perito incompetente, nos termos do parágrafo anterior, é nula ante sua ilicitude. De tal modo, as decisões referentes a pedidos de benefícios previdenciários e assistenciais, independentemente do teor de deferimento ou indeferimento, que foram proferidas com base em laudos de *experts* incompetentes são nulas e passíveis de revisão, uma vez que além da insegurança jurídica, ferem de morte os princípios processuais constitucionais e legais do devido processo, contraditório, ampla defesa, vedação de uso de prova ilícita, função social do processo, legalidade e eficiência.

Ainda quanto à problemática processual, manifesta-se em contrariedade ao entendimento de necessidade de prévio requerimento administrativo como requisito para o ajuizamento de ação judicial, diante da latente ausência de condições de perícia médica adequada no âmbito do seguro social que conta com número de médicos extremamente reduzidos frente à quantidade de pessoas que têm requerido benefícios que demandam procedimento pericial e por, nem mesmo o INSS deter o controle da especialidade de seus peritos. Nesse sentido, a exigência do prévio requerimento contribui para o agravamento do dano da pessoa que necessita do auxílio estatal tornando-a refém de um procedimento administrativo ineficaz e, mais, viola o princípio constitucional de acesso à jurisdição.

Quanto ao posicionamento jurisprudencial acerca da perícia, critica-se o mesmo com veemência, uma vez que tem se mostrado condescen-

dente com jurisprudências pacificadas sob a égide de regramentos legais já revogados, de modo que clama-se por uma mudança comportamental urgente do órgão para que este cumpra a função que lhe é direcionada, de aplicar a lei prestando-lhe efetividade, tomando como exemplo a doutrina que têm evoluído diariamente, posicionando-se sem temor e com fervor em favor do Direito.

Por fim, pontua-se que além do dano a que o segurado ou assistido é exposto em razão da prova técnica realizada por perito incompetente, toda a sociedade é submetida à incerteza, uma vez que – sabidamente não em idênticas proporções – numerosos benefícios são concedidos a quem não detém incapacidade ou deficiência, trazendo ônus aos cofres públicos, em face do despreparo dos *experts*.

5. Referências

- ALMEIDA, João Alberto de; FERREIRA, Diogo Ribeiro. Provas em espécie. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto (Org.). **Processo Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
- AMADO, Frederico. **Prática Previdenciária Processual**. 2.ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2018.
- AMIRALIAN, Maria LT *et al.* Conceituando deficiência. Rev. Saúde Pública vol.34 n.1 São Paulo Feb. 2000 <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-89102000000100017>. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S00348910200000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 21 out. 2018.
- BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Constituição da Organização Mundial da Saúde**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em 8 set.2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 2 set.2018.

BRASIL. **Decreto n. 186**, de 9 de julho de 2008. Disponível em: <<https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/co-nvencaoopessoascomdeficiencia.pdf>>. Acesso em 9 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869imprensa.htm>. Acesso em 16 nov. 2018.

BRASIL. **Lei 8.213**, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em 9 set. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.876** de 2 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L10.876.htm>. Acesso em 4 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.105** de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13105.htm>. Acesso em 16 nov. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.146**, de 6 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13146.htm>. Acesso em 25 set. 2018.

BRASIL. **Portaria Interministerial SDH/MPS/MF/MOG/AGU nº 1**, de 27 de janeiro de 2014. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/65/SDH-MPS-MF-MOG-AGU/2014/1.htm>>. Acesso em 10 dez. 2018.

BRASIL. SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC. **Recurso Cível n. 5017803-84.2014.404.7205/SC**. Apelante: Waldir Luiz Ochakowski. Apelado: INSS. Relator: Juiz Federal Jairo Gilberto Schäfer, Data 17.12.2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=3&documento=6467887&termosPesquisados=cGVyaWNpYSBlc3Bly2lhbGlzdGEgCHNpcXVpYXRYyQ==>>. Acesso em 16 nov. 2018.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 631.240** - TEMA 350. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciarepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3966199&numeroProcesso=631240&classProcesso=RE&numeroTema=350>>. Acesso em 30 ago. 2018.

BRASIL. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. (4. REGIÃO)

IUJEF n. 5000967-62.2012.4.04.7122, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região. Recorrente: Sebastiana de Souza Paulino. Recorrido: INSS. Relator: Juiz Federal Paulo Paim da Silva, Data: 28.3.12. Disponível em: <<https://www.escavador.com/diarios/350628/DOU/secao-1/2016-05-13?page=232>>. Acesso em 16 nov. 2018.

BRASIL. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. **PEDILEF n.**

5012602-17.2014.4.04.7204. JEF TNU. Relator Juiz Federal Luis Eduardo Bianchi Cerqueira. Data: 5.4.2017. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/>>. Acesso em 19 nov.2018.

BRASIL. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. **PEDILEF SC**

200872510018627. Requerente: Maria das Dores Saul Jeremias, Requerido: INSS. Relatora Juíza Federal Jacqueline MichelsBilhalva. Data 10.5.2010. Disponível em: <<https://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18156232/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-200872510018627-sc/inteiro-teor-18156233>>. Acesso em 16 nov. 2018.

BRASIL. TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. **PEDILEF**

(Turma) 5004293-79.2015.4.04.7201. Origem TNU. Relatora Carmen Elizangela Dias Moreira de Resende, Data 14.9.2017. Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/tnu/>>. Acesso em 16 nov. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (1. Região). **AC 0019634-35.2018.4.01.9199**.

Segunda Turma. Recorrente: Cleber Araújo da Cunha. Recorrido: INSS. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, Data: 3.10.2018. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml?jsessionid=F4jEownHwOau8wIp_3oWX6x4Q2j_rOqjY1znPq_u.taturana04-hco2;juris-trf1_node01>. Acesso em 21 nov. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4. Região). **AC 5018653-**

71.2014.4.04.7001/PR. Turma Regional Suplementar do Paraná. Recorrente: INSS. Recorrida: Therezinha Gonçalves Guidorizi. Relator: Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, Data: 29.8.2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&numero_gproc=40000600857&versao_gproc=6&crc_gproc=fd93768c&termosPesquisados=dGlodWxviGVzcGVjaWfsaXNoYSBhcmVhIG1lZGljaW5h>. Acesso em 21 nov. 2018.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (4. REGIÃO) **Apelação Cível n. 022615-54.2013.404.9999 RS 0022615-54.2013.404.9999**. Apelante: Neusa Maria Rodrigues Marques. Apelado: INSS. Relator: Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, Data 17.9.2014. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141926814/apelacao-civel-ac-226155420134049999-rs-0022615-5420134049999?ref=serp>>. Acesso em 16 nov. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 20. ed. rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CLASSIFICAÇÃO ESTATÍSTICA INTERNACIONAL DE DOENÇAS E PROBLEMAS RELACIONADOS À SAÚDE **CID 10**. Disponível em:<<https://www.cid10.com.br/>>. Acesso em 8 set. 2018.

CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE FUNCIONALIDADE, INCAPACIDADE E SAÚDE, **Organização Mundial de Saúde**, Lisboa 2004, Tradução e Revisão Amélia Leitão. Disponível em:<http://www.inr.pt/uploads/docs/cif/CIF_port_%202004.pdf>. Acesso em 25 set. 2018.

COMISSÃO NACIONAL DE INCORPORAÇÃO DE TECNOLOGIAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. **Portaria n. 1.203**. de 4 de novembro de 2014. Disponível em:<<http://conitec.gov.br/images/Protocolos/TranstornoEsquizoafetivo.pdf>>. Acesso em 28 out.2018.

COMUNICAÇÃO SOCIAL DA POLÍCIA FEDERAL EM CRICIÚMA. Disponível em:<<http://www.pf.gov.br/agencia/noticias/2012/junho/operacao-psicose-desartricula-qua-drilha-que-fraudava-beneficios-do-inss>>. Acesso em 16 fev.2018.

COSTA, Clarissa Albuquerque. “Benefícios por incapacidade para o trabalho: auxílio-doença e aposentadoria por invalidez”. In SAVARIS, José Antonio (Coord). **Direito previdenciário: problemas e jurisprudência**. 2.ed. Curitiba: Alteridade, 2015.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 2008.

DATA SUS. **TRANSTORNOS DO HUMOR [AFETIVOS]**. Disponível em: <http://www.data.sus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f30_f39.htm>. Acesso em 28 out.2018.

DATA SUS. TRANSTORNOS NEURÓTICOS, TRANSTORNOS RELACIONADOS COM O “STRESS” E TRANSTORNOS SOMATOFORMES. Disponível em: <http://www.data.sus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f40_f48.htm>. Acesso em 30 out.2018.

DIÁRIO DO GRANDE ABC. Disponível em: <<https://www.dgabc.com.br/Noticia/267567/-operacao-alienista-prende-15-fraudado-res-do-inss>> Acesso em 16 fev.2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. v. 1. 15.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. v.1. 19.ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. v.5. 8.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA Rafael. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria da Prova, Direito Probatório, Ações Probatórias, Decisão, Precedente, Coisa Julgada e Antecipação da Tutela. v.5. 10.ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 20.ed. São Paulo; Atlas, 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de **Holanda. Minidicionário da língua portuguesa**. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

GUERRA, Marcelo Lima *apud* DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. v.1. 15.ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

HORVATH JUNIOR, Miguel *apud* COSTA, Clarissa Albuquerque. “Benefícios por incapacidade para o trabalho: auxílio-doença e aposentadoria por invalidez”. In SAVARIS, José Antonio (Coord). **Direito previdenciário: problemas e jurisprudência**. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2015.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/08/populacao-brasileira-ultrapassa-208-milhoes-de-pessoas-revela-ibge>>. Acesso em 15 nov. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 77, DE 21 DE JANEIRO DE 2015. Disponível em: <<http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm#capXV>>. Acesso em 04 nov. 2018.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico** – plano da existência. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misaél. **Curso de Direito Processual Civil**: de acordo com o novo CPC. 12.ed. reform. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. v.único. 8.ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Transtornos mentais**. Folha Informativa atualizada em abril de 2018. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5652:folha-informativa-transtornos-mentais&Itemid=839>. Acesso em 9 set.2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Aumenta o número de pessoas com depressão no mundo**. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5354:aumenta-o-numero-de-pessoas-com-depressao-no-mundo&Itemid=839>. Acesso em 21 out. 2018.

PASTOR, José Almansa *apud* COSTA, Clarissa Albuquerque. “Benefícios por incapacidade para o trabalho: auxílio-doença e aposentadoria por invalidez”. In SAVARIS, José Antonio (Coord). **Direito previdenciário: problemas e jurisprudência**. 2. ed. Curitiba: Alteridade, 2015.

SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Disponível em: <https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2925:Fraudes&catid=45:na-midia&Itemid=73> Acesso em 16 fev. 2018.

SISTEMA ELETRÔNICO DO SERVIÇO DE INFORMAÇÃO AO CIDADÃO. Disponível em: <<https://esic.cgu.gov.br/sistema/Pedido/DetalhePedido.aspx?id=eRUdUcb56+M=>>. Acesso em 30 ago.2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. v1. 56.ed, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VEREA Leonard. Síndrome do pânico tem tratamento, mas diagnóstico é difícil. Minha vida, 3.10.2016. Disponível em: <<https://www.minhavidade.com.br/saude/materias/17409-sindrome-do-panico-tem-tratamento-mas-diagnostico-e-dificil>>. Acesso em 10 nov. 2018.

Transfusão sanguínea de absolutamente incapaz, liberdade religiosa dos genitores e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no HC 268.459-SP

*Cíntia Moreira Gonçalves*¹

*Fabrcio Manoel Oliveira*²

1. Introdução

No ano de 2014 o Superior Tribunal de Justiça julgou relevante caso envolvendo um clássico conflito de direitos fundamentais: de um lado, a liberdade religiosa, de outro, o dever legal de proteção integral de uma absolutamente incapaz.

Em síntese, os pais da menor foram denunciados e pronunciados pela prática do artigo 121, *caput*, c/c artigo 61, II, "e", do Código Penal, uma vez que impediram e coagiram a equipe médica a não realizar o procedimento de transfusão sanguínea na garota, que estava em situação de iminente risco de morte, tudo isso em função de crença religiosa. Diante da negativa de autorização, ela veio a falecer, o que trouxe implicações criminais genitores.

Ante tal panorama, o debate promovido pela Corte gravitou ao redor da (im)possibilidade de os pais vetarem a realização de procedimento

¹ Mestre em Direito. Professora universitária das disciplinas Introdução à Ciência do Direito, Direito Civil, Direito Processual Civil e Ética Profissional e Estatuto da OAB. Coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade Faminas-BH. Advogada.

²Possui LL.M. em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas. Pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Grupo de Estudos sobre Planejamento e Estruturação do Patrimônio Familiar da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

de transfusão sanguínea em absolutamente incapaz em situação de risco de morte, ao fundamento de contrariedade à crença religiosa, em que se analisou também as eventuais repercussões criminais da adoção desse tipo de conduta.

Tendo isso em mente, o presente trabalho busca esmiuçar os fundamentos e o panorama teórico delineado pela Corte, investigando se a decisão se mostra acertada diante do conflito de direitos fundamentais postos em pauta, tendo como hipótese a correteza por parte do Tribunal.

Para tanto, por meio de uma metodologia jurídico descritiva-exploratória, o raciocínio hipotético-dedutivo e o método teórico, o trabalho foi dividido em três partes.

Na primeira delas estudar-se-á as liberdades constitucionais de consciência, crença e culto, as quais, em um primeiro momento, sustentam a negativa dos genitores em submeter a filha a qualquer tratamento contrário à sua seita religiosa.

Na segunda delas estudar-se-á os ditames constitucionais e infra-constitucionais acerca da necessidade de integral proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, nos mais variados espectros da vida, noção que faz contraponto ao item anterior, a princípio, desautoriza qualquer ação que não se dê em prol da manutenção da vida e saúde do absolutamente incapaz.

Por fim, na terceira delas analisar-se-á o julgamento do HC 268.459-SP pelo Superior Tribunal de Justiça, observando-se a contraposição da liberdade religiosa dos genitores em face do melhor interesse do incapaz, com intuito de que seja possível traçar uma conclusão sobre a correteza da decisão.

2. Liberdade constitucional de consciência, crença e culto

A Constituição da República de 1988, corriqueiramente denominada Constituição Cidadã, institui um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a

segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade real 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, sendo uma das cartas nacionais mais avançadas do século XX em termos de garantia de direitos fundamentais.

Nessa linha de proteção da liberdade e da autonomia constitutiva do sujeito, a Constituição Cidadã prevê a liberdade de consciência, de crença e de culto no artigo 5º, inciso VI³, VII⁴ e VIII⁵ e artigo 150, inciso VI, alínea “b”⁶, previsões que constituem uma proteção ao pluralismo religioso existente na sociedade, o que possibilita uma fuga a potenciais conflitos entre as diversas crenças e concepções religiosas (HABERMAS, 2007, p. 136).

Em síntese, a liberdade de consciência é a proteção dada aos valores pessoais do sujeito, isto é, a faculdade de que tenha juízos, ideias e opiniões próprias, vedando-se ao Estado qualquer tipo de interferência na esfera de pensamento do indivíduo. Por outro lado, a liberdade de crença, mais específica que a primeira, configura uma proteção, isto é, uma garantia de inviolabilidade diante da profissão de determinada religião, crença ou seita por parte do sujeito. Por fim, a liberdade de culto é a proteção ao exercício pleno das mais variadas formas de expressão da liberdade de crença, ou seja, é uma garantia de que a crença pode ser exercida, externada, devendo-se ter em mente, ainda, que a Constituição

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

⁶ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: VI - instituir impostos sobre: b) templos de qualquer culto.

também assegurou imunidade tributária aos templos, que não precisam pagar ao Estado qualquer tipo de tributo (FERNANDES, 2017, p. 443-446).

Seja como for, deve-se ter em mente que “tais liberdades não são absolutas, devendo ser exercidas em harmonia com os padrões ético-jurídicos” (NOVELINO, 2012, p. 517), ou seja, assim como todo direito fundamental, sua leitura deve ser conjugada com outros direitos individuais e coletivos à luz das peculiaridades do caso concreto.

2. O dever de proteção do incapaz

O ordenamento jurídico nacional também traz como um de seus baluartes a necessidade de integral proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, nos mais variados espectros da vida. Em síntese, eles são “titulares dos direitos fundamentais 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” (NOVELINO, 2012, p. 1081).

A previsão para tanto se encontra no caput⁷ e no § 6º⁸ do artigo 227 (doutrina da proteção integral), no artigo 228⁹ e 229¹⁰ da Constituição Cidadã, bem como em diversos pontos do Estatuto da Criança e do Adolescente, tal como no artigo 3º¹¹, 4º¹² e 5º¹³.

⁷ 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.

⁸ 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. § 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

⁹ Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

¹⁰ Art. 229. 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.

¹¹ 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. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião

Mais do que conferir uma proteção de caráter meramente formal, a intenção legislativa é dar efetividade aos direitos da criança, do adolescente e do jovem, lançando-os a um patamar protetivo até então inexistente, ou seja, colocando-os como alvo de políticas públicas e sociais, tal qual programas de assistência integral à saúde, por exemplo, evitando toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Imprescindível a adoção de tal diretriz justamente em virtude do fato de que a criança, o adolescente e o jovem possuem uma condição peculiar – a de pessoa em desenvolvimento, em formação de suas potencialidades e possibilidades.

Em outras palavras, possuem primazia de interesses em todas as esferas da vida social, axiologia que “não comporta indagações ou ponderações sobre o interesse a tutelar em primeiro lugar, já que a escolha foi realizada pela nação por meio do legislador constituinte” (MACIEL, 2018, p. 50), devendo sua promoção, pois, se dar da melhor maneira possível, papel não só da família, mas de toda a sociedade.

3. A contraposição entre a liberdade religiosa dos genitores e o melhor interesse do incapaz: comentários ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 268.459-SP

Em meados de 2014 foi prolatado acórdão pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 268.459-SP, o qual discutia a condenação

ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

¹² Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

¹³ Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

dos genitores de uma adolescente de 13 anos que haviam sido denunciados e pronunciados pela prática do artigo 121¹⁴, caput, c/c artigo 61, II, "e"¹⁵, do Código Penal em função da morte da incapaz.

No caso, em síntese, a vítima sofria de anemia falciforme e, na madrugada do dia 21 de julho de 1993, foi internada no Hospital São José, por apresentar agravamento de seu estado de saúde em consequência dessa patologia. A partir disso, foi submetida a exames clínicos, em que se constatou uma baixíssima quantidade de componentes hemáceos, o que exigia, com urgência, uma transfusão de sanguínea. Este diagnóstico foi apresentado aos pais da vítima, que apesar de todos os esclarecimentos feitos pela equipe e pelos médicos do Hospital, recusavam-se a permitir a transfusão de sangue na paciente, invocando preceitos acerca da religião Testemunhas de Jeová, da qual eram adeptos (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

No hospital, o quadro da paciente agravava-se cada vez mais e, em virtude disso, uma das médicas estava quase conseguindo a autorização do pai da adolescente para que se realizasse o procedimento. No entanto, a genitora da vítima comunicou o fato a um terceiro, médico conhecido da família, adepto da mesma religião, em busca de orientação acerca de como proceder. Este compareceu ao hospital e ostentando a condição de membro da "Comissão de Ligação com Hospitais das Testemunhas de Jeová" influenciou os genitores da vítima a não concordar com a transfusão, intimidando os médicos e a equipe do hospital, ameaçando processá-los judicialmente caso efetuassem o procedimento contra a vontade dos pais da paciente (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Consoante consta do julgamento, durante todo o tempo os genitores da adolescente foram alertados que não haveria outra alternativa à transfusão caso desejassem salvar a vida de sua filha. Em resposta, declararam

¹⁴ Art. 121. Matar alguém.

¹⁵ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;

que preferiam vê-la morta a permitir que recebesse a transfusão (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

A mãe da menor, inclusive, chegou a assinar por escrito uma declaração em que assumiu qualquer responsabilidade decorrente da recusa da transfusão sanguínea (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Com efeito, após certo lapso de tempo e inúmeras tentativas frustradas de convencimento dos pais da vítima pelos médicos que estavam no local, a menor veio a falecer entre 4h10min a 4h30min do dia 22 de julho de 1993, em consequência de assistolia ventricular, crise vaso-oclusiva e anemia falciforme (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Na visão do órgão acusador, os genitores denunciados, para supostamente salvaguardarem a salvação espiritual da vítima, impediram o procedimento médico adequado, concorrendo diretamente para a sua morte, isto é, assumiram o risco pelo (triste) evento (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Em função da morte da menor, houve denúncia penal dos pais e, também, do médico que, de certa forma, constrangeu e oprimiu os profissionais do hospital a não realizarem qualquer tipo de procedimento sem o consentimento familiar.

Após a sentença de pronúncia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não conheceu dos recursos em sentido estrito apresentados pela defesa, negando-lhes provimento, acórdão que apresentou o seguinte aresto:

Homicídio. Sentença de pronúncia. Pais que, segundo consta, impedem ou retardam transfusão de sangue na filha, por motivos religiosos, provocando-lhe a morte. Médico da mesma religião que, também segundo consta, os incentiva a tanto e ameaça de processo os médicos que assistiam a paciente, caso realizem a intervenção sem o consentimento dos pais. Ciência da inevitável consequência do não tratamento. Circunstâncias, que, em tese, caracterizam o dolo eventual, e não podem deixar de ser levadas à apreciação do júri. Recursos não providos (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

No julgamento, o Tribunal de Justiça de São Paulo ressaltou que não haveria qualquer inépcia na denúncia, como suscitado pela defesa, uma vez que o promotor de justiça teria descrito a conduta de maneira clara e precisa, preenchendo assim os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal¹⁶. Além disso, afastou qualquer alegação de cerceamento de defesa e, logo em seguida, discorreu sobre a existência de prova da materialidade do fato e de autoria e participação, afastando todos os pedidos da defesa (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Após, foram apresentados embargos de declaração pela defesa, os quais foram rejeitados pela Corte, consoante o seguinte aresto:

Passo a analisar, uma a uma, as alegações dos combativos defensores. 1. Omissão quanto à expressa manifestação de vontade da vítima: Não houve omissão; trata-se, simplesmente, de alegação incompatível com a própria defesa dos recorrentes. Precisam eles, afinal, decidir-se: opuseram-se ou não a transfusão? Dizem, claramente, que não o fizeram (fls. 1.174, por exemplo). Mas, neste caso, a concordância, ou não, da vítima é destituída de toda e qualquer importância. Agora, se se opuseram, então a questão passa a ser, como se disse no acórdão, se a conduta foi ou não concausa do resultado; se, por exemplo, em vez de estimular a filha a aceitar o tratamento, a encorajaram a preferir a morte a ele, parece claro que pode ter ocorrido participação. 2. Arguição de nulidade do exame de corpo de delito: Em síntese, alegam os embargantes que os laudos são insatisfatórios, e não houve manifestação no acórdão acerca desta alegação. Mas eu disse, muito claramente, que "não se justifica nova conversão em diligência", pois "os laudos satisfazem às necessidades do julgamento". Afinal, não há dúvida da morte; ninguém lhe discute a causa principal; assim, como realizar um laudo que comprovasse, ou não, exatamente a questão a ser submetida ao júri, ou seja: se a conduta dos recorrentes contribuiu para o desenlace? Importa, porém, que não houve omissão acerca do fato, até porque já superado pela posterior conversão do julgamento em diligência. 3. Nulidade da perícia hematológica realizada por um só perito: Também aqui não há omissão. Transcrevo: "Porque, com todo o respeito, creio que a conversão em diligência determinada por esta Colenda Corte (fls. 858/86) foi desnecessária: se houve ou não a transfusão; quando,

¹⁶ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

eventualmente, se deu; quem a realizou, como se procedeu a ela e por ordem de quem (fls. 86o) são questões fáticas, que, em sua maioria - como se provou pelos resultados das diligências -, já tinham resposta nos autos, ou eram impossíveis de responder. (O mesmo se diga, aliás, das respostas dos quesitos das partes.) E pouco importa o fato de a maioria me parecer de pouca ou nenhuma importância no deslinde da causa: a relevância delas, de toda a sorte, tinha de ser decidida pelos jurados, e não por esta Turma Julgadora" (fls. 1.241, o primeiro grifo foi acrescentado). Ou seja: a diligência era desnecessária, e, portanto, a falha no laudo nenhum prejuízo causou, razão por que não há cogitar de nulidade. 4. Obscuridade no tocante ao indeferimento de indicação de assistente técnico: Com todo o respeito, parece-me que fui bastante claro ao dizer que a conversão em diligência requerida não se justificava; os próprios embargantes transcrevem o trecho do acórdão neste sentido (fls. 1.270). E transcrevem também o fundamento da decisão que indeferiu o pedido: os laudos satisfazem às necessidades do julgamento. Anoto que não há incoerência, necessariamente, nas respostas do perito (fls. 92o), apontada pelos embargantes (fls. 1.269): uma coisa é curar; outra, muito diversa, salvar a vida. Não se curam várias doenças, sem que isto impeça de prolongar a vida do doente, às vezes indefinidamente. 5. Omissão quanto à existência de tratamentos médicos alternativos à transfusão. Mais uma das inúmeras questões de fato cuja decisão, creio ter deixado bem claro, compete - certa ou erradamente - ao júri. 6. Contradição quanto à expressão "impedir": Existiria, mesmo, se não fosse a nota de pé de página (fls. 1.241), acrescentada com este específico fim, que observa, com citação de dois dicionários conceituadíssimos, que "impedir" pode também significar "atrapalhar, retardar". 7. Nulidade da r. sentença: Ao dizer que a r. sentença "deixou de enfrentar questão fundamental", deixei claro, pela própria escolha do vocábulo, que isso ocorreria nos fundamentos da decisão. Ora, nada impede que se confirme uma decisão, embora por diferente fundamento; foi o que houve. 8. Contradição no que se refere ao nexos causal: Ao citar o bem lançado parecer da Procuradoria Geral de Justiça, fui muito claro ao dizer que propiciava "um bom começo" de resposta; especificamente, ao dizer que - como transcrevi - "o nexos causal não pode ser excluído" (grifos meus). E é sabido que, pela teoria adotada pelo eminente procurador de justiça (que fica clara no parecer), quando ele diz que o consentimento "por certo evitaria o resultado", está implícita a causa: evitaria o resultado da forma como ocorreu. Bem sabem os dignos advogados embargantes, então (que conhecem a teoria da *conditio sine qua non* melhor do que eu), não haver contradição alguma. Embora, friso, o acórdão não tenha aceitado este fundamento para a pronúncia; deixei mui-

to claro que a questão é normativa, e não fática. Importa, porém, é que, também aqui, não há contradição. (fls. 82-85) (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Posteriormente, a defesa apresentou embargos infringentes, os quais também não foram acolhidos por maioria da Corte. Em resumo, o voto condutor do julgamento se deu no sentido de que a conduta dos pronunciados impediu o adequado procedimento médico, concorrendo para a morte da menor, isto é, tratar-se-ia de risco pelo evento (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Afirmou-se, ainda, que “em que pesem as referidas convicções religiosas dos acusados que, não obstante lhe são asseguradas constitucionalmente, a verdade é que a vida deve prevalecer acima de qualquer religião” (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Por fim, a decisão também mencionou o fato de que a menor vinha sendo tratada há anos sem qualquer tipo de procedimento que envolvesse transfusão sanguínea, a qual lhe era imprescindível, o que explicaria o baixíssimo número de hemáceas em seu corpo. Quer dizer, seu quadro clínico foi se agravando paulatinamente até cominar em sua morte, não se tratando de uma patologia súbita, mas sim de um processo evolutivo e gradual, o qual causou seu definhamento, fator que na visão da Corte ressaltou ainda mais a responsabilidade dos genitores (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Irresignada, a defesa interpôs recurso especial, que não foi admitido na origem. Logo em seguida, manejou agravo em recurso especial, ao qual também foi negado provimento.

Diante disso, apresentou embargos de declaração no agravo em recurso especial, os quais, da mesma maneira, foram rejeitados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, tentou-se como último sucedâneo a apresentação de um *habeas corpus* perante a Corte, o qual teve como escopo o arrazoado de que, independentemente de qualquer formalismo, as alegações da defesa deveriam ser analisadas e acolhidas, dado que impedimentos de acesso de caráter meramente formal proporcionariam situações práticas de

injustiça, as quais a Corte possui o dever legal de evitar (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Assim, na esteira de antigos julgados, os genitores suscitaram a existência de constrangimento ilegal, erro e ausência de justa causa para a ação penal, sustentando que a partir do momento em que levaram a filha ao hospital e a internaram, com a intenção de que recebesse cuidados de profissionais capacitados, o dever de cuidado passou a ser de titularidade dos médicos, havendo uma sucessão na posição de garantes, no seu entender (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Ademais, ponderaram que foram os médicos do hospital que não realizaram a prática da ação mandada, sendo eles então os únicos a quem se poderia imputar a prática delitiva na forma omissiva (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Salientaram também que, de acordo com entendimento jurisprudencial de vários tribunais pátrios, nas hipóteses envolvendo menores de idade com risco de morte, seria dever do médico realizar o atendimento, ainda que em detrimento da vontade dos pais (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Mantendo a mesma linha expositiva, dissertaram a respeito do fato de que a internação já seria o bastante para tornar viável a transfusão, sendo irrelevante a ausência de seu consentimento, fato que na sua visão tratar-se-ia de caso claro de imputação do resultado a um âmbito de responsabilidade alheio (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Desse modo, “sob o ponto de vista do nexó normativo (ou hipotético) de causalidade, foi a falta de transfusão devida pelos médicos (omissão do dever legal) que 'deu causa' ao resultado típico, e não a (anterior) ausência de consentimento para o tratamento” (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Logo, concluíram no sentido de que "a imputação objetiva só poderia ser feita aos médicos, mas não aos pais que agiram no sentido da proteção da vida de sua filha" (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

E, por fim, defenderam que "se a denúncia e a pronúncia dão como certo que o comportamento dos pais foi movido por uma crença religio-

sa; se os autos dão conta de que os pais levaram a amada filha para o hospital, ainda que com o dissenso quanto à transfusão, mas buscando tratamento alternativo" (STJ, HC 268.459-SP, 2014), tal comportamento não poderia ser típico.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o caso, não conheceu da ordem apresentada, mas, em rara decisão, expediu habeas corpus de ofício para extinguir a ação penal em relação aos genitores, isso em razão da atipicidade do comportamento que lhes foi irrogado. Segundo a Corte, deve-se ter em mente, ademais, o fato de que "(...) o atroz sofrimento amargado por toda essa *via crucis* já representou reprimenda mais intensa que qualquer privação de liberdade possa infligir".

O aresto do julgamento assim preconizou:

PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO. (1) IMPETRAÇÃO COMO SUCEDÂNEO RECURSAL, APRESENTADA DEPOIS DA INTERPOSIÇÃO DE TODOS OS RECURSOS CABÍVEIS. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) QUESTÕES DIVERSAS DAQUELAS JÁ ASSENTADAS EM ARESP E RHC POR ESTA CORTE. PATENTE ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. (3) LIBERDADE RELIGIOSA. ÂMBITO DE EXERCÍCIO. BIOÉTICA E BIODIREITO: PRINCÍPIO DA AUTONOMIA. RELEVÂNCIA DO CONSENTIMENTO ATINENTE À SITUAÇÃO DE RISCO DE VIDA DE ADOLESCENTE. DEVER MÉDICO DE INTERVENÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECONHECIMENTO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do *habeas corpus*, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional, e, em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem depois de interpostos todos os recursos cabíveis, no âmbito infraconstitucional, contra a pronúncia, após ter sido aqui decidido o AResp interposto na mesma causa. Impetração com feições de sucedâneo recursal inominado. 2. Não há ofensa ao quanto assentado por esta Corte, quando da apreciação de agravo em recurso especial e em recurso em *habeas corpus*, na medida em que são trazidos a debate aspectos distintos dos que outrora cuidados. 3. Na espécie, como já assinalado nos votos vencidos, proferidos na origem, em sede de recurso em sentido estrito e embargos infringentes, tem-se como decisivo, para o desate da responsabilização criminal, a aferição do relevo do consentimento dos pacientes para o advento do resultado tido como delitivo. Em verdade, como inexistem direitos absolutos em nossa ordem constituio-

nal, de igual forma a liberdade religiosa também se sujeita ao concerto axiológico, acomodando-se diante das demais condicionantes valorativas. Desta maneira, no caso em foco, ter-se-ia que aquilatar, a fim de bem se equacionar a expressão penal da conduta dos envolvidos, em que medida teria impacto a manifestação de vontade, religiosamente inspirada, dos pacientes. No juízo de ponderação, o peso dos bens jurídicos, de um lado, a vida e o superior interesse do adolescente, que ainda não teria discernimento suficiente (ao menos em termos legais) para deliberar sobre os rumos de seu tratamento médico, sobrepairam sobre, de outro lado, a convicção religiosa dos pais, que teriam se manifestado contrariamente à transfusão de sangue. Nesse panorama, tem-se como inócua a negativa de concordância para a providência terapêutica, agigantando-se, ademais, a omissão do hospital, que, entendendo que seria imperiosa a intervenção, deveria, independentemente de qualquer posição dos pais, ter avançado pelo tratamento que entendiam ser o imprescindível para evitar a morte. Portanto, não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue - pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional. 4. Ordem não conhecida, expedido *habeas corpus* de ofício para, reconhecida a atipicidade do comportamento irrogado, extinguir a ação penal em razão da atipicidade do comportamento irrogado aos pacientes (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

A Relatora da decisão iniciou o voto pontuando o fato de que o *habeas corpus* não seria a via correta para a discussão pretendida. Todavia, diante da temática envolvida e do aspecto de ilegalidade que pairava sobre o caso, ressaltou a necessidade de sua revisitação.

Ato contínuo, demonstrou a multidisciplinaridade das questões postas em debate, tratando o problema como um verdadeiro *hard case*, mormente porque “a conduta irrogada envolve, na concepção de seus genitores, uma perda extremamente dolorida, iluminada por decisão difícilima, timbrada por uma opção religiosa, ou melhor, segundo a sua ótica, não havia propriamente uma opção” (STJ, HC 268.459-SP, 2014),

aspectos que configuram uma relação conflituosa entre a esfera jurídica, filosófica e também religiosa – um embate entre o direito à vida e à liberdade de professar determinada religião ou crença, ambos resguardados pela Constituição de 1988.

A título de curiosidade, em parecer sobre a demanda, Luiz Roberto Barroso, à época advogado, asseverou que

As testemunhas de Jeová professam a crença religiosa de que introduzir sangue no corpo pela boca ou pelas veias viola as leis de Deus, por contrariar o que se encontra previsto em inúmeras passagens bíblicas (Gênesis, 9:3-4, Atos 15:28-29). Daí a interdição à transfusão de sangue humano, que não pode ser excepcionada nem mesmo em casos emergenciais, nos quais exista risco de morte. Por essa razão, as testemunhas de Jeová somente aceitam submeter-se a tratamentos e alternativas médicas compatíveis com a interpretação que fazem das passagens bíblicas relevantes. Tal visão tem merecido crítica severa de adeptos de outras confissões e de autores que têm se dedicado ao tema, sendo frequentemente taxada de ignorância ou obscurantismo. Por contrariar de forma intensa o senso comum e por suas consequências potencialmente fatais, há quem sustente que a imposição de tratamento seria um modo de fazer o bem a esses indivíduos, ainda que contra a sua vontade. Não se está de acordo com essa linha de entendimento. A crença religiosa constitui uma escolha existencial a ser protegida, uma liberdade básica da qual o indivíduo não pode ser privado sem sacrifício de sua dignidade. A transfusão compulsória violaria, em nome do direito à saúde ou do direito à vida, a dignidade da pessoa humana (...) (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Sem se ater ao parecer, contudo, o voto condutor destacou, na esteira das informações constantes dos autos, que os próprios genitores tentaram socorrer sua filha ao levá-la ao hospital, o que a princípio não representaria qualquer tipo de postura homicida, ou seja, a conduta não foi direcionada ao resultado morte (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Logo em seguida, o voto começou a desenhar a impossibilidade de incriminação de ambos os pais, isso em função da ausência de nexo causal entre a conduta que exerceram (criação de obstáculos e oposição ao tratamento adequado) e o resultado (morte da menor) (STJ, HC 268.459-SP, 2014). Quer dizer, na visão da Ministra Relatora, Maria Thereza de

Assis Moura, a recusa dos pais da vítima foi irrelevante em relação ao atendimento médico - que necessariamente deveria ter sido prestado.

Em outras palavras, a partir da análise do princípio bioético da beneficência (dever do médico em não causar danos e fazer o bem, com procedimentos adequados) e principalmente do princípio da autonomia (que apregoa o respeito às decisões dos pacientes a respeito do tratamento médico), erigiu-se a prestação jurisdicional no sentido da não-absolutização da autonomia frente ao iminente perigo de vida, ao fundamento de que o valor da vida humana deve se sobrepor à exigência de consentimento, observações que devem ser seguidas por todos os médicos quando do exercício da profissão, na esteira do artigo 22 do Código de Ética Médica¹⁷.

Nessa linha, a Relatora esclareceu que caberia aos médicos do hospital “(...) passando por cima de qualquer obstáculo, materializar a intervenção que restasse” (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Ou seja, “caso [os médicos] assim agissem, de uma só vez, estariam dando concreção ao exercício profissional que abraçaram, ao princípio da beneficência, e, justificando a impossibilidade de aplicação tratamento alternativo, no contexto, teriam respeitado, na medida do possível, o primado da autonomia (...)” (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Logo, a Relatora concluiu o voto condutor no sentido de que a ausência de consentimento em um caso que envolve risco iminente de morte, tal como esse, não deveria representar qualquer tipo de óbice à realização do procedimento de transfusão pelos médicos, fato que explicitaria, pois, falha médica.

Por esses argumentos, então, manteve o entendimento de que o remédio apresentado não seria o instrumento processual adequado para a discussão da presente matéria, não conhecendo da ordem apresentada, todavia, expediu *habeas corpus* de ofício para extinguir a ação penal por atipicidade do comportamento irrogado aos pais.

¹⁷ É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Destacou ainda que toda a (triste) situação vivenciada pela família já é assaz como reprimenda pelo ocorrido, ou seja, “(...) o atroz sofrimento amargado por toda essa *via crucis* já representou reprimenda mais intensa que qualquer privação de liberdade possa infligir” (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Com efeito, parece-nos acertado o resultado do julgado. Todavia, algumas considerações merecem ser tecidas a respeito da matéria, especialmente por envolver situação em que há uma absolutamente incapaz em iminente risco de morte.

Primeiramente, na esteira daquilo que fora assentado no curso do processo, a vida é um direito individual que pressupõe todos os demais, ou seja, um direito primitivo, originário, sem o qual nenhum outro seria possível, devendo, portanto, ser protegida em grau máximo, respeitados eventuais (e possíveis) contrapontos constitucionais.

Consideramos que, diante da impossibilidade de utilização de qualquer tipo de procedimento substituto do tratamento, assim como fora assinalado pelo laudo constante do processo, bem como em virtude do risco iminente de morte de uma pessoa que ainda é absolutamente incapaz, realmente a discordância religiosa de seus genitores não possui o condão de impedir a transfusão de sangue e o conseqüente salvamento da paciente.

Afinal, a decisão a respeito da não aceitação do procedimento não partiu da própria paciente (que sequer possui condições cognitivas para tanto), não passou por uma deliberação autônoma, mas sim se deu por intermédio de terceiros, seus responsáveis legais, seus pais.

Em outros dizeres, não se trata de uma decisão individual, de um querer próprio, o qual entendemos que seria absoluto se plenamente capaz a pessoa¹⁸, mas, em realidade, de uma deliberação advinda de seus

¹⁸ Atualmente grande parte da doutrina especializada em bioética pesquisa a possibilidade de disposição acerca do próprio corpo ou mesmo da vida, de modo que alguns autores se inclinam na direção de ambas serem possíveis, desde que não haja qualquer prejuízo a terceiro, assim como preconizado pelo parecer do Luís Roberto Barroso no presente caso. Em outras palavras, defendem que, inexistindo prejuízo a outrem, deve ser respeitada a autonomia e as escolhas da pessoa com o fito de garantir sua liberdade, autogoverno e soberania sobre o próprio corpo, dando concretude à dignidade da pessoa humana. O respeito é mais do que o simples reconhecimento de pontos de vista, mas sim o reconhecimento do próprio indivíduo como ser autônomo e particular, o qual deve por si só tomar decisões consoante seu plano de vida, embasado em suas próprias crenças, aspirações e valores, mesmo que

responsáveis legais, os quais, acima de tudo, em nosso sentir, possuem o dever de zelar e cuidar da integridade física e psíquica da menor até que ela se torne plenamente capaz (sob o prisma da lei) e possa decidir por si só as opções e seu plano de vida.

Ou seja, pela sua condição de hipossuficiência o dever maior dos genitores perpassa justamente pela prestação/fornecimento de condições adequadas para manutenção e sustentabilidade de sua vida (melhor interesse do incapaz), o que afasta qualquer prevalência de crenças pessoais na presente hipótese. Afinal, as crenças religiosas não são da incapaz, mas de seus responsáveis, o que denota, então, que não podem ser a ela estendidas.

Com efeito, o artigo 227 da Constituição de 1988 acentua o direito à vida da criança e do adolescente, conforme se vê:

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).

Quer dizer, é possível notar que o direito à vida da criança e do adolescente é o primeiro a ser mencionado pela Constituição, isto é, está grafado de forma primeva, o que certamente denota sua sobrelevação e seu caráter de excelsitude frente aos subsequentes.

A mesma regra se encontra no artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, consoante se vê:

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

destoantes dos valores sociais ou daqueles dos profissionais da saúde (COSTA; OSELKA; GARRAFA, 1998, p. 58). Por outro lado, há aqueles que entendem pela possibilidade de renúncia parcial de aspectos pessoais. Sobre o tema, ver: STANCIOLI, 2017, passim.

Isso não quer dizer, no entanto, que existe qualquer tipo prevalência, em absoluto, do direito à vida sobre as crenças e profissões religiosas pessoais, isto é, em todos os casos, mas tão somente que, na hipótese em tela, por se tratar de uma absolutamente incapaz, o direito à vida se sobressai e por isso mesmo deve ser resguardado e estar no centro de qualquer discussão jurídica, devendo-se, pois, ultrapassar qualquer barreira envolvendo opções religiosas de seus pais.

Em outras palavras, é possível notar que a discussão extrapola o mero limite do próprio corpo e alcança o corpo de terceira pessoa (uma menor incapaz), a qual ainda não possui discernimento para efetuar escolhas, independentemente de sua natureza (como por exemplo, qual fé irá professar, caso resolva professar alguma), de sorte que, em função disso, ter-se-á a preservação da vida como baluarte principal de toda a atuação familiar parece ser a medida mais adequada e correta para se evitar tragédias. É o que assevera Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 447-448):

Questão da transfusão de sangue das testemunhas de Jeová: A doutrina majoritária e a jurisprudência vêm entendendo que, não havendo outra opção a não ser a transfusão sanguínea (que segundo o cânone interpretativo bíblico das testemunhas de Jeová os tornariam impuros), teríamos que: a) se o paciente for incapaz ou estiver inconsciente a transfusão deverá ser feita. O entendimento, embora de difícil enquadramento, é o de que não há como a vontade dos pais suprir a incapacidade do paciente. Nem mesmo uma vontade antecipada mediante termo escrito pelo próprio paciente seria suficiente para evitar o procedimento médico de transfusão (...).

No mesmo sentido:

O fato é que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, pouco importa a crença da pessoa e o modo como ela decide conduzir sua vida, desde que, é claro, ela não ocasione prejuízos a terceiros, (LIGIERA, 2009. p. 168).

É de se ressaltar, contudo, que no caso a oposição dos pais e a coação imposta pelo médico conhecido da família, em nosso entender,

repeliram e constrangeram a correta atuação dos médicos do hospital, que se sentiram acuados e receosos ante as represálias, possíveis representações e processos judiciais caso descumprissem as determinações familiares, tanto é que colheram a assinatura de um dos genitores, que assumia todas as responsabilidades e riscos decorrentes da recusa da transfusão sanguínea. E, ainda, afirmaram que preferiam morta a filha do que vê-la realizar a transfusão (STJ, HC 268.459-SP, 2014).

Com efeito, a alegação processual suscitada pela defesa dos genitores de que os médicos do hospital teriam o dever de proceder ao salvamento da paciente a qualquer custo, mesmo em contrariedade às orientações e à ferrenha oposição familiar e do médico conhecido da família, em nosso sentir, parece demonstrar um abuso de direito, isto é, um *venire contra factum proprium*. Isso porque estamos diante de condutas contraditórias a respeito de uma mesma matéria: quando da internação, coagiram e constrangeram a equipe médica, impedindo a regular realização do tratamento terapêutico; todavia, posteriormente, na esfera judicial, suscitaram a existência de um dever legal de cuidado dos médicos, independentemente de sua oposição, condutas totalmente contraditórias no mundo da vida e no campo processual, o que fere a boa-fé objetiva, baluarte do ordenamento.

Seja como for, a violação da boa-fé no presente caso, por si só, não é suficiente para afastar a responsabilidade dos médicos pelo não cumprimento de um dever legal, quer dizer, tinham os médicos, na esteira do artigo 22¹⁹ e 26²⁰ do Código de Ética Médica, o dever legal de proteger a vida da criança, especialmente em função de sua incapacidade absoluta, a qual lhe impede de ter o correto discernimento para as escolhas da vida civil.

¹⁹ É vedado ao médico: Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

²⁰ É vedado ao médico: Art. 26. Deixar de respeitar a vontade de qualquer pessoa, considerada capaz física e mentalmente, em greve de fome, ou alimentá-la compulsoriamente, devendo cientificá-la das prováveis complicações do jejum prolongado e, na hipótese de risco iminente de morte, tratá-la.

Nessa hipótese, inclusive, é de se inferir que o próprio Código Penal Brasileiro estabelece ser atípica a conduta do médico que realiza intervenção, mesmo que cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, nos moldes do artigo 146, § 3º, inciso I²¹.

Apesar de a conduta coercitiva dos genitores e do médico conhecido da família não afastarem por si só a responsabilidade da equipe do hospital no tratamento da incapaz, em eventual ação penal contra estes últimos, tais questões certamente seriam consideradas e valoradas pelo juízo criminal.

4. Considerações finais

Como visto, no ano de 2014 o Superior Tribunal de Justiça julgou relevante caso envolvendo um clássico conflito de direitos fundamentais: de um lado, a liberdade religiosa, de outro, o dever legal de proteção integral de uma absolutamente incapaz.

Consoante consta nos autos, os pais da menor foram denunciados e pronunciados pela prática do artigo 121, *caput*, c/c artigo 61, II, "e", do Código Penal, uma vez que impediram e coagiram a equipe médica a não realizar o procedimento de transfusão sanguínea na garota, que estava em situação de iminente risco de morte, tudo isso em função de crença religiosa. Diante da negativa de autorização, ela veio a falecer, o que trouxe implicações criminais genitores.

Em face de tal panorama, o debate promovido pela Corte gravitou ao redor da (im)possibilidade de os pais vetarem a realização de procedimento de transfusão sanguínea em absolutamente incapaz em situação de risco de morte, ao fundamento de contrariedade à crença religiosa, em

²¹ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. § 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

que se analisou também as eventuais repercussões criminais da adoção desse tipo de conduta.

A partir disso, o presente trabalho buscou esmiuçar os fundamentos e o panorama teórico delineado pela Corte, investigando se a decisão foi (ou não) acertada diante do conflito de direitos fundamentais postos em pauta.

Em um primeiro momento, estudou-se as liberdades constitucionais de consciência, crença e culto, as quais supostamente dariam base à negativa dos genitores em submeter a filha a qualquer tratamento contrário à sua seita religiosa.

Logo em seguida, estudou-se os ditames constitucionais e infraconstitucionais acerca da necessidade de integral proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, nos mais variados espectros da vida, noção que supostamente desautoriza qualquer ação que não se dê em prol da manutenção da vida e saúde do absolutamente incapaz.

Depois, analisou-se o julgamento do HC 268.459-SP pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual não conheceu da ordem apresentada, mas, em rara decisão, expediu habeas corpus de ofício para extinguir a ação penal em relação aos genitores diante da atipicidade do comportamento que lhes foi irrogado, tudo isso após extensa discussão sobre a prevalência do melhor interesse do incapaz em contraposição à liberdade religiosa dos genitores.

Na esteira do raciocínio traçado pela Corte, foi possível concluir que, realmente, a decisão se mostrou acertada, o que confirmou a hipótese outrora apresentada. Isso porque a mera discordância religiosa dos genitores não possui o condão de impedir a transfusão sanguínea e o consequente salvamento da paciente, dado que tal decisão a respeito da não aceitação do procedimento não partiu da própria paciente, ou seja, não passou por uma deliberação autônoma, mas se deu por intermédio de terceiros, seus responsáveis legais, seus pais, vontade que não é suficiente para suprir sua incapacidade tampouco o dever primitivo que possuem de zelar e cuidar de sua integridade física e psíquica até que ela

se torne plenamente capaz e possa decidir por si só suas opções pessoais e plano de vida.

5. Referências

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

Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2019.

BRASIL. **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>.

Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 268.459-SP (2013/0106116-5)**.

Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 04.02.2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301061165&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 18 maio 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1.931,

de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2019.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; OSELKA, Gabriel; GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à Bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

LIGIERA, Wilson Ricardo. **Responsabilidade Médica diante da Recusa da Transusão de Sangue**. São Paulo: Nelpa, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 11^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

Uma breve análise da multiparentalidade e suas repercussões no direito pátrio

*Caroline Amorim Costa*¹

*Lara Carolina Anjos Araújo*²

*Rafaela Oliveira Pontes*³

*Raphael Caetano Rodrigues Silva*⁴

1 Introdução.

Hoje, mais do que nunca, tem-se uma manifesta revolução das estruturas familiares. O surgimento destas novas estruturas trouxe, para o Direito, muitos debates e divergências doutrinárias, além de trazer reformas e novidades institucionais.

O Direito das Famílias – e assim deve ser dito, pois existem diversas famílias, dos mais diversos tipos – é um dos ramos jurídicos que mais se adequa ao contexto social hodierno e, desse modo, enseja a criação de novos institutos jurídicos fundados em costumes da sociedade.

¹Pós-Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG; Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG; Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, PUC/MG; Especialista em Ciências Jurídicas pela UCAM/IAVM; Pós-graduanda em Moderna Educação: metodologias, tendências e foco no aluno; Coordenadora da Diretoria de Articulação Política e Social do IAA - Instituto Abolicionista Animal; Associada Titular do IBERC – Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil; Membro da AMPDIC – Associação Mineira de Professores de Direito Civil; Professora Universitária; Autora articulista; Advogada; Sócia Proprietária do Escritório de Advocacia BCAP Sociedade de Advogados. E-mail: carolineamorim@gmail.com.

² Estudante de graduação em Direito pelo Centro Universitário UNA. E-mail: laracarolinacedaspy@gmail.com.

³ Estudante de graduação em Direito pelo Centro Universitário UNA. E-mail: rafapontes2016@gmail.com.

⁴ Estudante de graduação em Direito pelo Centro Universitário UNA. E-mail: raphaelcaetanobh@gmail.com.

A multiparentalidade é fato notório de que as estruturas familiares e sociais estão se revolucionando, e por isso mesmo, será o tema analisado neste trabalho.

A multiparentalidade é instituto jurídico recente, que tem repercussões na seara jurídica familiar e constitucional. É instituto construído, sobretudo, pela doutrina e pela jurisprudência, e vem ganhando força nas decisões judiciais que têm a finalidade de estabelecer a alguém, de modo a crescer, novos pais e/ou novas mães, corroborando, pois, para um vínculo de afeto outrora constatado, que traz repercussões significativas na esfera jurídica. É formada por relações de afeto de um suposto pai ou mãe em relação a um suposto filho, caracterizando-se a paternidade/maternidade socioafetiva, quando preenchidos os requisitos.

A multiparentalidade é, ainda, um instituto jurídico instável, por ser objeto de grandes querelas na esfera jurídica, mormente no que se refere aos direitos sucessórios, de alimentos, de afeto, guarda, etc., não obstante, é tema que merece atenção especial e análise pormenorizada.

Falar de socioafetividade pressupõe conhecimento acerca do que é afeto. Para Adriana Dabus Maluf (2012 apud CASSETTARI, 2015, p. 8), o afeto é caracterizado por um tratamento cuidadoso e carinhoso que se tem com alguém que é querido; consiste na manifestação de sentimentos a uma pessoa, acarretando na criação de um elo entre elas, de forma profunda e afável, gerando implicações psicológicas e fomentando a produção de substâncias que geram emoções, que poderão ser negativas ou positivas, e que variarão de acordo com o contexto da demonstração do afeto.

A relação de parentesco é caracterizada precipuamente pela consanguinidade entre os sujeitos. Havendo, no entanto, a existência de um afeto expressivo entre duas ou mais pessoas, estabelece-se um vínculo de parentesco, e que não necessariamente, como se pode perceber, é formado tão só por critérios biológicos, pois se assim o fosse, não haveria falar em parentesco proveniente do casamento, da adoção, e nem tampouco da paternidade/maternidade socioafetiva.

Neste sentido, Joseph de Plácido e Silva (2004 apud CASSETTARI, 2015, p. 11) conceitua o parentesco, num sentido jurídico, como um liame, uma relação entre as pessoas, estabelecidos por um fato jurídico (casamento ou adoção, *verbi gratia*), em que não se faz importante o fator da consanguinidade para que se consolide este vínculo, eis que o elo (parentesco) ficará firmado por mero fato jurídico.

Mutatismutandis, é válida a aplicação do referido conceito de parentesco, caso partamos da premissa supracitada, às relações que consubstanciam a paternidade/maternidade socioafetiva, vez que, para fins de consideração de parentesco, não é necessário o fator da consanguinidade, no entanto, deve restar evidenciado um fato jurídico que materialize a paternidade/maternidade socioafetiva (o afeto e a alteração no registro civil) e, por conseguinte, o parentesco.

A dicção do art. 1.593 do Diploma Civil permite interpretação abrangente no que diz respeito ao parentesco. Referido dispositivo profere que o parentesco poderá ser estabelecido pela consanguinidade (hipótese em que ter-se-ia um parentesco natural) ou por outra origem (parentescos civis). A partir do que se depreende da análise do dispositivo supramencionado, a possibilidade de se estabelecer vínculos paternais/maternaissocioafetivos é indubitável, e as repercussões jurídicas acerca de tal vínculo deverão ser bem analisadas (e serão, em momento oportuno, neste trabalho). Trata-se de hipótese de parentesco civil, por ser a paternidade/maternidade socioafetiva um outro meio de estabelecimento de vínculo de parentesco, e nesse sentido é a disposição do Enunciado 256 do Conselho da Justiça Federal.

Resta, portanto, evidenciada, à luz da legislação civil, a possibilidade de se admitir a multiparentalidade no Direito Brasileiro, todavia, ainda serão desenvolvidos outros argumentos que confirmarão e colaborarão para este fato. Por oportuno, necessária é a preleção do Min. Luiz Edson Fachin, para desfecho deste capítulo:

A verdade socioafetiva pode até nascer de indícios, mas toma expressão na prova; nem sempre se apresenta desde o nascimento. Revela o pai que ao fi-

lho empresta o nome, e que mais do que isso o trata publicamente nessa qualidade, sendo reconhecido como tal no ambiente social; o pai que ao dar de comer expõe o foro íntimo da paternidade, proclamada visceralmente em todos os momentos, inclusive naqueles em que toma conta do boletim e da lição de casa. É o pai de emoções e sentimentos, e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos. Outro pai, nova família (FACHIN, 1996, p. 56).

Por conseguinte, sua historicidade.

2. Historicidade: a inserção da multiparentalidade no direito brasileiro

Trata-se a família de uma instituição cujo conceito é indefinido e de extrema amplitude. É instrumento que contribui, inegavelmente, para a formação do indivíduo, e é tido como o instrumento base do Estado, sobretudo porque família precede a formação do Estado, inobstante necessidade da proteção deste.

O histórico que se tem acerca das famílias é o fundado em manifesto patriarcalismo e evidente monogamia; é um histórico arcaico e que permeia a grande maioria das famílias atuais, em que se tem um homem como sendo o ser gestor de toda a família – *pater familias* –, e os filhos e esposa, como submissos aos seus mandos. Por se tratar de um histórico romano de família, a repercussão desse modelo familiar influenciou grande parte do ocidente – senão todo ele –, vez que o direito romano foi de grande autoridade na formação dos ordenamentos jurídicos e na criação de costumes.

A própria etimologia da palavra família (do latim *familiae*) já exterioriza o referido instituto como sendo algo formado por um gestor de autoridade, que tem como submissos os filhos e a esposa. *Familiae* caracterizava um conjunto de súditos que se submetiam aos mandos de um ser detentor de grande poder (*pater*).

Apesar do histórico sombrio acerca das instituições familiares e do conceito de família, novos entendimentos em relação à estrutura das

famílias têm sido adotados no Brasil, paulatinamente, mas com certa resistência.

A construção da família tinha base tão somente em um vínculo de sangue, vez que teriam parentesco mútuo apenas aqueles que se conectavam pelo fator da consanguinidade, pelo fator biológico, por exames médicos que constataavam que realmente havia um laço construído com o mesmo DNA.

Todavia, dentre tantos fatores biológicos constituidores de família, as emoções eram manifestas e inegáveis; os cuidados e o afeto, que eram pulsantes e tão evidentes, não geravam nenhuma repercussão jurídica.

A lei não amparava as emoções e os laços de afetividade construídos pelas pessoas, porque preocupava-se – e ainda se preocupa – com o patrimônio e sua partilha; com o casamento alicerçado em uma moral manifestamente religiosa e conservadora,⁵ e que, por isso mesmo, não abre portas para o reconhecimento de novas famílias que carregam consigo toda a possibilidade de caracterizarem-se como eudemonistas – mais até do que qualquer outra família reconhecida pelo Direito brasileiro.

Para o Direito de Família, a filiação biológica – e legítima, portanto – preferiria a filiação socioafetiva, entretanto, a construção de afeto, de cuidado e de carinho tem modificado o Direito de tal forma que, hodiernamente, confere-se ao fator da socioafetividade uma importância maior do que o fator da biogenicidade, para que se defina a questão atinente à filiação.

Desse modo, não se diz mais que um filho é legítimo porque, em tese, o seu sangue é o mesmo daqueles que o geraram; em verdade, é melhor que se pense que não há que se falar em legitimidade ao se falar de filiação, eis que, em virtude do princípio geral da igualdade entre os filhos, independentemente da existência ou não de vínculos consanguíneos, todos os filhos deverão ser considerados como filhos legítimos.

⁵ Prova cabal desse fato diz respeito à anulabilidade do casamento nos casos em que o parceiro seja sexualmente impotente (dito por impotência *generandi* – impotência para procriar), e não seja capaz de procriar. A ideia de procriar se baseia em preceitos religiosos que estabelecem que deve haver casamento entre homem e mulher para que estes procriem. Trata-se de ideologia sem fundamento para um Estado que se diz leigo. Havendo, no entanto, anulabilidade do casamento por esse motivo, ter-se-ia, a nosso ver, ensejo à reparação de danos em detrimento daquele que, por motivos de ter um cônjuge com impotência *generandi*, resolveu anular o casamento.

Nos dizeres de Paulo Lobo (2004, p. 48), estado de filiação é denominação genérica, cujas espécies são tidas como filiação biológica e filiação socioafetiva, sem que nenhuma destas tenha primazia sobre a outra, considerando-se, portanto, ambas como válidas, não dando motivos para que se fale em legitimidade de filiação.

Os avanços e evoluções da sociedade trouxeram à Constituição a inserção de dispositivo que amplia sobremaneira o conceito e o modo de estrutura das famílias. Da mesma forma, o Código Civil, no momento em que admite parentescos civis (parentescos cujas origens não têm nada a ver com fatores consanguíneos), dá margens à construção de famílias que, muito embora não sejam de sangue, assim serão consideradas em razão da mera afetividade.

Ora, se não há que se falar em legitimidade de filhos para que se haja distinção entre estes, também não há que se falar em legitimidade paternal/maternal, vez que o mero afeto – mais até do que a consanguinidade – abre ensejo para que se considere como pai ou mãe aquele que o exerce.

No sentido de se instaurar a família socioafetiva e multiparental, os Tribunais Superiores têm entendido que o afeto é algo que prevalece, sem que, no entanto, desconsidere-se o fator biológico.

A possibilidade de famílias multiparentais se dá pela não existência de vedação legal expressa; além disso, é admissível porque respeita a princípios e direitos constitucionalmente garantidos, bem como a princípios informadores do Direito. A permissão para o registro civil de múltiplos pais e/ou mães encontra amparo nas próprias leis, eis que elas permitem que exista o parentesco e a formação de famílias que não se origine, necessariamente, do fator da consanguinidade.

Para que seja resguardado o direito da criança de ter constando do seu registro civil uma multiplicidade de pais ou mães, Mário Delgado (2004, p. 71 apud BERENICE DIAS, 2015, p. 3) e Maria Bodim de Moraes (2000, p. 43 apud BERENICE DIAS, 2015, p. 3) prelecionam que o direito ao registro e conseqüente direito ao nome constituem direitos de perso-

nalidade e se alicerçam no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e que havendo a pluralidade de vínculos parentais constantes de um registro civil, ainda que tão somente afetivos, estes deverão ser obrigatoriamente reconhecidos, até mesmo porque o reconhecimento de tal registro respeita direitos constitucionalmente garantidos.

Os Tribunais Superiores, buscando enfatizar a família em sua função social e resguardar direitos constitucionais, têm adotado o entendimento da plena possibilidade de se haver uma família multiparental. A partir de tais entendimentos e de discussões doutrinárias, restou-se fixado o instituto familiar multiparental, constituído de relações socioafetivas e, a um só tempo, de vínculos biológicos. Os primeiros tribunais a adotarem a tese de possibilidade de família multiparental em suas decisões foram o de São Paulo e o de Santa Catarina, senão vejamos:

MATERNIDADE SOCIOAFETIVA Preservação da Maternidade Biológica Respeito à memória da mãe biológica, falecida em decorrência do parto, e de sua família – Enteado criado como filho desde dois anos de idade. Filiação socioafetiva que tem amparo no art. 1.593 do Código Civil e decorre da posse do estado de filho, fruto de longa e estável convivência, aliado ao afeto e considerações mútuos, e sua manifestação pública, de forma a não deixar dúvida, a quem não conhece, de que se trata de parentes - A formação da família moderna não consanguínea tem sua base na afetividade e nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Recurso provido. (TJSP, AC64222620118260286, 1ª Câ. Dir. Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo e Silva Júnior, j. 14/08/2012) (DIAS, 2015)

PATERNIDADE E MATERNIDADE SOCIOAFETIVA. AUTORA QUE, COM O ÓBITO DA MÃE BIOLÓGICA, CONTANDO COM APENAS QUATRO ANOS DE IDADE, FICOU SOB A GUARDA DE CASAL QUE POR MAIS DE DUAS DÉCADAS DISPENSOU A ELA O MESMO TRATAMENTO CONCEDIDO AOS FILHOS GENÉTICOS, SEM QUAISQUER DISTINÇÕES. PROVA ELOQUENTE DEMONSTRANDO QUE A DEMANDANTE ERA TRATADA COMO FILHA, TANTO QUE O NOME DOS PAIS AFETIVOS, CONTRA OS QUAIS É DIRECIONADA A AÇÃO, ENCONTRAM-SE TIMBRADOS NOS CONVITES DE DEBUTANTE, FORMATURA E CASAMENTO DA ACIONANTE. A GUARDA JUDICIAL REGULARMENTE OUTORGADA NÃO É ÓBICE QUE IMPEÇA A

DECLARAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA, SOBRETUDO QUANDO, MUITO ALÉM DAS OBRIGAÇÕES DERIVADAS DA GUARDA, A RELAÇÃO HAVIDA ENTRE OS LITIGANTES EVIDENCIA INEGÁVEL POSSE DE ESTADO DE FILHO. AÇÃO QUE ADEQUADAMENTE CONTOU COM A CITAÇÃO DO PAI BIOLÓGICO, JUSTO QUE A SUA CONDIÇÃO DE GENITOR GENÉTICO NÃO PODERIA SER AFRONTADA SEM A PARTICIPAÇÃO NA DEMANDA QUE REFLEXAMENTE IMPORTARÁ NA PERDA DAQUELA CONDIÇÃO OU NO ACRÉSCIMO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NO ASSENTO DE NASCIMENTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. O estabelecimento da igualdade entre os filhos adotivos e os biológicos, calcada justamente na afeição que orienta as noções mais comezinhas de dignidade humana, soterrou definitivamente a ideia da filiação genética como modelo único que ainda insistia em repulsar a paternidade ou maternidade originadas unicamente do sentimento de amor sincero nutrido por alguém que chama outrem de filho e ao mesmo tempo aceita ser chamado de pai ou de mãe. 7 (TJSC, AC 2011.034517-3, 4ª Câ. Civil, Rel. Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber, j. 18/10/2012) (DIAS, 2015).

Ainda nesta seara, a Corte Suprema, no caso de Repercussão Geral 622, proveniente de Recurso Extraordinário,⁶ negou provimento ao recurso interposto por um pai biológico, cuja intenção era a de eximir-se das responsabilidades em relação ao filho, tendo em vista a existência de pai socioafetivo constante de seu registro civil. O Min. Luiz Fux, em sede de Plenário, verberou que, havendo manifesto interesse do filho, nada obstaría que houvesse, num mesmo registro civil, a existência de dois pais – biológico e socioafetivo.

Desta feita, conclui-se que ambos os pais, na figura de genitores, têm deveres que haverão de ser cumpridos em favor do filho menor. Fux ainda sustentou que não se deve considerar apenas os modelos tradicionais de família, e que não se deve decidir entre ter um pai biológico ou um pai socioafetivo, quando, havendo interesse do menor, se pode ter ambos. Estabeleceu-se tese de repercussão geral no seguinte teor:

⁶V. R.E. 898-060 - SC, disponível em: <<http://www.stj.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>>. Acesso em 12 de mai. 2019.

A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, salvo nos casos de aferição judicial do abandono afetivo voluntário e inescusável dos filhos em relação aos pais (CASSETTARI, 2017).

Ante o exposto, restou-se evidenciada a possibilidade e plausibilidade de existência de famílias multiparentais, assim caracterizadas em razão de se poder constar do registro civil, mais de dois genitores ou genitoras, a um só tempo. Trata-se de decisão já pacificada pelo STF, coberta pelo manto protetor da coisa julgada e, por isso mesmo, não dando ensejo a rediscussões.

Através do reconhecimento pelos tribunais da possibilidade da existência de famílias multiparentais é que estas se inseriram e se consolidaram no Direito Brasileiro. Com respeito aos princípios constitucionalmente estabelecidos e, em especial, ao princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao direito ao registro e ao nome, é que se consubstanciou a existência de família multiparental, de sorte que se conserve o melhor interesse do menor.

3. A multiparentalidade à luz do direito constitucional pátrio

Assim como todos os ramos do Direito, o Direito Civil – ramo em que se insere o Direito das Famílias – é alicerçado em uma lei base, que lhe dará a validade e eficácia necessárias para a produção de seus efeitos.

A Constituição (lei base) é a lei de maior grau hierárquico que impõe parâmetros a serem seguidos; tais parâmetros referem-se às próprias normas e princípios que compõem a lei constitucional, e que não deverão ser contrariados por lei hierarquicamente inferior, nada obstante, no entanto, que se faça uma interpretação extensiva dos preceitos normativos constitucionais a fim de se criar um novo dispositivo normativo, ou simplesmente de se expandir o sentido de uma norma já existente, sem que, obviamente, se contrarie a lei constitucional, em ambos os casos.

A já conhecida e consolidada Constitucionalização do Direito Privado consiste exatamente nestes fatores, vez que o direito privado deverá sempre ser aplicado em observância ao que se dispõe na Constituição; as relações privadas são regidas por normas e princípios de status constitucional, e os ramos do Direito também o são; a formação da principiologia informadora dos ramos do Direito tem base constitucional, assim como a formação preceitual desses mesmos ramos.

No entanto, o que mais nos interessa no momento respeita à aplicabilidade das normas e princípios constitucionais no direito privado, mais notadamente no Direito das Famílias.

A pluralidade de famílias que vem se formando merece ainda mais proteção do Estado, mormente no que se refere às proteções constitucionais. Jamais se deve confundir, porém, referidas proteções com a interferência do Estado na organização familiar, vez que é direito dos cidadãos de estruturarem suas famílias do modo que melhor lhes aprouver.

O livre planejamento familiar é fundado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bem como no princípio da autonomia privada, consectário do princípio da liberdade. Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa (2018, p. 17) preleciona que à pessoa natural é dado o direito de organizar e estruturar a sua família, e que o Estado deverá fornecer todos os recursos possíveis; o mesmo autor ainda faz referência à lei cível, no sentido de que é defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na estruturação das famílias.

Ora, sabendo que a estruturação das famílias deve ser livre de interferências, a família multiparental deve ser reconhecida como entidade familiar, e tal reconhecimento deve ser facilitado. Na dicção da douta jurista Maria Berenice Dias (2015, p. 49), consolidar-se-ia uma injustiça, caso houvesse a supressão e o não reconhecimento, pelo próprio Direito, de famílias que são formadas através de afeto.

Ainda, pelo princípio da pluralidade familiar, pode-se defender, com mais veemência, que as famílias multiparentais têm evidente validade no

Direito, especialmente se levarmos em consideração a intenção do legislador constituinte em elencar, no art. 226, §3º e §4º da Constituição, em rol *numerus apertus*, a proteção e consideração jurídica dada às famílias homoafetivas e às constituídas mediante pacto de união estável. Trata-se de um rol que permite ampliação, e que poderá, portanto, englobar outros tipos de família. Do mesmo modo, aplicar-se-ia, aqui, o princípio do planejamento familiar, fundado no princípio constitucional da liberdade.

Na análise de outro princípio, é imperioso afirmar que, para que se fale em família multiparental, também deve-se falar no princípio constitucional do melhor interesse da criança – trata-se de um princípio constitucional subjacente, extraído através de análise do art. 227 da Carta da República.

A multiparentalidade pressupõe afeto mútuo, todavia, mais do que isso, pressupõe junção de interesses. Sendo a aplicação do Direito uma mera tutela de interesses, deve-se levar em consideração, para além do afeto recíproco, a própria vontade do menor (e principalmente deste) e do sujeito que pretenda, com ele, constituir a maternidade/paternidade socioafetiva. Sob esta perspectiva, infere-se que o menor, bem como quem pretenda ser teu genitor(a) socioafetivo, deverão, conjuntamente, anuir para que as necessárias retificações no registro civil daquele sejam feitas.

A despeito de se pensar que a socioafetividade ocorre tão somente em relação aos menores civis – sobretudo por tanto se falar em melhor interesse da criança e do adolescente –, nada obstará, a nosso ver, que uma pessoa que já tenha atingido a maioridade civil opte pela inserção, em seu registro, de pais/mães socioafetivos, até mesmo pela consideração que se deve dar ao princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade.

No que se refere ao princípio da igualdade entre os filhos – que, por óbvio, tem natureza constitucional, por ser corolário do princípio da igualdade –, este tem repercussão inclusive no âmbito de famílias multiparentais, no sentido de que a pessoa que resolva ter um filho constituído

pela socioafetividade, e que, também, tiver filhos biológicos, deverá tratar aquele do mesmo modo que trata estes, e não só isto, a lei dá amparo e direitos a filhos havidos por socioafetividade, da mesma forma que dá amparo e concede direitos aos filhos biologicamente concebidos.

Tal princípio refere-se a uma resposta dada à legislação anterior, em cuja lei encontrar-se-ia disposição no sentido de que os direitos concedidos aos filhos biológicos, concebidos na instância de um casamento legítimo, não recairiam, de mesmo modo, aos filhos havidos fora do casamento (ditos filhos bastardos, extrapatrimoniais, espúrios ou adulterinos), e não poderiam ser por eles reclamados, enquanto durasse o período conjugal.

Deve-se levar em consideração, ainda, que em razão do princípio da paternidade responsável – cuja observância deve-se ao art. 227, §7º da Constituição –, a assunção de filho socioafetivo impõe obrigações em que o descumprimento acarreta em consequências jurídicas e exigibilidade; o pai/mãe socioafetivo passa a ser igualmente responsável pelo filho, assim como os pais biológicos ou adotivos também o são – ressalta-se que, ainda que o filho seja adotivo, um terceiro que com ele tenha afeto, poderá tê-lo como socioafetivo.

Também há incidência, ao se falar de família multiparental, do princípio da solidariedade familiar. Referido princípio é amparado pelo art. 3º da Constituição, que dispõe que a solidariedade constitui um dos objetivos principais da República. Pelo princípio da solidariedade, as pessoas formam obrigações mútuas, em que umas deverão dar amparo às outras, reciprocamente.

Nos dizeres de Rolf Madaleno (2013, p. 93 apud SILVA, 2017), a solidariedade é um princípio essencial que deve ser presente em toda e qualquer família, pois os vínculos familiares só se firmam e se desenvolvem quando há, de forma recíproca, cooperação e compreensão entre os componentes de um nicho.

4 A multiparentalidade e a socioafetividade no direito estrangeiro

Dada a existência e a recente admissão da multiparentalidade e o parentesco socioafetivo no Brasil, é imperioso e oportuno enfatizar, neste ponto, que tais institutos têm aplicabilidade e repercussão, inclusive, no Direito estrangeiro.

A realidade social faz com que haja modificações na estrutura das famílias em âmbito internacional, transformando, outrossim, o ordenamento jurídico dos países, de sorte que se estenda o âmbito de incidência das normas, incluindo e integrando às legislações as diferentes formas de família, considerando os diferentes fatores da vida social.

Inobstante sejam poucas as codificações cíveis que trazem a possibilidade do parentesco socioafetivo, a multiparentalidade dele proveniente é uma realidade aceita. Nos Estados Unidos, v.g., o primeiro estado a adotar, em seu Código Civil, o instituto da multiparentalidade, e a afirmar, de forma absoluta, tal possibilidade, é o de Louisiana, passando a reconhecer o que lá se atribui o nome de *dual paternity* – dupla paternidade – nos arts. 197 e 198 do Código Civil, que têm a seguinte redação:

Art. 197. Uma criança pode propor uma ação comprobatória de paternidade, mesmo que, presumidamente, seja filha de outro homem. Se houver a propositura da ação após a morte do suposto pai, a paternidade deverá ser comprovada pela criança, mediante instrução de provas claras e convincentes.

Art. 198. Um homem pode propor uma ação, a qualquer momento, a fim de estabelecer a paternidade sobre uma criança. A ação é estritamente pessoal. Se se presume que a criança é filha de outro homem, a ação deverá ser proposta no prazo de um ano, a contar da data de nascimento da criança. No entanto, se a mãe, de má-fé, enganou o pai da criança em relação à sua paternidade, a ação deverá ser proposta no prazo de um ano, a contar da data em que o pai soube ou deveria saber de sua paternidade, ou dentro de dez anos, a serem contados do dia do nascimento da criança.

Havendo morte da criança, a ação deverá ser proposta, em todos os casos, no prazo máximo de um ano, a contar da data em que ela faleceu”. (Tradução nossa).⁷

Verificou-se, através da análise dos dispositivos normativos supra, a plena possibilidade de se fazer o reconhecimento da dupla paternidade. Esta possibilidade é vislumbrada através do exercício do direito de ação, pelo suposto pai ou pelo suposto filho, com vistas à obtenção de satisfação das suas pretensões, no que diz respeito à assunção de paternidade ou reconhecimento da dupla paternidade.

Além da Lei Civil de Louisiana, o Direito italiano reconhece, em sua Codificação Civil, um instituto que muito se assemelha à socioafetividade e à adoção, mas que com estes não se confunde. É um instituto denominado de *affiliazione*, consistente no fato de que um adotante passará a ter, sob seus cuidados e por escolha do Estado (ou de um terceiro), um menor, que residirá em seu lar. Esse menor poderá ter o sobrenome daquele que o adota, e o adotante será detentor do poder familiar. Trata-se a *affiliazione* de um instituto que não constitui família, mas tem caráter meramente assistencial; o adotado não tem direitos sucessórios, e a legislação italiana permite que a *affiliazione* seja dissolvida em determinadas circunstâncias. (ESPÍNOLA, Eduardo, 1954, p. 51 *apud* CASSETTARI, 2015, p. 97).

Christiano Cassettari (2015, p. 97) expõe que, no Direito Francês, o parentesco socioafetivo pode ser devidamente reconhecido, desde que preenchidos alguns pressupostos básicos constates da Lei Civil da França, quais sejam: i) a pessoa deve ser – ou deve ter sido – tratada como filho

⁷ Art. 197. A child may institute an action to prove paternity even though he is presumed to be the child of another man. If the action is instituted after the death of the alleged father, a child shall prove paternity by clear and convincing evidence.

Art. 198. A man may institute an action to establish his paternity of a child at any time except as provided in this Article. The action is strictly personal.

If the child is presumed to be the child of another man, the action shall be instituted within one year from the day of the birth of the child. Nevertheless, if the mother in bad faith deceived the father of the child regarding his paternity, the action shall be instituted within one year from the day the father knew or should have known of his paternity, or within ten years from the day of the birth of the child, whichever first occurs.

In all cases, the action shall be instituted no later than one year from the day of the death of the child.

(*tractatus*); ii) ela deve ter sido tida como filho na sua formação ou manutenção; iii) a sociedade deve vê-la como filho (*fama*); iv) as autoridades públicas devem reconhecê-la como filho e; v) a pessoa deve usar o sobrenome da família (*nomen*). Ademais, a posse de estado de filho deve ser pacífica, contínua, inequívoca e pública. O Código Civil belga também traz disposições análogas às do Código Civil francês, no que tange à posse do estado de filho e famílias que se formam através de relações socioafetivas.

O mesmo autor suscita, ainda, a questão da socioafetividade no Direito espanhol; a partir de sua análise, há a admissão, pela lei espanhola, de uma socioafetividade “implícita”, vez que referida lei considera como família os reagrupamentos de estrangeiros que formam um nicho familiar com espanhóis. Assim, por exemplo, se um estrangeiro tiver um filho, e casar-se com um espanhol, o cônjuge espanhol poderá considerar, como seu filho, o filho do seu cônjuge estrangeiro.

Existe, também, na lei espanhola, o que se denomina de paternidade tácita – fator também levantado por Cassettari.

Tal paternidade se dá através de presunções que são suscitadas mediante tratamento do suposto pai para com o suposto filho; tal tratamento consiste em um conjunto de atos inequívocos que, realizados entre o suposto pai e o suposto filho, reciprocamente, nos levam a conclusão de que há, de forma subjacente, uma paternidade; estes atos são os característicos da posse do estado de filho, quais sejam o *tractatus* (o tratamento que se tem entre o suposto pai e o suposto filho – um afeto recíproco), a *fama* (reconhecimento, pela sociedade, da existência de uma relação paternal) e o *nomen* (o suposto filho adotar o sobrenome de seu suposto pai).

No Direito português – como também elucidado por Cassettari – há a permissão para o apadrinhamento. Este instituto constitui uma forma de se consolidar vínculos afetivos entre uma pessoa maior de vinte e cinco anos, e uma criança ou adolescente, menor de dezoito anos, de forma permanente. O maior de vinte e cinco anos exercerá sobre o menor os poderes inerentes à paternidade, a fim de garantir a este o pleno bem-estar e desenvolvimento.

O apadrinhamento pende de homologação/decisão judicial, e traz, como consequência, alterações no registro civil. Tal instituto, geralmente, ocorre em razão das situações de vulnerabilidade do menor, ou por iniciativa de membros e órgãos que têm legitimidade para delegar a outrem os poderes relativos à paternidade. Trata-se de um método judicial/administrativo de confiar a um terceiro o poder familiar, para que este terceiro o exerça, de modo a resguardar e proteger o menor.

Além das disposições constantes das legislações estrangeiras, os Tribunais estrangeiros também têm adotado, em suas decisões, a possibilidade de constituição de famílias multiparentais através da formação de parentesco paternal/maternal de caráter socioafetivo. Assim, a título exemplificativo, pode-se citar, por intermédio dos dizeres de Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2012, apud CASSETTARI, 2015, p. 99), a decisão proferida pelo Tribunal germânico, cujo teor assim se define:

O senhor Schneider manteve, entre maio de 2002 e setembro de 2003, uma relação amorosa com uma mulher casada. O filho dessa mulher nasceu em março de 2004. O senhor Schneider ajuizou uma ação alegando ser o pai biológico dessa criança. Os cônjuges optaram por não realizar o exame de paternidade em ordem a preservar o interesse da família, que seria fortemente abalado acaso se provasse a parentalidade de Schneider. O suposto pai biológico requereu ao juízo de primeiro grau que se lhe deferisse o direito de visitas à criança e que recebesse informações regulares sobre seu desenvolvimento. A Justiça rejeitou o pedido, entendendo que a mera alegação de paternidade biológica não inseria o senhor Schneider no rol de pessoas autorizadas pelo Código Civil alemão a ter o direito por ele pretendido em relação ao menor. As cortes superiores mantiveram esse entendimento, sempre levando em conta a primazia do interesse da criança e a preservação dos laços familiares. O senhor Schneider recorreu à CEDH, com alegações de que foi violado o artigo 8º da Convenção. Na CEDH, entendeu-se que o senhor Schneider e a mãe da criança, apesar de nunca terem vivido sob o mesmo teto, mantiveram uma longa relação amorosa (de um ano e quatro meses), o que não se constituía em algo meramente casual. Além disso, o comportamento do suposto pai biológico denotou interesse extremo pela criança, ao acompanhar a futura mãe em exames pré-natais e ao demonstrar disposição em assumir a paternidade antes mesmo do nascimento do filho. Desse modo,

reconheceu-se a ofensa ao art. 8º, porquanto os tribunais alemães não prestigiaram os interesses de todos os envolvidos e não deram tratamento equilibrado à pretensão do suposto pai biológico, o que poderia se traduzir em julgamento de conteúdo discriminatório.

O julgado acima relatado descreve a possibilidade de se constituir uma família fundada tão somente em vínculos de afeto. A Corte Europeia que tutela direitos humanos considerou que a decisão do Tribunal *a quo* violava a disposição constante da Convenção Europeia de Direitos do Homem, ensejando, portanto, que houvesse o reconhecimento de paternidade de Schneider, vez que, assim como um pai biológico, ele teve, e mantém o interesse em acompanhar o desenvolvimento da criança.

Outro caso, também elucidado por Otávio Luiz Rodrigues Júnior (2012 apud CASSETTARI, 2015, p. 102), diz respeito a um acontecimento na Croácia, que, com base também na Convenção Europeia, foi julgado pela CEDH, no seguinte teor:

Um homem foi interditado em fevereiro de 2003, após padecer de problemas mentais decorrentes de longo período de drogadição. Em 2006, sua mãe foi designada como sua curadora e, posteriormente, seu pai e um empregado de um centro de apoio social. Em 2007, o curatelado, com a anuência de sua mãe, assumiu a paternidade de uma criança nascida em junho desse ano. O pretendido registro foi denegado por conta de sua incapacidade civil. Sob alegada ofensa ao art. 8º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, o caso foi levado à CEDH, que o acolheu sob o fundamento de que a criança tem o direito à informação genética, que lhe permite conhecer “a verdade sobre um importante aspecto de sua identidade pessoal, que é a identidade de seus pais biológicos.

Em razão de dar lugar à livre estruturação das famílias, à liberdade individual e à autonomia privada, a Corte da CEDH tem considerado o art. 8º da Convenção Europeia de Direitos do Homem para a fundamentação de suas decisões – que é o que se vislumbra nos julgados supramencionados – de forma a possibilitar, como bem se vê, a construção de famílias multiparentais.

Considerando-se as decisões com fulcro no art. 8º da Convenção, pode-se inferir a necessidade de os países dela signatários modificarem suas leis internas, de sorte que se vejam acolhidos todos os tipos de família que vêm se estruturando e se firmando.

Sem sombra de dúvidas, o Direito estrangeiro deve dar amparo a essas famílias, vez que ele também deve se deixar ser influenciado não só pelas decisões da CEDH, mas também – e principalmente – pelas disposições constantes da Convenção Europeia.

5. As repercussões jurídicas da multiparentalidade no Brasil

Pode-se afirmar, sem receio de se ver equivocado, que a adoção de institutos jurídicos no Direito traz repercussões que afetam, de modo significativo, a vida das pessoas e o convívio em sociedade, além de afetar, outrossim, os debates acerca das implicações da inserção de uma nova figura jurídica na esfera legal.

É o que tem ocorrido, de forma evidente, com a multiparentalidade e a formação de vínculos parentais através do afeto, vínculos estes que constituem algo de tamanha seriedade, que são levados a registro em cartório, acarretando em criação de deveres e gerando responsabilidades em todas as searas do Direito, além de, obviamente, consolidar prerrogativas e facultatividades.

O reconhecimento de famílias multiparentais ainda traz controvérsias que deverão ser solucionadas pela jurisprudência, como, *verbi gratia*, a autorização dos pais para emancipação ou para casamento de sujeitos que tenham capacidade civil relativa; questões pertinentes à representação e assistência; a responsabilidade civil do incapaz – que colocará à disposição o patrimônio dos genitores a fim de reparar o dano, ainda que subsidiariamente –, dentre outras.

Pois bem, o fato é que são pontos que pendem de análise pormenorizada, e já vêm sendo tratados, inclusive, pela doutrina, mas a

possibilidade do registro de dois ou mais pais/mães, certamente, traz repercussões no Direito e em direitos, senão vejamos.

As tradicionais árvores de genealogia são afetadas pela inserção da multiparentalidade, no sentido de abrir possibilidade para a existência de avôs/avós socioafetivos ou, até mesmo, irmãos socioafetivos, a depender da situação.

O que aqui se pretende demonstrar é que, havendo a existência de um vínculo socioafetivo, os parentes que deste vínculo se estendem também serão afetados pela socioafetividade, sendo, pois, socioafetivos.

Assim, incidirão as vedações legais relativamente ao casamento entre ascendentes e descendentes, ainda que a relação de parentesco consolidada nas relações socioafetivas seja de espécie civil. O Código Civil traz uma proibição nesse sentido. Assim, por exemplo, o filho socioafetivo não poderá se casar com sua mãe socioafetiva.

Ainda, verifica-se que, muito embora se tenha uma paternidade/maternidade socioafetiva, a mãe ou o pai socioafetivo será, assim como a mãe/pai biológico, detentor do poder familiar.

Além disso, a responsabilidade parental dos pais/mães com relação ao filho socioafetivo – e deste para com aqueles – é um dos efeitos da multiparentalidade, de modo que sejam preservados os direitos fundamentais inerentes à pessoa. Assim, por exemplo, o dever de prestar alimentos é incumbido tanto aos pais quanto aos filhos socioafetivos, caso um deles seja demandado judicialmente.

A nosso ver, se o pai biológico tem a obrigação de alimentar, *a fortiori*, também o terá o pai socioafetivo, eis que, por vezes, para se definir a filiação, a socioafetividade prefere a biologicidade. A mera socioafetividade ou qualquer espécie de parentesco não escusa ninguém de suas obrigações, ressaltando-se, em todo caso, o dever de alimentar. Nesse sentido é o Enunciado 341 do CJF⁸, e o teor da decisão proferida pelo TJRS, *in verbis*:

⁸Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

Agravo de instrumento. Ação de alimentos. Intempestividade. Requisito do art. 526⁹ do CPC. Negativa da paternidade. Intempestividade. O agravo interposto no décimo dia do prazo não é intempestivo. Requisito do art. 526 do CPC. Segundo a nova redação do art. 526, a parte agravada, além de alegar, deverá provar que o primeiro grau não foi comunicado do recurso. Negativa da paternidade. A obrigação alimentar se fundamenta no parentesco, que é comprovado pela certidão de nascimento. O agravante alega não ser o pai biológico do menor. Enquanto não comprovar, não se pode afastar seu dever de sustento. A rigor, mesmo esta prova não será suficiente, pois a paternidade socioafetiva também pode dar ensejo a obrigação alimentícia. Rejeitaram as preliminares e, no mérito, negaram provimento (6 fls.) (**Agravo de Instrumento 70004965356; Oitava Câmara Cível; Tribunal de Justiça do RS; Rel. Rui Portanova; j. 31.10.2002**) (CASSETTARI, 2017)

Verifica-se, também, a repercussão da multiparentalidade em relação à guarda; a existência concomitante, na relação parental, de pais biológicos e socioafetivos, pode, a princípio, trazer controvérsias em relação à guarda e sua aplicação.

A guarda será unilateral (guarda confiada a um dos genitores) ou compartilhada (guarda confiada a mais de um dos genitores, que não vivam sob o mesmo teto, trazendo responsabilidade a todos em relação ao filho), conforme dicção do Código Civil.

Ademais, consoante o disposto na mesma Codificação, em relação à guarda compartilhada, se diz que o tempo de convívio da mãe e do pai com o filho deverá ser fracionado de forma equilibrada, sempre em observância ao interesse do menor, e este é o ponto que nos interessa.

O Direito das Famílias, assim como a própria Lei Constitucional, sempre vem tutelando o melhor interesse do menor; trazendo a tutela do melhor interesse do menor às questões relativas à guarda, verifica-se que, nestes casos, não se vislumbra uma primazia de pai/mãe biológico sobre o pai/mãe socioafetivo para fins de definição de guarda, pois ambos, em qualquer hipótese, poderão ter a guarda do filho, desde que seja respeitado o seu melhor interesse. Não sendo concedida a guarda em

⁹O art. 1.086 da Lei Processual Civil de 2015 é o equivalente.

relação a um dos pais, enquanto for vigente o poder familiar de um pai/mãe sobre o filho – seja ele socioafetivo ou não –, eles poderão suscitar o direito à visitação.

Com relação ao direito de visita, já se tem uma posição consolidada na jurisprudência, inclusive nas relações socioafetivas. Nesse sentido é a decisão proferida pelo Tribunal goiano, *verbis*:

Apelação cível. Ação de regulamentação de visitas. Mãe de criação interdita. Relação socioafetiva. I – O direito deve acompanhar a evolução da sociedade, de modo que o conceito de família não mais pode ser restringido às relações consanguíneas. Relevante reconhecer a relação socioafetiva, baseada no afeto, no carinho, no amor, pelos quais as pessoas se tornam pais e filhos do coração, havendo, portanto, uma desbiologização do conceito de família, a semelhança do que expressamente é previsto na legislação civil de outros países com a chamada “posse de estado de filho”. II – No caso dos autos, tendo em vista que restou comprovado que os apelantes são filhos de criação da interdita, a qual está sendo impedida de ter contato com eles pela sua curadora, necessário que se estabeleça judicialmente o direito à visitação, a fim de contribuir para a reaproximação entre eles e fortalecer os laços de afetividade. Apelo conhecido e provido (TJGO; AC 492802-77.2008.8.09.0152; Uruaçu; Rel. Des. Fernando de Castro Mesquita; DJGO 11.5.2011; p. 130)” (CASSETTARI, 2017).

Novamente, em razão da existência e da importância que se deve dar ao melhor interesse da criança e do adolescente, este é o fator que deve ser levado em consideração para a fixação do direito à visitação; a mera existência, a um só tempo, de paternidade socioafetiva e biológica que recaem sobre um mesmo filho, não será parâmetro para a fixação do direito de visita, e um não tem preferência sobre o outro; reitera-se que, o que é importante, em qualquer hipótese, é o interesse da criança e/ou do adolescente.

Importante destacar, ainda, os efeitos decorrentes da sucessão. Nesse sentido, Euclides de Oliveira (2009 apud CASSETTARI, 2015) preleciona que os direitos sucessórios são direitos constitucionalmente garantidos, e existem em razão da preservação da dignidade dos sucesso-

res do *de cuius*, de sorte que, conferindo-lhes o patrimônio deixado pelo falecido, estes se vejam satisfeitos e resguardados em relação a uma existência e subsistência pautadas na dignidade.

Neste diapasão, sendo verificada uma construção da posse do estado de filho fundada na afetividade, verifica-se, outrossim, a possibilidade de o filho socioafetivo possuir direitos sucessórios em relação ao seu genitor, ainda que o *de cuius* tenha filhos biológicos; nesta situação, aplicar-se-á o princípio da igualdade entre os filhos, a fim de distribuir, a cada um deles e de forma equalizada, o quinhão que lhes é correspondente.

Também será concedido ao filho socioafetivo, além dos direitos sucessórios, a pensão por morte – um direito previdenciário. No entanto, alguns requisitos deverão de ser observados. Para que o filho – socioafetivo ou biológico – faça jus à pensão por morte, deverá ter menos de 21 anos ou ser inválido, além de não ter sido emancipado entre os 16 e 18 anos de idade.

O falecido também deverá ter cumprido, enquanto vivo, com suas obrigações previdenciárias, isto é, ele deverá ter cumprido com as contribuições previdenciárias para que lhe fosse garantida a qualidade de segurado da previdência. O direito à pensão por morte é conferido ao filho socioafetivo com o fundamento no princípio constitucional da igualdade, além do princípio geral de igualdade entre os filhos – havendo, nos dois casos, filhos biológicos e socioafetivos.

6 Considerações finais

O reconhecimento das famílias multiparentais é mais uma situação ratificadora de que o Direito das Famílias, garante a observância à principiologia constitucional, e traz consigo um efeito integrador, vez que acolhe e admite diversos tipos de famílias, sempre no ritmo das mudanças sociais.

Dar às pessoas a liberdade de estruturarem suas famílias, da maneira que melhor lhes aprouver, é ter ciência de que se está caminhando

para além da letra fria da lei. Trazer ao âmbito jurídico a possibilidade de se formar uma família através dos calorosos laços de afeto, é dar a certeza, plena e imbatível, de que se está caminhando por estabelecer em um Estado Democrático de Direito que começa a cumprir, em parte, com seus preceitos e fundamentos constitucionais.

Saber da existência de novos tipos de família, e adotá-los, é um grande salto para o Direito, uma vez que ratifica a utilidade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pautado na felicidade dos membros que compõem um nicho familiar, além de, por óbvio, confirmar a tese de que é possível, tão somente através do afeto, constituir relações de um alicerce firme e, por vezes, inquebrantável.

O Direito cumpre com sua função social no momento em que não se revela excludente, mostrando-se integrador, acolhendo todas as situações sociais que promovam a sua evolução. É necessário se ter em mente o fato de que o Direito pode ser ainda mais agregador, reconhecendo estruturas familiares que, assim como quaisquer outras, apenas seguem em busca do bem-estar e garantia de um mínimo de eudemonismo.

Ao se verificar a tese dos Tribunais, em âmbito nacional e internacional, referente ao reconhecimento de famílias multiparentais, observa-se, também, que todas são fundamentadas em vieses que têm por objetivo precípua o reconhecimento do fato de que o homem deve ser respeitado em sua dignidade.

O Direito evolui, a cada dia, à medida em que se desvencilha de teses arcaicas, para firmar novas doutrinas fundadas na realidade social, de sorte que todas as pessoas se vejam acolhidas pelas disposições legais e pelas questões firmadas em Tribunais. Não se pode olvidar que o Direito é construído pelas pessoas e para as pessoas, observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Igualar a todos – sobretudo os filhos –, em direitos e deveres, é fundamental, e tal prática legitima ainda mais a existência de famílias multiparentais. O Estado deve ampará-las e deve garantir o seu pleno

desenvolvimento, não fazendo interferências que tragam óbices à organização da estrutura familiar.

O surgimento de novas estruturas familiares vem se tornando um fato na sociedade, e o Direito, desde logo, em respeito a toda a sua principiologia informadora, deverá ampará-las mediante *lege ferenda*, com vistas a obter a satisfação dos cidadãos e das entidades familiares. Não se trata de tese que deve ser aplicada apenas em relação à multiparentalidade, mas a todas as formas de famílias, que poderão se revolucionar em suas estruturas, revolucionando, também, o ramo do Direito que lhes concerne.

O que se pode esperar é que se tenha um Direito acolhedor e apoiador, que respeita e dá liberdade à construção de famílias, desprendendo-se de quaisquer ideais, para ceder lugar a novos costumes, novos arca-bouços, novas disposições, novas – e diversas – ideologias, e novas formas de pensar o homem... de pensar a sociedade... sempre visando à integração.

7. Referências

- CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: Efeitos Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- DIAS, Maria Berenice. OPPERMANN, Marta C. **Multiparentalidade: uma realidade que a justiça começou a admitir**. R. Juris Plenum, Caxias do Sul, v. 11. n. 65. p. 13-20. set./out. 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. LOUISIANA. Louisiana Civil Code. Disponível em: <<https://lcco.law.lsu.edu/?uid=1&ver=en#top>>. Acesso em 18 maio 2019.
- FACHIN, Luiz Edson. **Da paternidade: relação biológica e afetiva**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

FARIA, Cristiane. Multiparentalidade: Existência construída pelo afeto. **Revista dos Tribunais**. vol. 998. p. 27-41, dez. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. v. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

JANOTTI, Carolina de Castro. ANTUNES DE SOUZA, Iara. NEVES CORRÊA, Leandro A. RODRIGUES JÚNIOR, Walsir E. **Averbação da Sentença de Multiparentalidade: Aplicabilidade**. Disponível em: <<http://www.recivil.com.br/preciviladm/modulos/artigos/documentos/artigo%20multiparentalidade%20averba%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 6 mar. 2019.

LOBO, Paulo. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. R. CEJ, Brasília, n. 27, p. 47-56, out./dez. 2004.

LOPES, Paula F. **Multiparentalidade: a experiência brasileira como forma de consagração da posse do estado de filho**. Disponível em: <<http://www.brauliopinto.com.br/artigos/9/multiparentalidade-a-experiencia-brasileira-como-forma-de-consagracao-da-posse-do-estado-de-filho>>. Acesso em 18 maio 2019.

MACÊDO ALVES, Júlio H. *A evolução das definições de família, suas novas configurações e o preconceito*. 2014. 55f. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal. 2014.

SILVA, Daniel V. F. **Princípios Norteadores do Direito de Família**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56132/principios-norteadores-do-direito-de-familia>>. Acesso em 12 maio 2019.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. Matéria de repercussão geral – Supremo Tribunal Federal – Prevalência de uma das espécies de paternidade – socioafetiva e biológica. **Revista dos Tribunais**. vol. 33. p. 405-422, jun. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina B. RODRIGUES, Renata de Lima. A Multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**. Vol. 4. p. 2-39, abr./jun. 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Família**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

**A problemática jurídico-legal da quantificação
do dano moral no Brasil:
um estudo sob a ótica da natureza jurídica do
dano moral individual e coletivo**

*Andréia Gonzalez Dias*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

*Rayssa Rodrigues Meneghetti*³

1. Introdução

Inicialmente, a motivação do presente trabalho coaduna o estudo do dano moral (individual e coletivo) e a dificuldade de quantificá-lo, ou seja, a dificuldade de determinar o valor da reparação. Tem-se como principal objetivo encontrar uma solução a partir da análise crítica de posicionamentos doutrinários e jurisprudencial.

O objetivo deste estudo é encontrar uma solução, por meio de todos os aspectos levantados para a problemática de quantificação do dano moral, a partir da seguinte pergunta: Quais são critérios jurídico-legais,

¹ Graduada em Direito pela FPL – Fundação Pedro Leopoldo (2018). E-mail: andreiaagoncalvezdias@gmail.com.

² Pós-Doutorado em Educação pela UFMG (2015). Doutorado em Direito Processual pela Pucminas (2012). Mestrado em Direito Processual pela Pucminas (2006). Especialização em Direito Processual (2003), Direito de Família (2009) e Direito Educacional (2014) pela Pucminas. Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção dos Direitos Fundamentais e do curso de graduação em Direito da Universidade de Itaúna. Professor da graduação em Direito da Fapam, FPL, Fasasete e Faminas-BH. E-mail: fvcufu@uol.com.br.

³ Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela UIT – Universidade de Itaúna (2018); Pós-graduada em Direito Processual pela PUC-Minas (2017); Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (2014). E-mail: rayssa-rm@hotmail.com.

previstos no direito material e processual, para fundamentar racionalmente a quantificação do dano moral coletivo e individual? Todo o estudo contribuirá para, ao final, responder esta pergunta.

O presente tema é de suma importância, pois com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o homem foi posicionado como centro do ordenamento jurídico, garantindo plena proteção aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais.

Encontrar um critério homogêneo para quantificar o dano moral, é essencial para garantir uma proteção jurídica ao jurisdicionado de maneira isonômica. Além disso, as partes não podem ficar sujeitas a criatividade e humor do juiz, ao proferir uma decisão.

Ademais, cada caso de dano moral, deve ser analisado de forma pormenorizada. O caso concreto, é extremamente subjetivo, a lesão é nos direitos imateriais do indivíduo, a “dor” em uma mesma situação, pode ocorrer em diferentes intensidades, dependendo do sujeito da relação.

Para solução do problema exposto, a metodologia utilizada é a aplicada, buscando-se a solução por meio de estudo científico que gere não só conhecimento novo sobre o tema, como também a aplicação do conhecimento na legislação e na jurisdição das leis que tratam do assunto. A pesquisa é a descritiva, partindo-se do problema, coletando informações a respeito, analisando criteriosamente as informações obtidas. A abordagem é a qualitativa, tendo, portanto caráter subjetivo, pois o critério para medição das causas e consequências não é numérico, mas de análise de valor. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, por meio de pesquisas bibliográficas, tendo como fontes artigos, livros e textos científicos já publicados, buscando-se desvendar as ligações entre os temas principais do presente trabalho. Portanto, a pesquisa se baseia em estudos doutrinários, posicionamentos jurisprudenciais e previsão legislativa, onde se faz uma análise destes instrumentos, expõem todos os pontos relevantes e controversos, para se chegar a elucidação de um resultado, definindo critérios que solucionem, ou que pelo menos, minimizem o problema na esfera jurídica.

O primeiro capítulo tratará do aspecto material do dano moral, será apresentado o estudo histórico legislativo de todo o trabalho, como uma viagem no tempo. Desde os primeiros resquícios de dano moral, nos primórdios da humanidade, quando se quer sabiam o que seria dano moral. Depois, o Código de Hamurabi (XVII a.C), que de alguma forma disciplinava sobre a reparação do dano, até o Código Civil de 1916, a Constituição de 1988, e o Código de Defesa do Consumidor de 1990, chegando nos dias de hoje.

Com a devida contextualização histórica, haverá uma breve exposição dos requisitos para configuração do dano moral, e o ato ilícito como pressuposto, para gerar a obrigação de reparar o dano.

Posteriormente, tratará dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade, a ofensa a estes como reflexo para configuração do dano, quando realmente houver lesão a estes direitos e não apenas o mero aborrecimento. Tais direitos estão previstos na Constituição de 1988 e são eles que posicionam o homem como centro do ordenamento jurídico, garantindo a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Para elucidar o assunto, a definição do conceito de dano moral individual adotado pela doutrina clássica e suas espécies e, ainda, as situações recorrentes de dano moral que possuem entendimento pacificado na jurisprudência, a previsão expressa na Constituição Federal, Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.

Após discorrer sobre os aspectos do dano moral individual, será feita uma abordagem quanto ao dano moral coletivo, considerando os direitos difusos e a proteção aos interesses transindividuais, mencionando a destinação deste do valor ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), no item seguinte.

O segundo capítulo tratará do aspecto processual do trabalho. Iniciará com a discussão a respeito da possibilidade prevista no antigo Código de Processo Civil, de pedido certo de reparação do dano moral, mas sem o *quantum* indenizatório. Em contrário ao que determina o Código de Processo Civil de 2015, o pedido precisa ser certo e determinado.

Após, discorrerá a respeito da fundamentação racional das decisões judiciais de dano moral, desenvolverá os requisitos que deve conter na sentença, em consonância como artigo 489 do CPC, para que o juiz profira uma decisão mais segura ao jurisdicionado. Para isso, conseqüentemente será apreciada de forma objetiva a partir de argumentos e fundamentos de ordem jurídico-constitucional.

Será demonstrado o alcance do dano moral com a sua devida quantificação. Este possui caráter compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor. Desta forma, a vítima tem uma espécie de consolo diante da dor sofrida e o ofensor tem seu patrimônio diminuído, como uma espécie de sanção para coibir a prática de novos atos.

Por fim, discorrerá sobre a quantificação do dano moral individual, expondo posicionamentos doutrinários e jurisprudencial, e ainda, quantificação de dano moral coletivo e sua destinação.

2. O dano moral visto sob a ótica da responsabilidade civil

A responsabilidade civil está relacionada a responsabilidade direcionada ao sujeito pela prática de uma conduta.

As pessoas têm a proteção jurídica de que seus interesses não serão lesados pela conduta de outrem, através da obrigatoriedade de indenização na proporção do dano sofrido. Em outras palavras, quando há lesão de um dever jurídico originário que cause dano, gera um novo dever jurídico sucessivo de reparar o dano, este chamado de responsabilidade civil.

Os danos podem ser patrimoniais ou extrapatrimoniais. Assim, o dano moral, surge a partir da conduta lesiva aos direitos personalíssimos do sujeito (extrapatrimoniais). É o dano moral, que protege os direitos fundamentais previsto no texto constitucional.

Desta forma, é de suma importância o estudo do dano moral a partir da obrigatoriedade de sua reparação, expondo o aspecto histórico, como se configura, suas espécies, os direitos protegidos, a destinação do valor, dentre outros aspectos.

2.1 Legislação, jurisprudência e doutrina sobre dano moral no Brasil

O dano moral já estava presente no Código Civil de 1916, cujo artigo 76 era o dispositivo que possibilitava a reparação por anos morais.

Este artigo determinava a legitimidade para figurar no polo ativo ou passivo de um processo. Esta legitimidade limitava-se a interesse econômico ou moral. Se a parte tinha interesse moral para figurar em algum dos polos, de certa forma, mesmo que ainda não reconhecido plenamente, o cunho indenizatório pretendido nessas ações, era o dano moral.

Existiam também outros dispositivos em que era possível perceber a presença do dano moral, como os artigos 1.548 e 1.549. Como ensina Camilo Neto:

Os artigos 1.548 e 1.549, os quais traziam previsão dos atos ilícitos contra a honra da mulher. Os artigos que tratavam da reparação dos danos econômicos, provenientes dos crimes de calúnia e injúria (artigos 1.547 e 1.548), à liberdade (1.550), das feridas físicas (1.538), dentre outros. Além das situações previstas nos artigos mencionados do mesmo diploma legal, o artigo 1.553 engloba, as situações em que não há previsão expressa. (CAMILO NETO, 2018)

Antes a Constituição Federal de 1988, algumas leis esparsas tratavam do assunto, a exemplo do decreto-lei 2.681 de 7 de dezembro de 1912 - Lei de Responsabilidade Civil das Estradas de Ferro, que “é considerada o marco histórico do reconhecimento do dano moral no Brasil” (MELO, 2011).

A lei de responsabilidade civil das estradas de ferro, ainda que de maneira indireta previa a reparação do dano moral.

Nesse mesmo sentido, a lei nº 4.177 de 27 de agosto de 1962 -Código Brasileiro de Telecomunicações, em seus artigos 81 a 88, tratava expressamente da indenização por danos morais, ao afirmar que “independentemente de ação penal, o ofendido pela calúnia, difamação ou injúria, cometida por meio de radiodifusão, poderá demandar, no juízo cível, a reparação por dano moral”(BRASIL, 1962).

A partir da leitura deste dispositivo legal, é possível perceber a previsão expressa de reparação por dano moral. Diferente do primeiro dispositivo (lei de responsabilidade civil das estradas de ferro), que previa a reparação de maneira indireta.

O dano moral está presente nas legislações esparsas antes mesmo do advento da Constituição Federal.

O Código de Defesa do Consumidor nasceu por expressa determinação constitucional. O legislador inseriu, dentre os direitos e garantias fundamentais, a defesa do consumidor (CF, art. 5, XXXII).

É aplicado a todos os ramos do direito. Sempre que houver relação de consumo a lei a ser aplicada é a lei consumerista, estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, com o intuito de proteger o consumidor nestas relações. Este código, além de prever os direitos do consumidor, determina o ressarcimento integral dos danos materiais ou morais e assegura a proteção aos direitos personalíssimos no mesmo sentido no previsto na Constituição Federal. E ainda, “prevê situações rotineiras protegendo o consumidor neste sentido. Como cobranças vexatórias, repetição de indébito, publicidade enganosa, práticas abusivas, cláusulas abusivas e etc.” (MELO, 2011).

A proteção ao consumidor é mais abrangente e ao mesmo tempo direcionada no Código de Defesa do Consumidor, do que o Código Civil, sendo a legislação que de uma melhor forma regularizou a responsabilidade civil por danos morais.

No que tange à jurisprudência, em um primeiro momento, o entendimento majoritário era contra o reconhecimento do dano moral e predominava a ideia de irressarcibilidade deste tipo de dano.

Posteriormente, ganhou mais espaço, contudo não era amplo e ir-restrito. Previa a possibilidade de reparação do dano moral, quando o menor era consumidor. Súmula 491 do STF: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado” (BRASIL, 2007).

A evolução da jurisprudência para reconhecer a possibilidade de reparação por dano moral foi lenta. No entanto, encontra-se decisões esparsas, antigas e que mesmo de forma indireta reconhecia o dano moral e a possibilidade de indenização.

A doutrina, diferentemente da jurisprudência, era majoritariamente favorável ao ressarcimento dos danos morais. Entendia como aqueles danos de lesão a bens imaterias (honra, personalidade, imagem, segurança, vida, etc).

Embora, o entendimento fosse majoritário, existia aquela parte da doutrina que não reconhecia a reparação do dano moral. “Os doutrinadores brasileiros, a bem da verdade, se dividiam em três correntes distintas: teoria negativista, teoria eclética e teoria positivista”(MELO, 2011, p. 19).

Para teoria negativista não cabia indenização por dano moral “por não haver pena duradoura, não saber se um direito realmente foi violado, pessoas indeterminadas atingidas, impossibilidade de se compensar dor por dinheiro, e várias outras críticas”(MELO, 2011, p. 19).

A teoria eclética era um meio termo. “Somente em três situações caberia a indenização por danos morais: Causa eficiente com o dano material; Originário de delito criminal; Expressa determinação legal” (MELO, 2011, p. 19).

Já a teoria positivista previa a possibilidade de indenização decorrente de danos morais. “Os positivistas, merecendo destaque Teixeira de Freitas, pela ousadia de criar em seu projeto de Código Civil, dois artigos que tratavam da possibilidade de indenização por danos morais, na medida em que reconheceu ser possível valorar a afeição” (MELO, 2011, p. 19).

Assim, a doutrina foi se impondo e aos poucos foi vencendo a resistência dos tribunais, culminando com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

2.2 Dano moral como reflexo da ofensa a direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Pode-se afirmar, em outras palavras, que o dano moral é a violação dos direitos da personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem, o nome, etc.. Tem como base os direitos da personalidade, dos quais originam-se os direitos fundamentais e humanos, uma vez que os mesmos sejam transgredidos há violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o dano moral posiciona a pessoa como o centro do ordenamento jurídico. Para configuração do dano moral, não basta os aborrecimentos do dia a dia, é necessária uma lesão psicológica intensa, são dores físicas e morais.

Neste sentido, Sérgio Cavalieri afirma:

[...] só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos. (CAVALIERI, 2009, p. 83/84)

E, ainda, Carlos Roberto Gonçalves:

Dano moral é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.(GONÇALVES,2008, p.359).

A Constituição Federal de 1988, trouxe o rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana. Os direitos da personalidade estão diretamente ligados aos direitos fundamentais, pois aquele que tem personalidade será amparado por uma proteção fundamental. A proteção fundamental são os próprios direitos da personalidade e estes constituem proteção necessária para que a pessoa possa exercer a sua vida com dignidade. O rol exemplificativo dos direitos da personalidade está previsto nos artigos 11 a 21 do Código Civil, já a dignidade da pessoa humana é a cláusula geral de proteção da personalidade (artigo 1, inciso III da Constituição Federal).

Assim, pode-se concluir que os direitos da personalidade são decorrentes dos direitos fundamentais, sendo este último, uma diretriz geral para limitar o poder do Estado, já que os direitos da personalidade são decorrentes desses valores fundamentais inseridos no Código Civil. São autônomos e não se confundem, possuem apenas uma semelhança: a proteção à pessoa humana.

Os direitos fundamentais são direcionados para efetivar a dignidade do titular da personalidade nas relações públicas (relação vertical - prevalece a ideia de hierarquia), enquanto os direitos da personalidade são direcionados para proteger a própria personalidade nas relações privadas (relação horizontal - prevalece a ideia de igual para igual).

As pessoas de direito natural, pessoas de direito privado e pessoas de direito público, todas elas cometem dano moral.

Contudo, não são todas as situações que cabe a indenização por dano moral. A vida em sociedade traz situações desagradáveis, mas não é qualquer mero dessabor do dia a dia que configura o dano moral. O dano moral existe a partir do momento em que há a violação dos direitos da personalidade ou da dignidade da pessoa humana de maneira a causar uma lesão/ dor ao ofendido.

2.3 A compreensão do dano moral visto sob a perspectiva metaindividual

O dano moral coletivo não considera apenas a dor e o sofrimento protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, mas busca proteger interesses difusos, transindividuais, de natureza indivisível, os quais pessoas indeterminadas são titulares desse direito e ligadas por circunstância de um fato.

Melhor definindo, o dano moral coletivo é “a ofensa a um bem jurídico não pertencente a um só indivíduo, mas a um grupo ou à coletividade, e que merece igualmente reparabilidade”(FERNANDES NETO et al., 2018).

São exemplos de dano moral coletivo a publicidade abusiva, enganosa, o dano ambiental, acidentes de consumo, improbidade administrativa e etc. Neste sentido, Carlos Alberto Bittar Filho:

O dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, etá-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in reipsa*). (BITTAR FILHO, 1994, p.).

Apesar do entendimento de Carlos Alberto, a doutrina ainda não se posicionou de forma clara, mas o juiz não pode deixar de julgar por não existir lei expressa sobre este tema.

Para a jurisprudência, o dano moral coletivo ainda é uma novidade. Para a ministra do STJ, Nancy Andrighi (RESP 636.021/RJ), a existência dos danos morais coletivos é inquestionável, “*criam-se direitos cujo sujeito é uma coletividade difusa, indeterminada, que não goza de*

personalidade jurídica e cuja pretensão só pode ser satisfeita quando deduzida em juízo por representantes adequados”(BRASIL, 2008).

Desta forma, dano moral coletivo é aquele que pertence a um grupo, reunidos por uma mesma relação jurídica, por isso, não pode ser individualizado. O dano atinge uma coletividade e são pleiteados por ação civil pública. O código de Defesa do Consumidor trata como consumidor equiparado.

Os danos morais coletivos devem ser revestidos em favor da coletividade, pois foi o bem jurídico da coletividade o atingido. O número de condenações vem aumentando nos últimos anos e a forma de destinação mais comum é o pagamento a determinado fundo ou a própria vítima.

À destinação do valor levantado na condenação de danos morais coletivos não existe amparo legal. Nas ações em que a condenação é em favor de interesses coletivos e difusos doutrina e a jurisprudência seguem na mesma linha. O valor arrecado com as indenizações de dano moral coletivo, são destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. Porém, nos casos que envolvem condenação de danos morais coletivos relacionados a direitos individuais homogêneos, o valor apurado será destinado às vítimas, por meio de prévia liquidação, de acordo com os artigos 97 a 100 do Código de Defesa do Consumidor.

3. Critérios jurídicos e processuais de quantificação do dano moral no Brasil

A legislação brasileira sofreu grandes alterações nos últimos anos, mais precisamente no Código de Processo Civil, sendo o código de 1973 (lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) revogado pela lei 13.105/15, de 16 de março de 2015, o atual Código de Processo Civil. Eram muitas as discussões a respeito do valor da causa nas ações de indenização por dano moral, na vigência do antigo Código de Processo Civil. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a jurisprudência entendia:

É irrelevante que o pedido de indenização por dano moral tenha sido proposto de forma genérica, uma vez que cabe ao prudente arbítrio do juiz a fixação do quantum a título de reparação. Deve-se ter em mente que a estimativa do valor do dano, na petição inicial, não confere certeza ao pedido, sendo a obrigação do réu de valor abstrato, que depende de estimativa e de arbitramento judicial.(GONÇANLVES, 2013, p.).

O pedido de indenização por dano moral poderia ser formulado de forma genérica sem a necessidade de valor certo à causa e continham pedidos sem a *quantum* indenizatório, ou seja, sem especificar a quantia econômica pretendida, devendo ser fixado pelo arbítrio do juiz.

As ações narravam especificadamente os fatos, o direito e os pedidos, com a devida conjugação dos pressupostos para configuração da obrigação de reparar, sendo: a ação ou omissão, o dolo ou a culpa do agente, o nexo de causalidade e o dano experimentado pela vítima, contudo, os pedidos apesar de certo, eram indeterminados, por se pedir a reparação do dano moral, mas não delimitar o *quantum* indenizatório, a quantia pretendida.

Com a vigência do Código de Processo Civil de 2015, ocorreram mudanças quanto à possibilidade de pedido genérico do *quantum* indenizatório. O CPC/ 2015 trouxe, expressamente, a obrigatoriedade de indicar o valor pretendido.

Ademais, a sentença quando proferida pelo juiz, precisa atender os requisitos exigidos no Código de Processo Civil. A discussão surge a partir do corolário do princípio da imparcialidade do juiz e o princípio da motivação das decisões judiciais. O CPC/2015 não mais permite decisões fundamentadas de forma vaga. É necessário além de mencionar o dispositivo legal, explicar a ligação entre o texto da lei e o caso concreto. O juiz deve, então, explicar porque está oferecendo aquele valor relativo à reparação pelo dano moral sofrido, com base no montante que foi requerido pelo autor da demanda.

Existem sistemas para estipular a quantificação do dano

O sistema trifásico determina um valor fixo para casos que sofreram o mesmo evento danoso, uma espécie de tabelamento do valor

indenizatório das decisões de dano moral. O autor Carlos Roberto Gonçalves ensina que

Não tem aplicação em nosso país, o critério da tarificação, pelo qual o *quantum* das indenizações é prefixado. O inconveniente desse critério é que, conhecendo antecipadamente o valor a ser pago, as pessoas podem avaliar as consequências da prática do ato ilícito e confrontá-las com as vantagens que, em contrapartida, poderão obter, como no caso do dano à imagem, e concluir que vale a pena, no caso, infringir a lei. (GONÇALVES, 2013, p.)

O *quantum* indenizatório no Brasil deve ser analisado caso a caso, individualmente, utilizando somente os critérios acima mencionados, observando as consequências do dano à vítima. Além disso, existindo o valor pré-estipulado, as pessoas poderiam escolher causar o dano, através da vantagem obtida.

Assim, o sistema tarifado não é o mais adequado, pois impor limites e forçar o magistrado a balizar o dano dentro deste limite imposto, viola o princípio da equidade, por limitar a sua capacidade no caso concreto. Viola também o princípio da reparação integral do dano e, ainda, não observa a subjetividade do caso concreto, mensurando a dor antes mesmo do acontecimento danoso.

O sistema aberto é feito através de arbitramento, no qual não existem valores pré-estipulados, podendo ser estipulado por livre arbítrio do magistrado, valendo-se do livre convencimento motivado. Esse é o sistema adotado no Brasil. Assim definido por Robinson Bogue Mendes:

O procedimento aberto emprega o método subjetivo, por conta do qual a avaliação é realizada de forma concreta. Tal significa dizer que o magistrado deve analisar detalhadamente cada caso específico, identificando os seus elementos formadores próprios (extensão do dano, grau de sofrimento da vítima e condições econômicas dos envolvidos), para então estipular o “*quantum debeatur*” conforme a sua livre convicção e o seu exclusivo e único julgamento. (MENDES, 2000, p.18).

O juiz, ao se deparar com o caso concreto, analisa-o e estipula o *quantum* indenizatório em favor da vítima, da forma que julgar adequada. Por não haver uma regulamentação específica, por um período, os tribunais, utilizavam dos critérios previstos no Código Brasileiro de Telecomunicações, o qual foi o primeiro dispositivo legal a tratar da quantificação do dano moral.

Este dispositivo foi revogado e logo após, veio a Lei de Imprensa, a qual foi utilizada como um rumo para o arbitramento das indenizações em geral. No entanto, com o advento da Constituição de 1988 não se pode mais estipular limites para o *quantum* indenizatório.

Atualmente, o arbitramento encontra previsão expressa no Código Civil de 2002, em seu artigo 946, que informa que “se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar” (BRASIL, 2002).

De acordo com a lei processual, leva-se a termo a liquidação por arbitramento e por artigos (artigos 475-C e 475 do CPC).

Para tentar solucionar problemática de quantificação, a autora Maria Helena Diniz, apresenta regras a serem seguidas pelo magistrado no momento de arbitrar o valor de reparação, com o objetivo de alcançar uma semelhança nas decisões de dano moral. Veja-se:

- a) evitar indenização simbólica e enriquecimento sem justa causa, ilícito ou injusto da vítima. A indenização não poderá ser ínfima, nem ter valor superior ao dano, nem deverá subordinar-se à situação de penúria do lesado; nem poderá conceder a uma vítima rica uma indenização inferior ao prejuízo sofrido, alegando que sua fortuna permitiria suportar o excedente do menoscabo;
- b) não aceitar tarificação, porque este requer despersonalização e desumanização, e evitar porcentagem do dano patrimonial;
- c) diferenciar o montante indenizatório segundo a gravidade, a extensão e a natureza da lesão;
- d) verificar a repercussão pública provocada pelo fato lesivo e as circunstâncias fáticas;

- e) atender às peculiaridades do caso e ao caráter antissocial da conduta lesiva;
- f) averiguar não só os benefícios obtidos pelo lesante com o ilícito, mas também a sua atitude ulterior e situação econômica;
- g) apurar o real valor do prejuízo sofrido pela vítima e do lucro cessante fazendo uso do juízo de probabilidade para averiguar se houve perda de chance ou de oportunidade, ou frustração de uma expectativa. Indeniza-se a chance e não o ganho perdido. A perda da chance deve ser avaliada pelo magistrado segundo o maior ou menor grau de probabilidade de sua existência...;
- h) levar em conta o contexto econômico do país. No Brasil não haverá lugar para fixação de indenizações de grande porte, como as vistas nos Estados Unidos;
- i) verificar não só o nível cultural e a intensidade do dolo ou o grau da culpa do lesante em caso de responsabilidade civil subjetiva, e, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poder-se-á reduzir, de modo equitativo, a indenização (CC, art. 944), como também as posses econômicas do ofensor para que não haja descumprimento da reparação, nem se lhe imponha pena tão elevada que possa arruiná-lo...;
- j) basear-se em prova firme e convincente do dano;
- k) analisar a pessoa do lesado, considerando os efeitos psicológicos causados pelo dano, a intensidade do seu sofrimento, seus princípios religiosos sua posição social ou política, sua condição profissional e seu grau de educação e cultura;
- l) procurar a harmonização das reparações em casos semelhantes;
- m) aplicar o critério do *justum ante* as circunstâncias particulares do caso *sub judice* (LICC, art. 5), buscando sempre, com cautela e prudência objetiva, a equidade e, ainda, procurando demonstrar à sociedade que a conduta lesiva é condenável, devendo, por isso, o lesante sofrer a pena. (DINIZ, 2006, p. 13).

A autora ainda conclui: “Na quantificação do dano moral, o arbitramento deverá, portanto, ser feito com bom senso e moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, à gravidade da ofensa, ao nível socioeconômico do lesante, à realidade da vida e às particularidades do caso subexamine” (DINIZ, 2006, p.).

Dessa forma, apesar de não existir um consenso doutrinário, quando se atinge um bem jurídico individual, deve também o caso ser individualizado, analisando todas as circunstâncias, se valendo sempre da

proporcionalidade e razoabilidade. O homem como centro do ordenamento jurídico merece essa proteção.

2.1 A quantificação do dano moral coletivo no Brasil.

O dano moral coletivo, assim como o dano moral individual, também não goza de paradigmas absolutos para sua quantificação. No entanto, a função punitiva é mais notória, comparada ao dano moral individual. O autor Carlos Alberto Bittar Filho defende:

Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do quantum debeat, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicável ao coletivo), como, v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato. (BITTAR, 2005, p. 17).

A indenização por dano moral coletivo deve ser quantificada utilizando os mesmos critérios de quantificação por dano moral individual. Porém, com a tendência de majoração deste valor a fim de que novas condutas ilícitas não sejam praticadas.

A forma mais comum de reparação por dano moral coletivo é a condenação de pagamento em pecúnia, mas é possível a reparação *in natura*. O juiz deve quantificar o valor, através do sistema de arbitramento, utilizando-se da equidade, bom senso, e, ainda, a função pedagógica, conferindo valor capaz de coibir a prática de outras condutas danosas ao interesse extrapatrimonial da coletividade.

Ademais, a reparação em pecúnia, deve ser motivada para quantificar o dano moral individual, por critério como a extensão, a natureza, a gravidade e a repercussão da ofensa, a situação econômica do ofensor, o grau de culpa presente em sua conduta, a intensidade e as dimensões do

efeito negativo do dano infligido à coletividade, com o objetivo de evitar valores ínfimos ou exorbitantes, para que seja possível proteger o bem jurídico tutelado.

3. Considerações finais.

Em decorrência deste estudo, pode-se observar a necessidade da fixação de um critério para quantificação do dano moral individual e coletivo no Brasil, para que seja possível alcançar uma segurança jurídica e assegurar a efetiva proteção abrangida pelo tema.

Existe uma enorme disparidade entre os valores arbitrados pelos magistrados. Para elucidar tal fato, os principais pontos foram relacionados no presente trabalho. Desde a evolução do dano moral no Brasil até aos critérios de quantificação adotados.

Durante todo o trabalho, tentou-se encontrar uma forma de diminuir este problema de quantificação do dano, apontando os aspectos positivos e negativos dos institutos presentes, chegando a um meio termo entre eles, a fim de diminuir, pois eliminar não seria possível, diante da complexidade e subjetividade que é o tema.

Quanto ao cabimento deste tipo de reparação, com o advento da Constituição de 1988 não pairam mais dúvidas, o que foi incansavelmente demonstrado. O tema tem amparo na referida Constituição, como também no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil.

O dano se configura a partir do momento em que há violação dos direitos imateriais do indivíduo. A responsabilidade civil protege os direitos da personalidade e a dignidade da pessoa humana, uma vez que esses são transgredidos, surge a necessidade de reparar o dano.

Os pedidos de danos morais devem ser certos e determinados, e o juiz ao proferir sua decisão deve ser imparcial e fundamentar racionalmente, discorrendo sobre todos os pontos controvertidos e argumentos que o levaram ao seu convencimento.

Para solucionar a problemática da quantificação, o conceito, método e os defensores destes vários sistemas são apresentados detalhadamente, até se chegar ao mais prudente a ser adotado.

A natureza jurídica do dano moral individual gira em torno de dois aspectos: caráter compensatório e caráter punitivo. O caráter compensatório, com o intuito de proporcionar a vítima uma satisfação que atenuie a ofensa causada, acarretando uma sensação de prazer, de modo a compensá-la. Já o caráter punitivo surge a partir da diminuição do patrimônio do agressor, como uma espécie de sanção, como forma de evitar que cometa novos atos danosos.

O sistema bifásico é o mais prudente e adequado para quantificar o dano moral individual. Neste sistema, primeiramente é fixado um valor baseado em um grupo de precedentes semelhantes; e na segunda fase, são analisadas as circunstâncias específicas de cada caso, fixando o valor definitivo.

Este sistema proporciona o arbitramento verdadeiramente equitativo da indenização, sendo o balizador entre os sistemas tarifário e aberto. Além disso, possibilita ao magistrado fundamentação racional das decisões.

Além do dano moral diretamente ao indivíduo, temos o dano moral coletivo, o qual atinge direitos difusos e transindividuais, sendo estes valores arrecadados destinados ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

O dano moral coletivo, assim como o dano moral individual, não possui critérios legais previamente definidos de forma pontual para sua quantificação. Porém, possui função punitiva mais notória, quando comparado ao dano moral individual. Os critérios utilizados são os mesmos, assim como no dano moral individual a quantificação se dá por meio de arbitramento e a natureza jurídica também é compensatória e punitiva. No entanto, estes valores são majorados a fim de que novas condutas ilícitas não sejam praticadas, baseado na técnica do valor do desestímulo, para cumprir sua função pedagógica.

Por todo o exposto, ficou demonstrado que não há uma solução que ponha um fim definitivo à dificuldade de quantificação do dano, por ser

algo tão subjetivo. No entanto, empregando técnicas, critérios e mecanismos apresentados no decorrer do estudo, certamente há como diminuir o problema, para combater a “indústria do dano moral”.

4. Referências

BAGGIO, Hiago. **O dano moral no Código de Processo Civil vigente e a advocacia responsável.** Disponível em: <https://hiagobaggio.jusbrasil.com.br/artigos/394995223/0-dano-moral-no-codigo-de-processo-civil-vigente-e-a-advocacia-responsavel>. Acesso em: 13 nov. 2018.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. *In*: Sérgio Augustin (Coord.). **Dano moral e sua quantificação.** 3.ed. rev. e ampl. Caxias do Sul, RS: Plenum, 2005. p. 43-66.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011.

CAMILO NETO, José. **EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DANO MORAL: uma revisão bibliográfica.** Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=7053. Acesso em: 01 nov. 2018.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil.** São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CHAVES, Priscila Spring Nogueira. **A FUNDAMENTAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE APLICAÇÃO DO DANO MORAL NAS INDENIZAÇÕES JUDICIAIS.** 2014. 64 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/6032/1/21009588.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2018.

COSTA, Fabrício Veiga. **IMPARCIALIDADE DO JÚIZO X A CONSCIÊNCIA DO JULGADO NO ATO DE DECIDIR: UM ESTUDO CRÍTICO DA PROCESSUALIDADE DEMOCRÁTICA E DO ARTIGO 489 DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.** *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/ FUMEC/ DOM HELDER CÂMARA, 24., 2015, Belo Horizonte. **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II.** Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 200 - 225. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/j54r8mlx/sQ91Nq15JorSiPHW.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2018.

- DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2.
- DINIZ, Maria Helena: **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, v. VII.
- FERNANDES NETO, Antônio Joaquim et al. **DA QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL COLETIVO**. Disponível em: www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-13.doc. Acesso em: 26 nov. 2018.
- GABURRI, Fernando et al. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.
- GHISLENI FILHO, João; PACHECO, Flavia Lorena et al. Valor adequado nas ações de indenização por dano moral. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2937, 17 jul. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19558>. Acesso em: 13 nov. 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- JEDLICZKA, Claudia Cristiane. **O que é sentença? Breves considerações**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3731. Acesso em: 15 nov. 2018.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Tutela jurisdicional dos direitos em matéria de responsabilidade civil** – execução – penhora e questões polêmicas. Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 12, p. 23, jul./ago. 2001.
- LEITE, Gisele. **Princípio da motivação das decisões judiciais e o CPC 2015**. Disponível em: <https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/435717860/principio-da-motivacao-das-decisoes-judiciais-e-o-cpc-2015>. Acesso em: 16 nov. 2018.
- LIMA, Wanderson Marcello Moreira. **Dano moral: uma visão constitucional**. Revista Juris Síntese nº 26.

LUCCA, Rodrigo Ramina. **O Dever de Motivação das Decisões Judiciais**: Estado de Direito, Segurança Jurídica e Teoria do Precedente. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral coletivo nas relações de consumo**: Dano Moral e sua Quantificação. Caxias do Sul: Plenum, 2007.1 CD-ROM. ISBN 978-85-88512-18-4.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral problemática do cabimento a fixação do quantum**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522470648/cfi/3!/4/4@0.00:41.7>. Acesso em: 01 nov. 2018.

MENDES, Robinson Bogue. **Dano moral e obrigação de indenizar**: critérios de fixação do Quantum. Campo Grande/MS: Ed. UCDB, 2000. p. 177.

MORAES, Maria Celina Bodinde. **Danos à Pessoa Humana**: Uma Leitura Civil Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIQUEIRA, Fernando Guimarães. **O dano moral e a dificuldade na sua quantificação**. 2017. 76 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Macaé, 2017. Disponível em: <https://docplayer.com.br/71325078-Universidade-federal-fluminense-o-dano-moral-e-a-dificuldade-na-sua-quantificacao.html>. Acesso em: 17 nov. 2018.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Segurança jurídica e jurisprudência**. São Paulo: LTr, 1996.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1949.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A Motivação da Sentença no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1987.

Z Aidan, Iuri Ibrahim B. **A obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais: garantia constitucional ao devido processo legal.** Disponível em: <https://iurizaidan.jusbrasil.com.br/artigos/254021015/a-obrigatoriedade-de-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-garantia-constitucional-ao-devido-processo-legal>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Zuliani, Ênio Santarelli. **A era da jurisprudência.** 2008. Disponível em: https://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Enio_Santarell_%20Zuliani/Er jurisprudencia.pdf. Acesso em: 26 nov. 2018.

As parcerias público-privadas como um mecanismo de combate aos problemas da educação infantil: uma análise das UMEIs de Belo Horizonte

*Daniel Cunha Coelho*¹

*Raphael Moreira Maia*²

1. Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o sistema de Parcerias Público-Privadas na educação infantil, tendo em vista que o acesso à educação encontra-se amparado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 205, que diz que a educação é um direito de todos e um dever do Estado. Mas o que se vê é uma preocupante privação ao acesso à educação e, em alguns casos, mesmo existindo o acesso às escolas, o ensino mostra-se deficiente.

Nesse aspecto, as Parcerias Público-Privadas, promulgadas pela Lei 11.079/2004, nascem como um esforço do poder público de viabilizar, de maneira eficiente, a universalização da educação.

Com isso, será realizada uma análise minuciosa acerca da parceria público-privada realizada entre a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte e o Grupo Odebrecht, para construção e operação de Unidades Municipais de Educação Infantil – UMEIs e, assim, universalizar o acesso à

¹ Advogado. Graduado em Direito pela FAMINAS-BH

² Doutorando em Direito pela PUC Minas, Mestre em Direito e Instituições Políticas. Professor de Direito Constitucional e Direito Administrativo na FAMINAS-BH.

educação infantil no Município, a fim de se obter melhores resultados nos investimentos realizados, sem deixar de lado a facilidade ao acesso à uma educação de qualidade, de modo a tentar validar a tese de que tais parcerias, quando direcionadas à educação podem render bons resultados.

Logo, verifica-se oportuno o exame pormenorizado de tal parceria, a fim de apontar uma saída ao grave problema do acesso à educação, existente em todo o país.

Assim, pretende-se esclarecer, com a promulgação da Lei 11.079/2004, como se deu a instituição das parcerias público-privadas, bem como os sistemas de concessão (administrativa e patrocinada) existentes atualmente e qual o modelo utilizado na construção das UMEIs do Município de Belo Horizonte.

Por fim, ao adentrar no mérito da questão da (in)eficácia das parcerias público-privadas no combate aos problemas da educação infantil, serão realizadas análises dos dados emitidos pela Prefeitura Municipal de Belo Horizonte a fim de se constatar uma possível melhoria no acesso à educação infantil.

Ademais, a presente pesquisa adotará o método de análise de dados através do qual será possível identificar se as Parcerias Público-Privadas, são uma solução para o problema do acesso à educação.

2. Os direitos sociais como direitos fundamentais.

Os direitos e garantias fundamentais encontram-se elencados na Constituição Federal de 1988, em seu título II, tendo, em seu capítulo II, os Direitos Sociais. Assim, nos termos do artigo 6º e na redação dada pelas Emendas Constitucionais nº. 26/2000, 64/2010 e 90/2015, consideram-se direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, in verbis:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Interessante ressaltar, que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a dar destaque aos direitos fundamentais, destinando-lhes um título específico, mais precisamente o Título II, onde apresenta-se o capítulo dos Direitos Sociais (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2017). Ademais, Meneghetti, Silva e Ayala (2018, p. 55) ainda afirmam que, mesmo possuindo capítulo próprio, os direitos sociais se apresentam no título “Dos direitos e garantias fundamentais” da Constituição Federal de 1988, de modo a apresentar um avanço em sua classificação, tendo em vista que nas Constituições anteriores, esses direitos poderiam ser encontrados no título “Da ordem econômica e social”.

Logo, percebe-se que os direitos sociais, são considerados prestações positivas, com obrigação de efetivação pelo Estado, a fim de trazer às pessoas, isonomia substancial e social, com o escopo de trazer melhorias à condição de vida dessas pessoas (LENZA, 2016, p. 1.388).

Ademais, são considerados direitos fundamentais de segunda dimensão, de modo que o Estado não se abstém de intervir na sociedade, sendo certo que, segundo Flávia Martins Bahia (2017, p. 217) somente com sua intervenção e participação ativa, a liberdade do homem é devidamente protegida. Ainda segundo Flávia Martins Bahia (2017, p. 217), “essa necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico e social visando a atingir a justiça social.”.

Reforçando o conceito de direitos sociais, Alexandre de Moraes (2017, p. 164) elucida:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras *liberdades positivas*, de observância obrigatória em um

Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Outrossim, Lenza (2016, p. 1.388) afirma que “enquanto direitos fundamentais (alocados no Título II da CF/88), os direitos sociais têm aplicação imediata (art. 5.º, § 1.º)”, ou seja, com previsão de aplicação imediata amparada pelo art. 5º, § 1º, o Estado assume o múnus de cumprir de maneira eficiente o citado preceito constitucional, amparando os cidadãos de modo isonômico (MENEGETTI, SILVA e AYALA, 2018, p. 57).

2.1 A obrigatoriedade estatal na garantia do direito à educação infantil.

Além de sua classificação como direito social, no art. 6º da Constituição Federal de 1988, o direito à educação encontra amparo ainda, no art. 205 do mesmo dispositivo legal, em que evidencia que a educação é direito de todos e dever do Estado (BRASIL, 1988).

Ademais, o texto constitucional fez uso dos arts. 205 a 214 para delinear o alcance da proteção à educação, de modo a estipular diversos princípios, elencados no art. 206 da CF, que servirão de base à atividade Estatal, a fim de garantir a observância desse direito (MENDES e BRANCO, 2017).

Sobre a obrigatoriedade do Estado na promoção de uma educação de qualidade e disponível a todos os cidadãos, Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 688), trazem o seguinte:

O art. 205, ao dispor que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”, assume, de plano, uma dupla dimensão, pois tanto reconhece e define um direito (fundamental) de titularidade universal (de todos!), quanto possui um cunho impositivo, na condição de norma impositiva de deveres, que, dadas as suas características (e sem prejuízo de a educação ser em primeira linha um direito fundamental exigível como tal), situa-se na esfera das nor-

mas de eficácia limitada ou dependentes de complementação, já que estabelece fins genéricos a serem alcançados e diretrizes a serem respeitadas pelo Estado e pela comunidade na realização do direito à educação, quais sejam “o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Entendimento similar possui o ilustre professor Flávio Martins Alves Nunes Júnior (2017, p. 1052), ao afirmar que “as normas definidoras dos direitos são mandamentos perenes para o Estado no sentido de que este tem a obrigação de concretização e realização dos direitos fundamentais”.

A obrigatoriedade estatal na garantia do direito à educação, apresenta uma vinculação a todos os órgãos que compõe o Estado, de modo a compelir o Executivo, Legislativo e Judiciário a atuarem em favor da implementação de um sistema educacional abrangente, conforme lição do professor Clèmerson Merlin Clève (2003, p. 292-293, apud OLSEN, 2006, p. 89):

Pois bem, esses princípios, esses objetivos, esses direitos fundamentais, vinculam os órgãos estatais como um todo. Vinculam, evidentemente, o Poder Executivo, que haverá de respeitar os direitos de defesa, e ao mesmo tempo propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. Vinculam o Legislador, que haverá de legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes. E, por fim, vincula também o Poder Judiciário que, ao decidir, há, certamente, de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos, estão absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais, ou seja, a Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputabilidade política, aquilo que é nuclear para nós, os integrantes da comunidade republicana brasileira.

Asseveram, ainda, os juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2017, p. 590), que a Constituição Federal assegura, nos termos do art. 208, entre outras garantias, a garantia de educação

básica obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, bem como a educação infantil em creche e pré-escola, às crianças de até 5 anos de idade.

Por fim, reforçando a ideia de vinculação de todos os poderes à obrigatoriedade do Estado na garantia à educação, é incontestável o direito subjetivo existente, sendo garantido, pelo constituinte, o acesso ao Judiciário, pelo cidadão, em caso de constatação de serviço educacional deficitário. Certo é que o ensino obrigatório e gratuito é direito subjetivo, sendo obrigação do Poder Público o seu oferecimento regular, de modo que em caso de falha nesse oferecimento, caberá responsabilização a autoridade competente. (MENDES e BRANCO, 2017)

2.2. A questão do mínimo existencial.

A professora Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 336) discorre que a “ideia de que todo ser humano deve ter suas necessidades básicas satisfeitas para que lhe seja reconhecida uma sobrevivência digna vem sendo profundamente difundida na doutrina do direito constitucional e dos direitos humanos”.

Assim, nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes (2017, p. 710), não se pode gozar dos direitos de liberdade, até que haja, por parte do poder público, a implementação e garantia de uma quantia mínima de direitos, sendo que tais direitos, após implementação, terão como ponto de convergência, a efetivação das necessidades básicas do cidadão.

De maneira elucidativa Luciano Dutra (2017, p. 137) explica que:

O mínimo existencial é um conjunto de bens e direitos vitais básicos indispensáveis a uma vida humana digna, intrinsecamente ligado ao fundamento da dignidade da pessoa humana previsto no art. 1º, III. É o direito a um nível de vida suficiente para assegurar a saúde, o bem-estar próprio e da família, especialmente no que tange à alimentação, ao vestuário, à moradia, à assistência médica e outros serviços sociais imprescindíveis.

A efetivação do mínimo existencial, quando prejudicada pelo Poder Público, deve ser amparada pelo Poder Judiciário, cabendo a este definir os critérios para efetivação da dignidade da pessoa humana, tendo em vista que tais critérios não se encontram abertos à discricionariedade da Administração Pública ou do Legislativo, de modo que não podem se utilizar da reserva do possível como meio de se eximir de suprir o mínimo existencial em relação ao direito pleiteado (DUTRA, 2017, p. 137).

Com a constante ausência de políticas públicas para suprir as necessidades básicas dos cidadãos, diversas decisões³ judiciais vêm sendo proferidas a fim de impedir que a Administração Pública relegue a segundo plano, a necessidade de implementação dessas políticas. Nesse sentido, é possível observar o voto do Min. Celso de Mello na ADPF 45 MC/DF:

EMENTA: Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

Nesse sentido, Luciano Dutra (2017, p. 137) discorre que “entre o mínimo existencial e a reserva do possível, o Estado deve entregar as prestações tendentes a concretizar os direitos fundamentais ligados ao mínimo existencial, não podendo justificar sua ausência na reserva do possível”.

³ Ver Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337, STF, Relator: MIN. CELSO DE MELLO e Recurso Extraordinário nº 410715, STF, Relator: MIN. CELSO DE MELLO.

3. As parcerias público-privadas

Com o advento da Lei 11.079/2004, as Parcerias Público-Privadas foram instituídas como uma forma de concessão especial de serviços públicos, com normas gerais de licitação e contratação, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, que nas palavras do ilustríssimo professor Matheus Carvalho (2017, p. 666), “trata-se de acordos firmados entre o particular e o poder público com o objetivo de prestação de serviços públicos de forma menos dispendiosa que o normal, podendo, ainda, admitir-se o fornecimento de bens ou execução de obras.”

Além disso, de acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 308) as Parcerias Público-Privadas admitem a separação em sentido amplo e sentido restrito. E complementa que em sentido amplo “PPP é todo e qualquer ajuste firmado entre o Estado e o particular para consecução do interesse público”. E em sentido restrito “PPP refere-se exclusivamente às parcerias público-privadas previstas na Lei 11.079/2004, sob a modalidade patrocinada ou administrativa”.

Outrossim, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 889) entendem que as PPP's possuem a vantagem de contar com investimentos do setor privado, seja nacional ou estrangeiro, em projetos de infraestrutura, que beneficiem o desenvolvimento do país.

E em relação à contraprestação realizada pelo Estado em favor do parceiro privado, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 889) discorrem que:

A principal estratégia para atrair esses investimentos é, simplificada, assegurar ao "parceiro privado" (denominação que a lei utiliza para referir-se ao particular contratado) um retorno mínimo sobre o capital investido. Esse "retorno mínimo" é proporcionado por uma "contraprestação" paga ao investidor privado pela administração pública contratante ("parceiro público").

Saliente-se que a Lei 11.079/2004, em seu artigo 2º, dispõe que a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na

modalidade patrocinada ou administrativa”. Sendo tais modalidades, melhor desenvolvidas nos tópicos a seguir.

3.1. Concessão patrocinada

Conforme o art. 2º, § 1º da Lei 11.079/2004, a Parceria Público-Privada de Concessão Patrocinada “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contra-prestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado” (BRASIL, 2004).

Ademais, o professor José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 289) esclarece que “as concessões patrocinadas se sujeitam à aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/1995 (lei geral das concessões), que regula as concessões comuns de serviços públicos, bem como de outras leis que sejam correlatas ao referido diploma”.

Ou seja, este é um contrato de concessão de serviços públicos, em que, além da contraprestação do Poder Público ao setor privado, há, ainda, uma tarifa a ser paga pelos usuários do serviço ou da obra. De modo que é um contrato firmado entre o Poder Público e o particular, em que este assume todo o risco do empreendimento, podendo cobrar dos usuários, ao final, tarifas pelos serviços prestados, além da remuneração paga pelo Estado (CARVALHO, 2017, p. 667).

Já nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 392):

É possível definir concessão patrocinada como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública (ou o parceiro público) delega a outrem (o concessionário ou parceiro privado) a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

Logo, entende-se como concessão patrocinada, aquela em que o Poder Público paga ao parceiro privado, para que este execute a obra, permitindo ainda que cobre dos usuários pelos serviços prestados.

Como meio de facilitar o entendimento sobre a concessão patrocinada e ainda a diferir da concessão simples, Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 347), nos trazem que:

A título de exemplo, poderíamos citar a construção de uma ponte com a previsão de que o concessionário seja remunerado mediante a cobrança de pedágio acrescida de uma contrapartida pelo Poder Público. Esse modelo poderia levar ao questionamento acerca dos motivos da opção, pela Administração, da modalidade PPP para a realização da obra, uma vez que, ao menos em tese, seria possível a remuneração do concessionário exclusivamente pelo pedágio (concessão simples). Entretanto, há casos que, em face dos elevados investimentos necessários para a realização da obra, o valor do pedágio para a amortização dos gastos e remuneração do concessionário tornaria a sistemática inviável, de forma a exigir aportes do poder público. Tem-se, nessas hipóteses, exatamente a situação que indica uma parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada (explicando, inclusive, a denominação PPP).

Saliente-se ainda que, “nos termos do artigo 10, § 3º, a contribuição do parceiro público não pode ser superior a 70% da remuneração total a ser recebida pelo parceiro privado, a menos que haja autorização legislativa específica” (DI PIETRO, 2018, p. 394).

Por fim, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 893) concluem que a obrigatoriedade de autorização legislativa específica, demonstra uma preocupação do legislador em garantir que o Estado não fique em desequilíbrio fiscal, ao possuir uma despesa elevada em relação à Parceria Público-Privada.

3.2 Concessão administrativa.

Nos termos da Lei 11.079/2004, em seu art. 2º, § 2º, a Parceria Público-Privada de Concessão Administrativa “é o contrato de prestação

de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens" (BRASIL, 2004).

Para Carvalho (2017, p. 667), tal modalidade trata-se de uma concessão de serviço público, em que o Estado fica responsável por arcar com todas as tarifas decorrentes do serviço prestado pelo ente privado, tendo em vista que atua como usuário do serviço de forma direta ou indireta.

Porém, tal entendimento não é compartilhado por grande parte da doutrina, de modo que, nas palavras de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 891):

Não é fácil visualizar o funcionamento pretendido pelo legislador para a modalidade de parceria público-privada denominada "concessão administrativa". É certo que se trata de concessão, não só pelo nome, mas porque o caput do art. 2.º da Lei 11.079/2004 categoricamente afirma que as parcerias público-privadas são contratos de concessão. Todavia, na concessão administrativa, a administração pública é a usuária (direta ou indireta) de serviços prestados pelo parceiro privado. Note-se que a definição legal não é explícita quanto à natureza do serviço prestado pelo parceiro privado à administração, vale dizer, não está dito se o objeto da concessão administrativa será uma atividade enquadrada ou não como serviço público.

Entendimento similar possui a ilustre doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 396), ao dizer que:

Ao contrário da concessão patrocinada, que tem por objeto a execução de serviço público, a concessão administrativa, à primeira vista, tem por objeto a prestação de serviço (atividade material prestada à Administração e que não tem as características de serviço público).

Por ser um contrato que se associa à prestação de serviços, a concessão administrativa possui a necessidade de um grande investimento pelo ente privado, além do impedimento de realizar um contrato apenas para a prestação do serviço, de modo que o parceiro privado detém todos

os custos da execução da obra ou do fornecimento dos bens (CARVALHO, 2017, p. 668).

Contudo, há uma aquiescência pela doutrina de que a remuneração percebida pelo parceiro privado é derivada de uma contraprestação pega pelo Poder Público, não sendo vedado, contudo, que o ente privado receba receitas de outras fontes complementares (ALEXANDRE e DEUS, 2017, p. 347).

Destarte, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 406), não existe meio de cobrança de tarifa do usuário na concessão administrativa, considerando que essa possibilidade só é possível na concessão patrocinada.

3.3 A questão da eficiência

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, caput, dispõe que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverá obedecer, dentre outros, o princípio da eficiência.

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: (BRASIL, 1988)

Paralelamente ao texto constitucional e mais especificamente ao que concerne às parcerias público-privadas, a lei 11.079/2004, em seu artigo 4º, I, quando da contratação de parcerias público-privadas, estas deverão observar determinadas diretrizes, como a eficiência no cumprimento dos contratos, bem como o emprego correto dos recursos. Veja-se:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

O professor Leonardo Morais de Araújo Pinheiro (2015, p. 716), afirma que embora a lei não use especificamente a expressão princípio, “o objetivo das diretrizes destacadas nos incisos do artigo 4º da Lei nº 11.079/2004 garante a aplicação dos princípios constitucionais da administração pública, dispostos no artigo 37, CF.”

As parcerias público-privadas, no entendimento de Dagoberto Antonio Redoschi (2014, p. 73) apresentam uma maior eficiência, pois se utilizam de princípios de eficiência utilizados pelos entes privados, de modo a obter no projeto, uma maior celeridade de implantação, bem como a redução de custos, tendo em vista que a construção e operação do empreendimento ocorrem de forma mais rápida e barata aos cofres públicos.

Já Natália de Sousa Rodrigues Alves (2018, p. 45) entende que:

O modelo de PPP é uma oportunidade para a Administração Pública se valer da técnica, da flexibilidade e do dinamismo da iniciativa privada que, por sua vez, é orientada para a maximização da eficiência, por meio da alocação de recursos e busca por resultados.

Ademais, o ilustre professor Diógenes Gasparini (2012, p. 468, apud ALVES, 2018, p. 48), reforça que:

Essa parceria entre o setor privado e a Administração Pública tem a função precípua de promover a melhoria do desempenho da prestação de serviço público, articulando através de regras seguras e atrativos econômicos, a participação colaborativa dos agentes privados, juntamente com o aporte de recursos financeiros e tecnológicos na consecução do interesse público de que, em termos de eficiência, com raras exceções, carece a Administração Pública.

Assim, entende-se que o setor privado possui capacidade de desenvolver meios inovadores ao mercado, gerando aumento da eficiência e produtividade dos projetos de infraestrutura e conseqüente melhoria da

qualidade e redução dos preços dos produtos ou serviços ofertados. (KURY, 2014, p. 101).

Ainda segundo Felipe Kury (2014, p. 101) “o setor privado tem condições de prover o aumento da infraestrutura, gerando benefícios fiscais importantes para o governo e a sociedade”.

Logo, entende-se a questão da eficiência como a primazia da qualidade pelos serviços e produtos entregues pela administração pública conjuntamente com o parceiro privado.

3.4 Mecanismos de controle.

Discorre o art. 5º, VII da Lei 11.079/2004 que o Ente Público definirá critérios de avaliação referentes ao desempenho do parceiro privado, veja-se:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

VII - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

De igual modo, o § 1º do art. 6º, do mesmo dispositivo discorre que o Ente Público poderá pagar ao parceiro privado, remuneração vinculada ao desempenho, ou seja, o pagamento poderá variar conforme as metas definidas em contrato, in verbis:

Art. 6º [...]

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Para Ricardo Alexandre e João de Deus (2017, p. 348):

A contraprestação da Administração somente será efetuada quando o serviço objeto da parceria público-privada já estiver disponibilizado. Por outro lado, tratando-se de serviços que possam ser divididos em etapas, é facultado à Ad-

ministração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela do serviço que já se revelar fruível (art. 7º, § 1º). O contrato de parceria público-privada poderá também prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato (art. 6º, § 1º). É o que a doutrina denomina “princípio da variabilidade remuneratória”.

Reforçando a ideia de “variabilidade remuneratória”, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 293) entende que “pode o contrato conter cláusula pela qual a remuneração seja vinculada ao desempenho do concessionário”. Por outro lado, há o entendimento de que o contrato deverá ser claro nas cláusulas estipuladas em relação aos padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato, bem como às metas estipuladas ao concessionário (CARVALHO FILHO, 2017, p. 293).

Já Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2017, p. 895), afirmam ainda, que conforme o caput do art. 7º da Lei 11.079/2004 o parceiro privado deverá disponibilizar o serviço de forma integral, antes do recebimento de qualquer tipo de contraprestação por parte da administração pública. Porém, o § 1º do mesmo artigo discorre que há a possibilidade do parceiro privado receba a contraprestação sem a disponibilização integral do serviço, desde que a parte parcialmente finalizada seja fruível.

Com isso, Marcelo Henrique Pereira (2005, p. 259) entende que o setor público, dentre outras informações, deve analisar se o ente privado “permanece(m) motivado(s) (econômica e financeiramente) e comprometido(s) com a implantação e a continuidade do empreendimento (novos investimentos, ampliação, etc.)”

4. A experiência das UMEIs em belo horizonte, como demonstração da (in) eficácia das parcerias público-privadas no combate aos problemas da educação infantil

Inicialmente, faz-se necessário estabelecer o marco temporal em que as UMEI's foram criadas, bem como determinar sua finalidade. As-

sim, Meneghetti, Silva e Ayala (2018, p. 63) afirmam que com o advento da Lei Municipal nº 8.679/03, promulgada no ano de 2003, deu-se início ao processo de implementação das Unidades Municipais de Educação Infantil - UMEI's no município de Belo Horizonte com a intenção de garantir às crianças de até cinco anos e oito meses de idade o acesso ao sistema educacional.

Logo, no ano de 2012, o Município de Belo Horizonte emitiu Edital de Concessão sob o nº 01/2012, com vistas de definir proposta que seja mais favorável “para a delegação das obras e serviços de engenharia e prestação de serviços de apoio à operação e funcionamento de unidades de ensino da rede municipal de educação básica de Belo Horizonte, excluídos os serviços de natureza pedagógica” (BELO HORIZONTE, 2007, p. 3).

Ainda segundo o Edital (BELO HORIZONTE, 2007, p.9) seu objeto trata-se “delegação, por meio de concessão administrativa, da execução das OBRAS e prestação de SERVIÇOS não-pedagógicos no âmbito das UNIDADES DE ENSINO” e inclui em seu contrato a:

- (i) a execução de OBRAS de construção nas UNIDADES DE ENSINO, em conformidade com as regras e especificações do ANEXO 5 da MINUTA DO CONTRATO;
- (ii) a aquisição, operação, manutenção e reposição de mobiliários e equipamentos necessários para o funcionamento das UNIDADES DE ENSINO;
- (iii) a gestão, conservação, manutenção e eventual compra dos BENS VINCULADOS, na forma do CONTRATO;
- (iv) a oferta e gestão dos serviços de higiene e limpeza, lavanderia e rouparia, serviços administrativos, utilidades e energia, segurança e quaisquer outros necessários à plena execução dos serviços previstos no EDITAL, CONTRATO e respectivos ANEXOS da presente CONCESSÃO.

Por fim, após os trâmites licitatórios, realizou-se o primeiro contrato de parceria público-privada na relativo à educação no Brasil e em toda a América do Sul, sendo que de um lado da PPP encontra-se a Prefeitura de Belo Horizonte e de outro, a empresa Odebrecht. Visto que o pioneirismo da parceria público-privada na educação representou um avanço na efetivação do direito social à educação infantil, haja vista a melhoria

no atendimento aos alunos da capital mineira (MENEGHETTI, SILVA e AYALA, 2018, p. 64).

Importante ressaltar que a “Concessionária vencedora é formada pelas empresas Odebrecht Global S.A., Odebrecht Properties Parcerias S.A. e a Concessão terá um prazo de 20 (vinte) anos, com valor de contrato de R\$975.658.364,65” (RADAR PPP, 2012).

Inicialmente pertencente ao grupo Odebrecht, a Inova BH, hoje pertencente ao grupo Transpes – Transportes Pesados S/A, é responsável, conforme informação adquirida no site da Inova BH (2019), pela “construção e administração de 51 unidades escolares ao longo de 20 anos”. Sendo que, dessas 51 unidades, 46 são Unidades Municipais de Ensino Infantil (UMEs) e 05 são Escolas Municipais de Ensino Fundamental (EMEFs).

Nesse caso, conforme informações retiradas do site da prefeitura Municipal de Belo Horizonte, a PPP trata de obras e serviços não pedagógicos:

O parceiro privado será responsável pela construção e operação de serviços não pedagógicos das novas unidades, com escopo dos serviços focado em atividades de suporte e apoio, tais como, conservação e manutenção predial e serviços de limpeza. As atividades pedagógicas e finalísticas das novas unidades, tais como organização das atividades educacionais, corpo docente e atividades afins, continuam de responsabilidade integral da Prefeitura de Belo Horizonte.

De acordo com a PBH Ativos, empresa responsável por auxiliar o Poder Executivo Municipal na execução de políticas públicas, a construção das novas UMEs “permitiram a criação de 20.240 vagas para crianças de 0 a 5 anos, em 34 meses, desde o início da construção da primeira escola, em 2013, até a entrega da última, em dezembro de 2015” (PBH Ativos).

Outrossim, a PBH Ativos ainda reforça que o “sucesso dos projetos atraiu a atenção de outras prefeituras e governos estaduais e até mesmo de outros países, como Colômbia e Uruguai, todos interessados em conhecer e replicar esse modelo, [...]” (PBH Ativos).

Em 2017, a Inova BH foi duplamente premiada no *PPP Awards & Conference Brazil 2017*, nas categorias “Projeto Municipal do Ano” e “Projeto em Operação do Ano”. Sendo este, um evento que premia os trabalhos realizados pelas Parcerias Público-Privadas no país, com o fito de incentivar investimentos e desenvolvimento nessa modalidade de contratação (Inova BH).

Porém, mesmo com os bons resultados demonstrados por essa modalidade, Meneghetti, Silva e Ayala (2018, p. 64), entendem que:

Apesar dos resultados dessa parceria ainda não terem atingido toda população que precisa da prestação dos serviços de creches e escolas, é perceptível o aumento no número de vagas disponíveis e, portanto, o engajamento da Prefeitura da cidade que, notadamente, está investido na expansão de seu sistema de educação infantil.

Entendimento similar possuem os mestres Lucas Salles Moreira Rocha e Márcio Luís de Oliveira (2017, p. 146), ao afirmar que:

Sem embargo das inúmeras críticas que são realizadas a esse sistema, importante reparar que o Município de Belo Horizonte, ao adotar a política de Parceria Público-Privada na criação das UMEIs, vem conseguindo alcançar um alto nível de qualidade na prestação do serviço de educação infantil, com avanços significativos na sua universalização. A crescente quantidade de demandas judiciais visando ao acesso a esse tipo de ensino tem sido fundamentada pelo reconhecimento dessa qualidade por parte da sociedade e das instituições estatais (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Poder Judiciário). O exemplo de Parceria Público-Privado adotado no sistema das UMEIs vem demonstrando que os entes privados e estatais podem trabalhar lado a lado, em sinergia, de forma a gerar eficiência administrativa na boa prestação de serviços públicos para a sociedade.

Por fim, Meneghetti, Silva e Ayala (2018, p. 65) demonstram que mesmo existindo “as intenções econômicas e lucrativas do contrato, é inegável que as suas atividades já promoveram um considerável avanço rumo à concretização do direito social à educação no município de Belo Horizonte”. Resta claro que tal sistema tem se mostrado efetivo na pres-

tação do serviço educação infantil, de modo que o acesso às UMEIs vem sendo gradualmente ampliado, para que cada vez mais crianças possam garantir seu acesso à educação básica. (ROCHA e OLIVEIRA, 2017, p. 147)

5. Considerações finais.

Conforme se demonstrou ao longo desta pesquisa, a educação é um direito fundamental garantido pelo art. 6º da Constituição Federal de 1988, bem como os arts. 204 a 214 do mesmo dispositivo. Ficando claro, ainda, que o Estado deve garantir um “mínimo existencial” para que o cidadão consiga viver uma vida digna.

Porém, constatou-se que há uma deficiência de recursos por parte do Estado, que o impede de atuar de forma a atender as necessidades básicas do cidadão. E isso fez com que a Administração Pública buscasse meios de sanar esse problema, dando início às parcerias do setor público com pessoas jurídicas privadas.

Assim, no presente caso, analisou-se a parceria realizada pelo Município de Belo Horizonte com a empresa Odebrecht, em que deu início ao sistema de educação básica proposto nas Unidades Municipais de Educação Infantil, em que crianças de zero a cinco anos conseguem acesso à educação.

Logo, pela análise dos dados apresentados na presente pesquisa, é possível concluir que o modelo de parceria público-privada realizada no Município de Belo Horizonte, tem se mostrado eficaz, comprovando que uma possível resolução aos problemas do acesso à educação no país, podem passar pelo sistema de parcerias público-privadas

6. Referências

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. **Direito administrativo**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 25. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : MÉTODO, 2017.

ALVES, Natália de Sousa Rodrigues. **O modelo de partilha de risco nas parcerias público-privadas (Portugal e Brasil)**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. (Coleção Descomplicando)

BELO HORIZONTE (MG). **Edital de Licitação nº 01/2012. Concessão administrativa para a realização de obras e serviços de engenharia e prestação de serviços de apoio, não pedagógicos, a Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica do Município de Belo Horizonte**. Município de Belo Horizonte: Secretaria Municipal de Educação, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil [texto (tipo reduzido)]: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais nº 1/1992 a 83/2014, pelo Decreto legislativo nº 186/2008 e pelas Emendas constitucionais de revisão nº 1 a 6/1994**. - 42ª ed. - Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014.

BRASIL. **Lei nº 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm > Acesso em: 18 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 45 MC/DF** - Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de Jurisprudência, Decisão Monocrática, 29 de abril de 2004. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%20ESCLA%2E+E+45%20ENUME%2E%29+NAO+S%20EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/l7lb9d2> >. Acesso em: 18 nov. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 20. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção esquematizado)

MENEGHETTI, Rayssa Rodrigues; SILVA, Filipe Augusto, AYALA, Vinicius de Araujo. **As Parcerias Público-Privadas como um Mecanismo de Efetivação dos Direitos Sociais: uma Análise das Umei's da Cidade de Belo Horizonte**. In: Perspectivas críticas do direito democrático na sociedade contemporânea. COSTA, Fabrício Veiga; MAIA, Raphael; AYALA, Vinicius de Araújo. [Org.] - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. rev. e atual. até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2017.

NAVES, Guilherme de Ávila. **Unidades de Ensino da Rede Municipal de Educação Básica – UMEI (Belo Horizonte)**. Radar PPP. 2012. Disponível em: < <https://www.radarppp.com/resumo-de-contratos-de-ppps/unidades-de-ensino-da-rede-municipal-de-educacao-basica-umei-belo-horizonte/> > Acesso em: 28 nov. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A Eficácia Dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível**. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006.

PEREIRA, Marcelo Henrique. Como fiscalizar as PPPs. **Revista de Informação Legislativa Brasília**, v. 42, nº. 168, p. 255-261, out./dez. 2005.

PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Direito administrativo**. 31ª ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PINHEIRO, Leonardo Moraes de Araújo. Parcerias público-privadas: bases políticas e ideológicas na construção de um novo projeto de desenvolvimento. **Boletim Governet de Convênios e Parcerias**, Curitiba, nº 124, 2015. Disponível em: < <http://www.governet.com.br/edicao.php?cod=508> > Acesso em: 26 nov. 2019.

PPP Educação. **PBH Ativos**. Disponível em: < <http://pbhativos.com.br/concessoes-e-ppps-2/educacao/> > Acesso em: 28 nov. 2019.

REDOSCHI, Dagoberto Antonio; KURY, Felipe; et al. Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Cadernos FGV Projetos**, Rio de Janeiro, nº 23, p. 44-55 e p. 96-101, jan. 2014.

ROCHA, Lucas Salles Moreira; OLIVEIRA, Márcio Luís de. Política Pública e Direito à Educação Infantil de Boa Qualidade: a situação das UMEIs na municipalidade de Belo Horizonte. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, nº. 21, p.126-152, jul./dez. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

A relevância da teoria da associação diferencial em Sutherland para uma melhor compreensão dos crimes de colarinho branco

*Gabriel Xavier Nunes Vasconcelos*¹

*Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes*²

1. Introdução

O crime sempre esteve presente na história da humanidade. No decorrer da evolução da sociedade, diversas foram as teorias que buscaram explicar o crime, suas causas, suas consequências. Nada obstante as teorias acerca do comportamento criminoso recebam, cada qual, em conformidade com suas particularidades de explicação, inúmeras críticas, fato é que todas elas contribuíram sobremaneira para a evolução do pensamento criminológico, até porque se identificam formulações teóricas que só foram possíveis a partir de uma construção crítica em cima de uma teoria anterior.

Ocorre que, por muito tempo, os criminólogos não estavam familiarizados com a existência de crimes na classe alta da sociedade. Isso porque, a parcela das infrações as quais são utilizadas como fundamento das teorias clássicas, segundo Sutherland (2015; 1940), são tendenciosas

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Pará de Minas (MG)

² Professor universitário no curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas/MG e na Graduação e Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna/MG, especialista em Ciências Criminais e em Direito Eleitoral, mestre e doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pesquisador da Universidade de Itaúna (CNPQ).

ao *status* econômico (pobreza) e a fatores patológicos pessoais do agente praticante de delitos. Nesse contexto, Edwin Hardin Sutherland, denominando a criminalidade da classe alta de “Crimes de Colarinho Branco”, buscou melhor explicá-los, formulando ao longo de anos de estudos a Teoria da Associação Diferencial, uma teoria geral que pudesse explicar não apenas a criminalidade ordinária, mas também, a dos ricos.

Dito isso, o presente trabalho analisa a teoria desenvolvida por Sutherland na busca de uma explicação mais apropriada sobre o comportamento criminoso, para, ao final, compreender o que distingue a Teoria da Associação Diferencial no campo da criminologia, bem como quais são as suas contribuições e qual a sua relevância para uma melhor compreensão dos *White-Collar Crime*.

Segundo Clécio Lemos, “a teoria é altamente impactante na comunidade criminológica” (LEMOS, 2015, p.14). Em verdade, a hipótese desse trabalho cinge-se na ideia de que a formulação teórica de Edwin Hardin Sutherland tenha rompido com os modelos de explicação pautados em patologias pessoais ou sociais, explicando o motivo pelo qual alguém adere ao comportamento criminoso pela aprendizagem, formulando uma teoria de caráter geral, capaz de explicar o comportamento criminoso sendo ele oriundo de qualquer classe ou contexto.

Pois bem, o reconhecimento da existência dos delitos de colarinho branco inspira uma investigação mais aprofundada acerca da criminalidade e seus fatores causais. Nessa linha de raciocínio, a análise criminológica não deve se ater as formas clássicas de estudo de crimes, pois, em conformidade com o pensamento de Sutherland, essas formas de explicação se invalidam. Com efeito, os delitos cometidos pela alta classe no exercício da profissão culminam em duros danos à coletividade, motivo pelo qual merecem atenção dos estudiosos.

Nesse cenário, a Teoria da Associação Diferencial merece grande destaque e, estudá-la, bem como entender suas contribuições torna-se relevante por sua pertinência.

Dito isso, para a realização do presente trabalho foi utilizada a pesquisa bibliográfica, a qual se baseou no exame de obras pertinentes ao tema da pesquisa. Foram utilizados autores clássicos de criminologia, bem como os mais contemporâneos, sendo manuais e trabalhos monográficos, de modo a compilar e organizar diversas opiniões sobre o assunto abordado, apresentando opinião sobre os pontos mais importantes e conclusões. Dada a especificidade do tema, como não poderia ser diferente, foram utilizadas importantes obras de Edwin Hardin Sutherland.

Para responder a problemática apresentada, o presente trabalho subdivide-se em três capítulos: a) apresentação e análise do problema dos crimes de colarinho branco; b) exame das principais teorias da macro-sociologia no que diz respeito a vertente de cunho funcionalista das teorias do consenso ou da integração; c) análise da Teoria da Associação Diferencial e dos Crimes de Colarinho branco, sobretudo, a relevância daquela para a melhor compreensão desses.

Destarte, pretende-se por meio do presente estudo, analisar o trabalho de Edwin Hardin Sutherland, possibilitando averiguar a relevância da Teoria da Associação Diferencial para uma melhor compreensão dos Crimes de Colarinho Branco.

2. A questão dos crimes de colarinho branco

Segundo Sutherland (2015), os “Crimes de Colarinho Branco” não podem ter uma integral explicação com apoio nos dados disponíveis e nas teorias pautadas em patologias sociais. Dito isso, o presente trabalho abordará nessa seção o problema dessa criminalidade.

2.1 Perspectiva Geral: o problema do Crime de Colarinho Branco

De início, cumpre salientar que os Crimes ligados ao Colarinho Branco por muito tempo representaram uma temática bem enigmática

no campo da criminologia. Essa nebulosidade se dá, segundo Edwin H. Sutherland (2015), em razão dos métodos convencionais utilizados há muito no estudo dos crimes, uma vez que essas metodologias se pautavam principalmente em questões ligadas à patologia socioeconômica (pobreza) e aos problemas decorrentes dessa.

Se não bastasse, como o trabalho verificará, em conformidade com os estudos de Sutherland, a carência de dados estatísticos relacionados aos delitos praticados pela classe mais alta da sociedade, impossibilita que se tenha uma real percepção da extensão do problema, o que acarreta uma enorme dificuldade em melhor compreender essa forma de crime.

Nessa conjuntura, destaca-se que os estudiosos sempre estiveram familiarizados com a análise de crimes, contudo, não estavam acostumados em considerar sua existência nas relações negociais, políticas e econômicas, os quais geram uma quebra de expectativa na sociedade.

Em verdade, da análise das estatísticas criminais, a conclusão do sociólogo em questão (1940) é a de que esses dados oficiais demonstravam que o crime possuía maior ocorrência na classe mais baixa da sociedade, enquanto apontavam apenas uma diminuta parcela de incidência na classe mais alta do corpo social.

As estatísticas, como regra, destacavam as ocorrências de “crimes comuns” ou “violações ordinárias”, tendo como exemplos aquelas que afetam o patrimônio ou a integridade de suas vítimas. É o que se depreender da seguinte passagem:

Crime, assim entendido, inclui as violações ordinárias do código penal, tais como homicídio, assalto, arrombamento, furto, pequenas subtrações, violações sexuais, intoxicação pública, mas não inclui violações de trânsito. Pessoas que são acusadas e condenadas por esses crimes ordinários ficam submetidas à polícia, justiça criminal ou da juventude, departamentos de fiscalização e instituições correccionais. (SUTHERLAND, 2015, p. 27).

Nessa linha, Alessandro Baratta destaca que as pesquisas relacionadas a criminalidade de colarinho branco “lançaram luz sobre o valor das

estatísticas criminais e de sua interpretação, para fins de análise da distribuição da criminalidade nos vários estratos sociais, e sobre as teorias da criminalidade relacionadas com estas interpretações”. (BARATTA, p. 102, 1999).

Nesse ponto, esbarra-se com a questão das “cifras negras”. Para Baratta, sendo as teorias do comportamento criminoso fundamentadas na criminalidade identificada e perseguida, “as estatísticas criminais, nas quais a criminalidade de colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua calculável ‘cifra negra’, distorcem até agora as teorias da criminalidade, sugerindo um quadro falso da distribuição da criminalidade nos grupos sociais”. (BARATTA, p. 102, 1999).

Edwin H. Sutherland (2015) enfatiza que a concentração dos delitos na classe socioeconômica mais baixa era demonstrada por dois tipos de pesquisa, sobre as quais são elencados breves comentários.

A primeira forma se dava pela análise histórica de infratores e de seus genitores, a qual demonstrava a alta incidência da pobreza. Para isso, Sutherland evidencia alguns dados relacionados à realidade de seu país de origem, os EUA, os quais foram estudados por Sheldon e Eleonor Glueck:

Sheldon e Eleonor Glueck estudaram 1000 delinquentes juvenis que foram apresentados aos tribunais da juventude da Grande Boston, 500 homens jovens-adultos que foram condenados ao reformatório Estadual de Massachusetts e 500 mulheres que foram condenadas ao reformatório feminino de Massachusetts. (...) Mostra-se que 76,3% dos infratores na primeira série e 91,3% na série do outro extremo estão abaixo do nível de conforto, o qual foi definido como posse de renda suficiente para permitir a manutenção da família por quatro meses de desemprego sem a necessidade de ajuda. Outro dado nestes estudos das famílias de infratores mostra uma alta incidência de desempregados, de mães com trabalho precário, pais em ocupações não qualificadas ou semiquilificadas, e pais que largaram a educação formal; eles mostram, também, que uma larga proporção destes infratores deixou a escola em idade prematura para ingressar em ocupações remuneradas. (SUTHERLAND, 2015, p. 27-28)

O outro método que demonstrava a concentração dos delitos na classe menos desenvolvida é por meio da análise de estatísticas dos locais das residências dos infratores – “distribuição ecológica de infratores”.

Nesse contexto, Sutherland se utiliza das análises de Shaw e Mackay acerca de dados relacionados às residências de criminosos:

Shaw e Mackay analisaram os dados relacionados às residências dos delinquentes juvenis e criminosos adultos em vinte cidades dos Estados Unidos. Em cada uma destas cidades os infratores estavam concentrados nas zonas de pobreza. Em Chicago a correlação entre os casos de delinquência de garotos e famílias que recebem auxílio do Estado numa mesma milha quadrada é de + 0,86 +- 0,01. A delinquência de garotos está positivamente correlacionada em altos coeficientes com desemprego e habitações condenadas como inseguras, e negativamente com rendimentos; a delinquência de garotos mostra também uma alta correlação com a delinquência de garotas, com delinquência de jovens-adultos masculinos, e com delinquência de adultos. (SUTHERLAND, 2015, p. 29).

Em verdade, os estudiosos que buscaram desenvolver teorias gerais do comportamento delitivo acabavam utilizando de estatísticas e estudos de casos individuais dos quais tais estatísticas eram compiladas.

Assim sendo, as referidas teorias enfatizaram a questão da carência de recursos (pobreza) como origem do crime, bem como condições sociais e traços pessoais associados a pobreza. A explicação do crime se dava por meio de fatores patológicos, sejam eles sociais ou ainda pessoais.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se os ensinamentos retirados da obra de Sutherland:

As patologias sociais que têm sido enfatizadas são a pobreza e, relacionadas a esta, moradias pobres, falta de recreações organizadas, falta de escolaridade e rompimento de laços familiares. As patologias pessoais que foram sugeridas como explicação para o comportamento criminoso recaíam, primeiro, em anomalias biológicas; quando as pesquisas levantavam dúvidas sobre a validade destas explicações biológicas, a próxima explicação era a inferioridade intelectual, e mais recentemente a instabilidade emocional. (SUTHERLAND, 2015, p. 30).

Para Ana Luiza Almeida Ferro, o argumento da obra de Edwin H. Sutherland, “White collar crime, a propósito, é de que o comportamento criminoso não encontra uma explicação apropriada em patologias sociais”. (FERRO, 2008, p. 7).

Gabriel Ignácio Anitua, em sua obra “Histórias dos pensamentos criminológicos”, faz a seguinte ponderação:

Sutherland discutia principalmente com as teorias biologicistas, às quais, acredito, rebateu de forma definitiva. Embora a sociobiologia continuasse presente em sua perspectiva, da mesma forma que estava na tradição de Chicago, e que a sociopsicologia representasse um elemento importante em sua teoria do aprendizado, todas as suas investigações, mas fundamentalmente as últimas, realizadas sobre a delinquência de colarinho branco, objetivam decididamente as explicações da criminalidade por causas biológicas e psicológicas, e criticavam igualmente o vínculo entre delinquência e pobreza, assumido também por criminólogos do Estado assistencial por intermédio da expressão “desorganização social”. (ANITUA, 2008, p. 489-490).

Assim, para o sociólogo, a ideia de que a criminalidade está ligada exclusivamente a pobreza ou a condições relacionadas a ela é absolutamente inadequada e incorreta, pois, essa forma de explicação convencional se invalida por dois motivos.

O primeiro motivo consiste na noção de que muitos dos fatos relativos ao comportamento criminoso podem não ser explicados com base na pobreza ou nas patologias originadas dessa condição.

Para defender essa ideia, Sutherland (2015) se utiliza de alguns dados oficiais de sua época, oriundos dos Estados Unidos da América, os quais demonstram que daqueles jovens que são julgados como delinquentes, aproximadamente 85% são garotos, ao passo que, somente 15% são garotas.

Lado outro, os garotos e garotas dos Estados Unidos da América estão da mesma forma distribuídos na faixa de pobreza, se originam dos mesmos lares com habitações que não são adequadas, não possuem lazer-

res condizentes com seu estado de juventude, dentre outros diversos fatores comuns entre os sexos.

Assim, nota-se que a pobreza e seus desdobramentos não podem explicar a diferença de incidência da delinquência entre os sexos masculino e feminino no caso dos jovens americanos.

Outro interessante apontamento, dentre vários, é o de que grupos pessoas que residem em favelas e se encontram em estado de penúria, ainda assim possuem baixo índices de criminalidade seja ela adulta ou juvenil, a exemplo das colônias chinesas.

Ainda, Sutherland destaca que estudos que relacionam taxas de crime e ciclos de mercado “não têm demonstrado uma associação significativa ou uma muito tênue associação entre depressões de mercado e taxas de crime em geral, e insignificante associação entre depressões de mercado e os crimes relacionados com a pobreza”. (SUTHERLAND, 2015, p. 31).

Nesse ponto destaca-se um importante questionamento trazido pelo sociólogo em sua obra “Crime de colarinho branco”:

Porque a pobreza, quando distribuída espacialmente em áreas da cidade, mostra uma uniformidade notável e alta associação com crime, porém quando distribuída cronologicamente em ciclos de mercado mostra uma leve e inconsistente associação com o crime? (SUTHERLAND, 2015, p. 32).

A explicação para esse questionamento é a de que a pobreza como necessidade econômica não representa o motor que dá causa, mas sim as relações sociais e interpessoais que estão associadas em determinados momentos com a pobreza e em outras oportunidades com a riqueza, assim como, em certas ocasiões, tais relações podem estar associadas com ambas – riqueza e pobreza.

Essa também é a compreensão trazida por Ana Luiza Almeida Ferro ao destacar que “O vetor causal habita nas relações sociais e interpessoais, ora associadas com a pobreza, ora com a riqueza, ora com ambas”. (FERRO, 2008, p. 151).

Esse ponto será novamente – e com mais aprofundamento – abordado quando da análise das nove proposições da Teoria da Associação Diferencial, o que será realizado na última seção do presente trabalho.

Prosseguindo, o segundo motivo de que as explicações padronizadas, ou melhor dizendo, convencionais, acerca da conduta delitiva, se invalidam, está na ideia de que possuem sustentáculo em estatísticas tendenciosas.

Nessa linha, podem-se destacar dois aspectos trazidos pelo sociólogo.

O primeiro é o de que indivíduos pertencentes à classe socioeconômica mais alta possuem um empoderamento financeiro assim como político, razão pela qual é demasiadamente mais fácil ocorrer uma prisão e até mesmo uma condenação daquelas pessoas que carecem de tais poderes.

A princípio, é de se destacar que pessoas com maior poder econômico, em tese, podem contratar advogados sem maiores preocupações. Ainda, é possível até que exerçam significativa influência na administração da justiça.

O outro aspecto diz respeito ao exame da administração da justiça criminal quando da aplicação das normas relativas à classe alta, quando violadas por indivíduos pertencentes a esse grupo.

Se não, vejamos:

E muito mais importante é a análise da administração da justiça criminal na aplicação de leis ligadas aos negócios e às profissões relacionadas apenas à classe socioeconômica superior. Pessoas que violaram lei relativas às restrições de comércio, de publicidade, de saúde na alimentação e medicamentos, e práticas similares de negócios não são presas por polícias fardados, não são julgados em tribunais criminais, e não são condenadas às prisões; estes comportamentos ilegais recebem a atenção das comissões administrativas e dos tribunais que operam sob o “civil jurisdiction” ou “equity jurisdiction”. Por essa razão, tais violações da lei não estão incluídas nas estatísticas criminais nem apresentam casos individuais que recebem a atenção dos cientistas que escrevem as teorias do comportamento criminoso. (SUTHERLAND, 2015, p. 32-33).

Assim, tendo como fundamento esses dois aspectos elencados pelo estudioso em referência, é possível compreender que as teorias que tentaram explicar os crimes estão fundamentadas em partes do comportamento delitivo de modo tendencioso ao caráter socioeconômico.

Sutherland ainda acrescenta que tal proposição é quase tão correta quanto seria caso os estudiosos ‘tivessem selecionado apenas os criminosos ruivos para estudar e alcançassem a conclusão de que a vermelhidão do cabelo foi a causa dos crimes”. (SUTHERLAND, 2015, p. 33).

Nesse momento, já é possível perceber que não apenas pessoas com menor poder socioeconômico aderem ao comportamento criminoso, mas também, aquelas que possuem um alto “status” socioeconômico na sociedade.

Tal fato já era bem observando por Edwin H. Sutherland, e suas reflexões acerca do tema possuem extrema relevância ainda hoje.

Em uma espécie de comparativo com a situação atual do Brasil, em especial nas duas últimas décadas, a sensação que se tem é a de que a atenção – quando da apuração, processamento e julgamento dos crimes – estava voltada apenas para os criminosos que possuem uma condição socioeconômica mais frágil e cometem crimes que violentam o patrimônio ou a integridade do indivíduo.

Por consequência, os delitos mais ligados ao setor econômico, a cargos públicos, às indústrias, acabavam recebendo uma despicienda atenção da administração da justiça, de modo que o sentimento é de que somente nos últimos anos é que o país tomou conhecimento de que essas modalidades de crimes existem.

Retomando, uma questão importante acerca do tema é a de que o criminoso do colarinho branco não se julga como tal, haja vista, principalmente que, ele não é submetido aos mesmos procedimentos aos quais outros delinquentes se submetem.

Nessa seara, Ana Luiza Almeida Ferro salienta que “não são apenas os homens de negócios que repudiam a identificação como criminosos; o

público também, em geral, lhes recusa o enquadramento no estereótipo”. (FERRO, 2008, p. 160).

Pois bem, para o sociólogo Sutherland esses crimes praticados por indivíduos de classe mais elevada são denominados de “crimes de colarinho branco”.

Sutherland (2015) não pretendia a formulação de um conceito que fosse definitivo, mas apenas chamar a atenção para essas infrações que como regra não estão costumeiramente incluídas no escopo da criminologia.

Manheim, citado por Ana Luiza Almeida Ferro, decompõe o conceito do sociólogo em cinco elementos:

Embora Sutherland acentuasse que a sua definição de crime de colarinhos brancos era apenas ‘aproximada’, a verdade é que ela tem sido, em geral, pacificamente aceita. Consta de cinco elementos: a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis e c) com elevado status social; d) no exercício da sua profissão. Para além disso, constitui, normalmente, uma violação da confiança. (MANHEIM apud Ferro, 2008, p. 153-154).

Para Ryanna Pala Veras (2006) o trabalho realizado por Sutherland além de ampliar a área de estudo da criminologia para além das estatísticas oficiais, representou uma crítica ao uso desses dados de forma cega, sem questionamentos.

A questão significativa sobre o crime de colarinho branco é que ele não está associado à pobreza ou às patologias sociais e pessoais que acompanham a pobreza. Se pode ser demonstrado que os crimes de colarinho branco são frequentes, uma teoria geral segundo a qual o crime está ligado à pobreza e suas patologias deve ser vista como inválida. Além disso, o estudo do crime de colarinho branco pode ajudar na localização dos fatores que, sendo comuns aos crimes do rico e do pobre, serão mais relevantes para uma teoria geral do comportamento criminoso. (SUTHERLAND, 2015, p. 34).

Para Salo de Carvalho (2015), os objetivos da investigação apresentados por Sutherland, a qual originou sua obra “Crimes de Colarinho Branco”, aponta duas hipóteses.

A primeira, “evidenciar que as pessoas de classe socioeconômica alta cometem muitos delitos e estas condutas deveriam ser incluídas no campo das teorias gerais do delito.” (CARVALHO, 2015, p. 17). E, em razão das evidências, a segunda, “apresentar hipóteses que possam explicar tanto os crimes de colarinho branco como os demais ilícitos”. (CARVALHO, 2015, p. 17).

Assim, a pesquisa de Sutherland, em que pese se note uma frequente preocupação e foco nos crimes cometidos por pessoas detentoras de poder e *status*, no exercício de suas profissões, a construção científica desse sociólogo buscava a construção de um modelo de explicação que fosse aplicado tanto para os crimes ordinários ou tradicionais, quanto para os crimes de colarinho branco.

3 A teoria da associação diferencial e os crimes de colarinho branco

Edwin Hardin Sutherland ingressou no curso de sociologia da Universidade de Chicago no ano de 1906, tendo defendido sua tese de doutorado sobre o desemprego, em 1913. Seu primeiro trabalho sobre a delinquência foi em 1924, com a obra “Criminologia” (*Criminology*).

No ano de 1934, é lançada a primeira edição do livro “Princípios de Criminologia” (*Principles of Criminology*), sendo que nessa obra havia “nitidamente a semente do que seria sua grande teoria” (LEMOS, 2015, p. 9).

Posteriormente, Sutherland foi aprofundando seus estudos acerca do processo de formação dos criminosos, aproximando-se, sobretudo, da criminalidade dos ricos, publicando em 1937 o livro “O Ladrão Profissional” (*The Professional Thief*), ministrando a palestra intitulada “O criminoso de colarinho branco” (*The white collar criminal*) em 1939 e publicando nesse mesmo ano a terceira edição de “Princípios de Criminologia”.

Nessa edição, Sutherland “organiza as bases fundamentais da sua principal premissa científica: Teoria da Associação Diferencial” (LEMOS,

2015, p. 10), remodelando sua visão geral sobre a criminalidade. Entretanto, é na quarta edição do livro (1947) que são apresentados os nove princípios ou as nove proposições da Teoria da Associação Diferencial.

É em 1949 que o sociólogo publica a obra “Crime de colarinho branco” (*White collar crime*), inicialmente censurada em razão de conter os nomes das empresas norte-americanas investigadas por Sutherland, os quais foram alterados por números, bem como fora suprimido o capítulo 3 “História de três casos”.

Em 1983, décadas após o falecimento de Edwin H. Sutherland (1950), a Yale University Press quebra o sigilo e publica a “versão sem cortes” (*the uncut version*), lançando a obra em sua versão completa.

Para Leandro Ayres França:

O contexto sociopolítico estadunidense explica porque, após o sucesso da publicação, o livro desapareceu por duas décadas. Para voltar à tona, o livro necessitava de uma forte crise econômica, o que ocorreu próximo da segunda fase da crise do petróleo (1973), revigorado pelo desenvolvimento da Criminologia de viés marxista e incentivado pelas políticas internacionais de combate aos crimes econômicos. (FRANÇA, 2014, p. 64-65).

A grande questão é que seus estudos relacionados a delinquência de colarinho branco dão o toque final a sua teoria.

Dito isso, o presente trabalho estudará nessa seção a “Teoria da Associação Diferencial” e os “Crimes de Colarinho Branco”, sobretudo no que se refere a relevância daquela para a melhor compreensão desses.

3.1 Noções Introdutórias e Aporte Histórico

A Teoria da Associação Diferencial tem suas primeiras formulações com o pensamento de Edwin H. Sutherland.

O sociólogo teve seu primeiro contato com a criminologia na Universidade de Chicago, razão pela qual também sofreu influências dos principais teóricos da ecologia criminal.

Ao final dos anos 30, o sociólogo cunha a expressão “crime de colarinho branco”. Em 1949, Sutherland reexamina parcialmente sua teoria, deixando-a mais próxima da formulação que se tem nos dias atuais.

Muito embora seja possível identificar antes de Sutherland alguns estudos acerca de delitos praticados pela classe mais alta da sociedade, o referido estudioso é o que mais se destaca no campo da criminologia. Tal entendimento pode ser extraído de Shecaira (2004), Viana (2018), Ryan-na Pala Veras (2006), Ana Luiza Ferro (2008), Salo de Carvalho (2015), dentre outros.

Para contextualizar o momento desse trabalho desenvolvido por Sutherland, de acordo com Leandro Ayres França (2014), logo após a Primeira Guerra Mundial, os EUA obtiveram um grande desenvolvimento econômico, com uma explosão demográfica e um sólido mercado interno.

Assim, esse período ficou marcado por voltar às normalidades quanto ao desenvolvimento econômico. Entretanto, foi acompanhado por escândalos financeiros e corrupções por pessoas que ocupavam cargos relevante na sociedade norte-americana do pós-guerra.

Outro fenômeno que abalou a estrutura social estadunidense foi o incentivo ao gangsterismo gerado pela *Prohibition* (FRANÇA, 2014), que perdurou desde 1920 até 1933. Para Rogério Filippetto e Maria da Conceição Benevenuto Apolinário (2016), foi a partir da proibição irrestrita ao comércio de bebida que surgiu a criminalidade organizada, baseada na organização e estabilidade.

Por fim, a compra de títulos na bolsa de valores por baixo preço para a venda dias depois por um valor muito superior tornou-se desenfreada. Até que em 1929 ocorre o *crack* da Bolsa de Valores de Nova York.

Esse momento da história dos Estados Unidos da América ficou marcado pelo aumento da pobreza e da criminalidade otimizada pela “Lei Seca”.

Nesse novo contexto, Anitua (2008) salienta que o Estado passou a intervir diretamente na economia, com a implementação do *New Deal* (1933) por Roosevelt, contrariando o paradigma da não-intervenção,

dada a necessidade de superar a crise instalada nos EUA, que afetou diversos outros países.

Logo, retomando a ideia de que Sutherland foi influenciado pela Escola de Chicago, a qual explica o aparecimento do crime naquelas sociedades com vínculos mais frágeis e desorganização social, observa-se que a sociedade estava passando por uma situação de anomia, sobretudo no setor financeiro (SHECAIRA, 2004).

Com a política intervencionista, há um crescimento do controle da atividade empresarial, sendo certo que a classe empresária estava descredibilizada e havia perdido prestígio em razão da quebra de 1929. Essa política deu substrato legislativo para controlar as atividades ilícitas das empresas norte-americanas, chamadas por Sutherland de “crime de colarinho-branco, por meio de sua teoria da associação diferencial”. (SHECAIRA, 2004).

Segundo França, “esse recorte cronológico, que vai da guerra à reestruturação econômica, coincide com o período de maturação sociológica de Sutherland”. (FRANÇA, 2014, p. 56). Maturação entendida como desenvolvimento pleno.

Para Gabriel Ignacio Anitua, “a nova investigação criminológica tentaria pouco a pouco, aproximar-se da investigação de tipo sociológico que se realizava naquele país do norte da América”. (ANITUA, 2008, p. 488).

Como referência desse período, tem-se a investigação criminológica de caráter sociológico realizada por Edwin Hardin Sutherland.

3.2 A Possível Influência das Leis da Imitação de Gabriel Tarde na Teoria de Edwin H. Sutherland

Com relação a possível influência do trabalho de Gabriel Tarde na teoria desenvolvida por Sutherland, necessário tecer comentários pertinentes a melhor compreensão da Associação Diferencial.

Em “Criminologia” (2018), obra de Eduardo Viana, há um título específico acerca das possíveis influências advindas dos ensinamentos de

Gabriel Tarde no pensamento de Sutherland. Em seu livro, Viana salienta que ocorre com frequência a afirmação de que Sutherland haveria se inspirado nas “leis da imitação” formuladas por Tarde.

Lado outro, Leandro Ayres França destaca que não se pode afirmar que de fato haveria acontecido essa inspiração, mas, “a publicação em inglês do livro *The Laws of Imitation*, no ano de 1903, permite inferir que Sutherland pode ter sido influenciado pelo jurista e sociólogo francês”. (FRANÇA, 2014, p. 62).

Assim, e considerando algumas semelhanças entre os pensamentos de ambos os estudiosos do crime, o presente trabalho analisa o tema em questão.

Gabriel Tarde, não diferente de Sutherland, não se contentava com a explicação biológica do crime, razão pela qual desenvolveu sua teoria.

Para Anitua, Tarde “partia de uma ideia original, mediante a qual a vida social repousaria em dois atos individuais: a invenção, que permite a renovação e a mudança, e a imitação, que assegura a continuidade e a estabilidade”. (ANITUA, 2008, p. 433).

Segundo Eduardo Viana (2018), Tarde, em sua obra “As leis da imitação”, de 1890, elementos como a moral, os costumes, os dogmas e os sentimentos, são transmitidos por meio da imitação, algo imanente à vida em sociedade. Igualmente, é o que se observaria com relação aos comportamentos criminosos. “O crime, inclusive, rotineiramente nasce como uma moda e, por meio da imitação, converte-se em costume” (VIANA, 2018, p. 268).

Conforme Shecaira, “Tarde afirmava que o delinquente era um tipo profissional que necessitava de um aprendizado, assim como todas as profissões precisam de um mestre” (SHECAIRA, 2004, p. 193).

“A imitação seria, assim, um argumento elaborado por Tarde para combater, num debate que o fazia famoso por sua redução ao absurdo das teorias lombrosianas, a tese do atavismo e também a do evolucionismo social e a do determinismo positivista.” (ANITUA, 2008, p. 434).

Segundo Afrânio Peixoto, “mais sábio foi Tarde, admitindo que a repetição, o hábito, confira ao criminoso reincidente um tipo ‘profissional’”. (PEIXOTO, 1953, p. 88).

Viana ainda traz as seguintes explicações acerca das leis da imitação:

Pela primeira lei, os homens imitam os outros na relação diretamente proporcional à intensidade dos contatos e na razão inversa da distância: quanto mais próximo o contato entre as pessoas mais elas se imitam. A segunda lei sustenta que os indivíduos das classes mais baixas imitam os das classes superiores, o comportamento a ser imitado se propaga de cima para baixo (o filho imita o pai; o aluno o professor; comportamentos criminais que outrora eram da aristocracia se democratizam) – essa imitação compreende ideias, crenças, necessidades. A terceira lei enuncia que quando há uma contradição entre dois modelos de interiorização de comportamento, o novo substitui o mais antigo. Ele utiliza como exemplo o decréscimo nas taxas de homicídio praticado por esfaqueamento, ao passo que há incremento no assassinato com arma de fogo. (VIANA, 2018, p.268-269).

No pensamento de Tarde é possível notar que os fatores criminológicos estariam mais associados aos fatos sociais. Ninguém nasce delinquente, não há uma herança biológica. Seguindo esse raciocínio, nota-se a semelhança entre os pensamentos de Tarde e de Sutherland.

Lado outro, necessário pontuar que existe uma essencial diferença entre o pensamento de ambos. Com relação a Tarde, o criminoso se posicionaria de modo passivo na recepção dos impulsos criminosos ou não criminosos. Por sua vez, Sutherland pressupõe um processo de interação ou comunicação pessoal.

Outra grande diferença está na possibilidade ou não dos grandes centros influenciarem mais a difusão da criminalidade.

Tarde entendia que a seria mais fácil e célere a imitação do comportamento criminoso em uma sociedade com crescimento urbano e maior comunicabilidade entre indivíduos. Sutherland entendia que as esferas de cunho impessoal de comunicação teriam um papel quase nulo.

Com efeito, não obstante não se possa afirmar que Sutherland utilizou como base para sua teoria o trabalho realizado por Gabriel Tarde, notam-se semelhanças, as quais indicam que as leis da imitação acabaram por influenciar o trabalho de Edwin H. Sutherland.

3.3 Análise da Teoria Criminológica desenvolvida por Edwin Hardin Sutherland – Associação Diferencial

A Teoria da Associação Diferencial tem como base o pensamento de que o delito não pode ser compreendido como uma disfunção das classes menos favorecidas, bem como não sendo o crime uma exclusividade delas.

Segundo Viana (2018), essa conclusão de Sutherland se dá em razão da análise crítica das estatísticas oficiais de sua época. E, em razão disso, era necessário buscar um fator comum que possibilitasse a explicação da ocorrência de comportamentos delitivos tanto nas classes mais baixas quanto nas mais altas.

O trabalho de Sutherland consistia em desenvolver uma teoria geral que explicasse todas as formas de delinquência, o que demandava buscar fatores que tivessem associação com todo tipo de delinquência e não uma forma em particular. As explicações fundamentas na pobreza ou em questões de personalidade acabam falhando por causa dessa redução (ANITUA, 2008).

Nessa linha, Ana Luiza Almeida Ferro destaca que “as pessoas situadas nos estratos socioeconômicos superiores se envolvem em muito comportamento criminoso, não sendo este, por conseguinte, um fenômeno determinado pelo fator classe, nem mais nem menos associado às classes inferiores”. (FERRO, 2008, p. 151).

Para Alessandro Baratta, “Sutherland contribuiu para a teoria das subculturas criminais, principalmente com a análise das formas de aprendizagem do comportamento criminoso, e da dependência desta

aprendizagem das várias associações diferenciais que o indivíduo tem com outros indivíduos ou grupos”. (BARATTA, p. 71, 1999).

A interação entre os indivíduos é o ponto chave dessa teoria. Qualquer arquétipo de comportamento pode ser aprendido, incluindo-se também o comportamento delitivo.

Desta forma, o fator que explicaria a questão apresentada acima, é a aprendizagem. “O comportamento criminoso é consequência de um processo de aprendizagem que se desenvolve no meio em que o crime é cometido”. (VIANA, 2018, p. 273).

Nesse sentido, Gabriel Ignácio Anitua:

Sutherland elaborou a teoria das “associações diferenciais” que parte do pressuposto de que os indivíduos aprendem modelos e esquemas de comportamento diferentes em cada área cultural diferenciada. Ao nível socioestrutural, pode-se falar da organização diferencial, mas ao nível individual, o importante é o contato, ou associação diferencial [...] O comportamento delitivo não é determinado geneticamente, nem é produzido por problemas na personalidade, e nem na pobreza. Trata-se de um comportamento aprendido por meio do contato diferencial.

Assim, percebe-se que no pensamento de Edwin H. Sutherland, fatos patológicos sociais ou pessoais não teriam papel substancial no surgimento dos crimes. Mas, sim, a associação entre os indivíduos.

A inclinação do indivíduo a se portar criminosamente está diretamente associada as interações interpessoais. “Uma pessoa converte-se em delinquente quando as definições favoráveis à violação superam as desfavoráveis”. (SHECAIRA, 2004, p. 194).

Nessa mesma linha, Eduardo Viana (2018) explica que o processo de aprendizagem do comportamento delituoso ocorre por intermédio do contato com pautas de condutas, definições favoráveis à desobediência legal, dentre outros motivos. E pondera que “isso significa que uma pessoa pode se tornar delinquente quando as definições favoráveis à transgressão da lei superam as definições favoráveis à obediência da lei: é esse o seu princípio essencial”. (VIANA, 2018, p. 274).

A propósito, os ensinamentos de Sutherland:

A hipótese da associação diferencial indica que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável. A pessoa em uma situação apropriada se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis. (SUTHERLAND, 2015, p. 351).

Nesse ponto, importante destacar que o aprendizado da conduta criminosa se desenvolve especialmente em grupos pessoais mais íntimos, tendo em vista que, para Sutherland, os contatos impessoais exercem uma influência pouco importante.

Para Eduardo Viana, “tudo dependerá da frequência, prioridade, duração e intensidade com que a pessoa está em contato com as definições favoráveis ou não à obediência da lei”. (VIANA, 2018, p. 274).

Afirma o referido autor (2018), ainda, que não se pode comportar de modo criminoso sem que se tenha tido contato com grupos que apresentem ao indivíduo tal comportamento.

Essas e outras premissas básicas da teoria são apresentadas por Edwin H. Sutherland por meio de nove proposições.

Tais assertivas demonstrariam o processo pelo qual o indivíduo se inclina a praticar um ato criminoso. Com essas proposições, Sutherland buscava desenvolver uma teoria geral, que se aplicasse a qualquer comportamento criminoso, ocorrido em quaisquer das classes.

O presente trabalho passa a analisar as nove proposições elaboradas por Sutherland, o que será feito em uma subseção específica.

3.4 Nove Proposições da Associação Diferencial – o processo pelo qual surge o comportamento criminoso

Para sustentar sua teoria, Edwin H. Sutherland apresenta nove proposições, pelas quais seria possível demonstrar o processo em que surge o comportamento desviante do indivíduo.

1) o comportamento criminoso se aprende;

Para Shecaira (2004), tal formulação significa que o comportamento criminoso não é oriundo de uma carga hereditária. Assim, não se pode afirmar que um indivíduo herde tendências que lhe façam delinquir ou respeitar a lei.

Nessa perspectiva, faz-se pertinente destacar as considerações trazidas no livro “Princípios de Criminologia” de Sutherland: “qualquer pessoa pode aprender qualquer padrão de comportamento que seja capaz de executar. Ela assimila inevitavelmente da cultura ambiente esse comportamento”. (SUTHERLAND, 1949, p. 12).

Seguindo essa linha, Ana Luiza Ferro também pondera que “todo comportamento, para o criminólogo, seja legal ou criminoso, é aprendido em decorrência de associações com outros, dando-se a parte mais importante da aprendizagem no seio de grupos pessoais íntimos”. (FERRO, 2008, p. 148).

Desse modo, assim como o ser humano aprende qualquer outra atividade ou conduta, aprende também o comportamento criminoso, o qual, reforça-se, não é hereditário e nato (FRANÇA, 2014), criado ou inventado pelo autor (COSTA, 1980).

2) o comportamento criminoso é aprendido em contato com outras pessoas, por um processo de comunicação;

Sobre essa proposição, Shecaira diz que:

Trata-se de um processo de imitação que se inicia no âmbito familiar, incluindo até mesmo a aprendizagem do gestual. É uma resposta comportamental que responde a um estímulo não automático (estímulo relativo), mas sim operante, resultante de um filtro determinado pelos efeitos ambientais passados e presentes (SHECAIRA, 2004, p. 195).

3) o comportamento criminoso se aprende, sobretudo, no interior de um grupo, como família, amigos íntimos.

Segundo Eduardo Viana: “os meios impessoais de comunicação trazem pouca contribuição para a origem da conduta criminosa”. (VIANA, 2018, p. 275).

Nesse mesmo sentido, Shecaira afirma que “a influência criminológica depende do grau de proximidade do contato entre as pessoas. O grau de assimilação da aprendizagem é diretamente proporcional à interação existente entre as pessoas”. (SHECAIRA, 2004, p. 195).

Pois bem, com relação a essa terceira proposição, conforme previamente destacado na subseção anterior, nota-se uma grande diferença entre o pensamento de Gabriel Tarde e de Sutherland. Para Tarde, a imitação da conduta criminosa em uma sociedade com crescimento urbano e maior comunicabilidade entre seus indivíduos seria mais fácil e rápida. Por outro lado, Sutherland entendia que as esferas de comunicação de cunho impessoal não teriam um importante papel na aprendizagem do comportamento desviante.

4) quando a conduta criminosa é aprendida, esse aprendizado inclui: a) técnicas de execução do crime, algumas vezes complexas, outras simples; b) direção específica de motivos, tendências impulsivas, razões, atitudes e desejos;

Quanto a essa proposição, observa-se que o processo de aprendizagem da conduta criminosa envolve tudo aquilo a envolve.

Segundo Shecaira, “a pessoa que nunca ouviu falar de furtos em lojas, como profissão, dificilmente encontrará os códigos de conduta que a levem à prática dessa modalidade delituosa”. (SHECAIRA, 2004, p. 195).

5) a orientação dos motivos e tendências impulsivas se justificam em função da interpretação favorável ou desfavorável das normas jurídicas;

Para Viana, “em alguns grupos, o indivíduo se relaciona com pessoas que definem a lei penal como regras que devem ser seguidas; noutros, os indivíduos se relacionam com grupos que não atribuem à norma penal o mesmo critério de validade, logo, desrespeitam-nas”. (VIANA, 2018, p. 276).

6) um indivíduo se faz criminoso quando o contato com as interpretações favoráveis à violação das leis supera as desfavoráveis;

Em outras palavras, a pessoa delinque quando internalizou mais condutas contrárias à lei, do que em conformidade com essa (COSTA, 1980).

Por sua vez, Gabriel Ignacio Anitua, quanto à superação das condutas contrárias ao comportamento criminoso pelas favoráveis, afirma que “não fica muito claro quando exatamente se produz esse excesso de definições favoráveis a delinquir, o que seria determinante”. (ANITUA, 2008, p. 494).

7) as associações diferenciais variam por conta da frequência, duração prioridade e intensidade; o nível de aprendizado tem relação diretamente proporcional àqueles fatores;

Para Anitua, “nem todos os contatos influem da mesma maneira”. (ANITUA, 2015, p. 492). E completa: “um indivíduo não adota o modelo de conduta de outro a quem não confere prestígio, ou que se encontra isolado em uma subcultura favorável à norma, ou que não seja muito íntimo”. (ANITUA, 2008, p. 492).

8) o processo de aprendizagem da conduta criminoso por associação com modelos criminais ou anticriminais agrega todos os mecanismos que são incluídos em todo tipo de aprendizagem;

Segundo Shecaira (2004), como a sociedade é composta por vários grupos com suas respectivas culturas, a associação diferencial é possível. Ademais, a cultura criminoso é uma realidade, assim como a cultura legal, sendo que, em diversas vezes é aquela que prevalece. E, tomando por base sociedade como as da Idade Média, nas quais arquétipos culturais são iguais, quase se poderia antever o comportamento de um indivíduo crescido em uma pequena vila.

Por outro lado, atualmente:

As mais intrincadas maquinações dos homens de profissões liberais e de negócios podem ater-se à lei tal como é interpretada, mas ser idênticas, na lógica e nos efeitos, ao comportamento criminoso que resulta em prisão. Essas práticas, ainda que não se transformem em condenação pública como crimes, fazem parte da cultura criminoso. (SUTHERLAND, 1949, p. 16).

g) o comportamento criminoso é a expressão de um conjunto de necessidades e valores, porém não se explica, exclusivamente, por essas necessidades e valores, considerando-se que o comportamento não criminoso é a expressão das mesmas necessidades e dos mesmos valores.

Para Leandro Ayres França, “por exemplo: ganhar dinheiro é uma aspiração tanto de quem trabalha para consegui-lo como de quem o rouba”. (FRANÇA, 2014, p. 64).

3.5 A Relevância da Teoria da Associação Diferencial para os Crimes de Colarinho Branco

A Teoria da Associação Diferencial elaborada por Sutherland “não se concentra unicamente nas associações que determinam a criminalidade das classes baixas”. (Ferro, 2008, p. 150).

Segundo Shecaira (2004), o sociólogo, por meio da hipótese da associação diferencial, uma teoria de característica mais geral, mostra como se procede um novo conceito, em especial, para aqueles indivíduos dos quais não se espera comportamentos criminosos, em razão de características específicas.

Igualmente, para Anitua, “a teoria das associações é geral, segundo Sutherland, pois tanto pode explicar o delito das classes baixas quanto o delito das classes médias e altas. Com efeito, a delinquência econômica também é um comportamento aprendido”. (ANITUA, 2008, P. 495).

Esses crimes, praticados por uma “nova” categoria de indivíduos desviantes é denominado por Sutherland de “criminosos do colarinho branco”.

Vale ressaltar que foi Edwin Hardin Sutherland quem introduziu o termo “White-collar Crime” – Crime de Colarinho Branco –, bem como que seus estudos pertinentes a esse tema foram substancialmente relevantes para o campo da criminologia, sendo essa afirmativa bem aceita pelos estudiosos.

Nesse sentido, Anitua assevera que “suas investigações sobre a ‘criminalidade de colarinho branco’ – este conceito foi criado por Sutherland – revelaram-se fundamentais por vários motivos”. (ANITUA, 2008, p. 495).

Shecaira, nessa mesma linha, afirma que Sutherland “no final dos anos 30 cunha a expressão *white-collar crime* que passa a identificar os autores de crimes diferenciados”. (SHECAIRA, 2004, p. 187).

Observa-se, portanto, a importância do trabalho desenvolvido por Edwin H. Sutherland, haja vista que até mesmo a denominação dada por ele aos criminosos da alta sociedade, é sempre lembrada pelos mais diversos estudiosos do campo da criminologia e utilizada até a atualidade.

Pois bem, para Ana Luiza Ferro:

Foi o autor quem introduziu o termo *white-collar crime* (crime de colarinho branco) no mundo acadêmico – em discurso intitulado *The white collar criminal*, proferido à American Sociological Society (Sociedade Americana de Sociologia), como seu presidente, em 1939 –, que seria pouco a pouco incorporado à linguagem científica nos Estados Unidos e em vários outros países, a exemplo da França (crime en col blanc), da Itália (*criminalità in coletti bianchi*) e da Alemanha (*Weisse-KragenKriminalität*). O seu ensaio sobre o crime de colarinho branco, no universo da Criminologia, publicado em 1949, foi a sensação editorial daquela década. (FERRO, 2008, p. 150).

Necessário destacar que na primeira tentativa de publicar sua obra *Crime de Colarinho Branco*, o sociólogo não obteve êxito, isso porque a obra foi censurada. Em seu livro, Sutherland nomeava os criminosos de classe alta de sua época, destacando as diversas empresas que, segundo ele, realizavam prática ilícitas.

No título denominado como “Parte II – Registros de setenta grandes empresas”, o sociólogo analisa em diversos capítulos violações da lei relativa a “restrições de comércio; publicidade enganosa; violação de patentes, marcas e direitos autorais; ‘práticas laborativas injustas’ [...] rebates; fraudes financeiras e violações de sigilo; violações das leis de guerra; e mais algumas infrações variadas”. (SUTHERLAND, 2015, p. 42).

Para Anitua, “os esforços de Sutherland dirigiam-se para colocar em relevo as atividades ilegais de 15 companhias de serviços públicos e das 70 empresas mais importantes dos Estados Unidos”. (ANITUA, 2008, p. 497).

Nesse ponto, conforme destacado por Leandro Ayres França (2014), Sutherland não restringiu sua obra a contestações metodológicas e argumentativas. Em verdade, o sociólogo realizou uma extensa pesquisa de cunho científico, estudando decisões proferidas por tribunais e comissões administrativas em desfavor das principais empresas estadunidenses.

Segundo Ana Luiza Almeida Ferro (2008), o estudo de Sutherland sobre as principais empresas americanas resultou na constatação de que 779 das 980 decisões contra tais empresas, atestavam prática de delitos. Ademais, constatou-se que a criminalidade dos ricos não era evidenciada pelos procedimentos tradicionais, mas sim, encoberta por procedimentos especiais, os quais suprimiam ou minimizavam o estigma do crime.

Sobre a importância do trabalho de Sutherland, Hermann Mannheim, citado por Shecaira, “em uma aguda observação, afirma que não há – e, provavelmente, nunca haverá – um prêmio Nobel de criminologia. Se houve, Sutherland teria sido, pelo seu trabalho sobre o crime de colarinhos-brancos, um dos candidatos mais credenciados”. (MANHEIM *apud* SHECAIRA, 2008, p. 188).

Pois bem, sobre o que seria “Crime de Colarinho Branco”, segundo Ryanna Pala Veras, o conceito “era sociológico, experimental e estava ainda em construção”. (VERAS, 2006, p. 40).

Sutherland, em sua obra “Crimes de Colarinho Branco: versão sem cortes”, explica que “pode ser definido aproximadamente como um crime cometido por uma pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade” (SUTHERLAND, 2015, p. 33-34).

Daí porque Shecaira (2008) afirma que o Crime de Colarinho Branco é o praticado no contexto da profissão do indivíduo que possui elevado estatuto social e que detém respeitabilidade.

Assim sendo, é possível se extrair da passagem supratranscrita que os crimes cometidos fora do contexto da atividade profissional do indivíduo de classe elevada, não estão inseridos no campo abrangido pelos “crimes de colarinho branco”, a exemplo do homicídio, da lesão corporal ou da ameaça, cometidos por quem detém poder e *status*, sem ter qualquer relação com o labor desse.

Ademais, Shecaira elenca cinco elementos que podem ser destacados por essa definição, quais sejam:

O crime de colarinho-branco é um *crime*. E o é porque suas consequências são tão gravosas como quaisquer condutas criminais. Algumas vezes até mais gravosas. Ademais, é cometido por *pessoas respeitáveis*. Com elevado *estatuto social*. Ele é praticado *no exercício da sua profissão*, o que evidentemente exclui todos os demais crimes que, embora realizados por aqueles agentes acima nomeados, relacionam-se com a sua vida privada. Ocorre, em regra, com *uma violação de confiança*. (SHECAIRA, 2004, p. 198).

Sobre o aspecto “crime de colarinho branco é um crime”, saliente-se que em sua obra específica sobre essa criminalidade, Sutherland elabora um capítulo denominado de: “O ‘crime de colarinho branco’ é crime?”. (SUTHERLAND, 2015, p. 83). Segundo Leandro Ayres França (2014), essa “indagação pleonástica” seria a sua grande contribuição científica.

Em verdade, o Crime de Colarinho Branco é, na realidade, crime. Ocorre que, sempre se teve uma dificuldade em enxergar os detentores de poder e *status* social elevado com criminosos, seja pela sociedade, pelos próprios criminosos do colarinho branco e, ainda, por parte de estudiosos de delitos.

Para Anitua, “Sutherland entendia que o garantismo – isto é, a aplicação do direito penal do Iluminismo – no que se refere aos delitos de colarinho branco ia, na realidade, contra um sistema de defesa dos direitos humanos”. (ANITUA, 2008, p. 497).

Isso porque “se transforma numa dupla balança da justiça que, por um lado, penaliza sistematicamente os delitos dos pobres e, por outro,

garante a liberdade no concernente aos delitos dos ricos”. (ANITUA, 2008, p. 497).

Seguindo essa linha, as ponderações de Sérgio Salomão Shecaira, acerca das várias razões pelas quais há uma apreciação diferencial quanto a esses criminosos:

É que estes homens possuíam um *status* que não os permitia ser confundidos com as pessoas que comumente praticavam delitos. Em primeiro lugar, o juízo que se faz dos grandes empresários, dos banqueiros poderosos ou dos megaindustriais inclui um misto de medo e admiração. Aqueles que são responsáveis pelo sistema de justiça penal podem sofrer as consequências de um enfrentamento com os homens que detêm poder econômico. Além disso, os legisladores admiram e respeitam os homens de negócios, não sendo concebível tratá-los como delinquentes. (SHECAIRA, 2004, p. 199-200).

Em harmonia com os ensinamentos de Sutherland (2015), Ana Luiza Almeida Ferro destaca que, para o sociólogo, três fatores “podem explicar a implementação diferencial da lei penal no tocante às grandes corporações [...] o status do homem de negócios, a tendência à não-utilização de métodos penais e o ressentimento relativamente inorganizado do público contra crimes de colarinho branco”. (FERRO, 2008, p. 154).

Sobre o primeiro fator, ao se apreciar um homem de negócio como possível infringente da lei, haveria uma um misto de admiração e medo.

Para França, “A própria homogeneidade cultural entre empresários, legisladores e juízes impedia-os de reconhecer no criminoso de colarinho-branco os estereótipos do delincente”. (FRANÇA, 2014, p. 68).

Além disso, os encarregados de aplicarem a justiça penal temiam hostilizar os homens de negócio, haja vista seu poder econômico e capacidade de promover uma eventual represália.

Com relação ao segundo fator, estaria ligado a inclinação para a não utilização de métodos penais mais clássicos, substituindo-os por métodos não penais como a substituição condicional da pena. Essa substituição de métodos, em que pese atualmente, com todo o avanço da justiça penal,

seja vista com bons olhos, em razão de princípios como a intervenção mínima, a *ultima ratio*, haveria avançado mais rápido naquela época, segundo Ana Luiza Almeida Ferro (2008), com relação aos crimes de colarinho branco, em contraste com outros delitos. Contudo, também houve uma certa evolução nesse sentido com relação à classe mais baixa, dada mudanças sociais da época.

Por fim, acerca do terceiro fator, Sutherland (2015), destaca que haveriam três motivos para sua existência, quais sejam: a) as violações penais por homens de negócio são bem mais complexas, com efeitos que podem atingir um enorme número de pessoas e durante um período de tempo mais dilatado, o que faria necessário uma análise mais aprofundada por especialistas no ramo; b) é tão complexa a apresentação dos crimes de colarinho branco por meio de notícias quanto os próprios crimes, não exprimindo uma reação social organizada a esse respeito, bem como, torna-se a divulgação em razão das agências de notícias pertencerem aos próprios homens de negócio e seu potencial envolvimento nos crimes. Ora, a exemplo do furto com destreza, a opinião pública, segundo Sutherland (2015), não estaria bem organizada se as informações viessem a partir dos próprios “batedores de carteira”; c) para Ana Luiza Ferro, “as normas regulando o mundo dos negócios e os crimes relacionados se encontram alocadas em uma parte relativamente nova e especializada das legislações, enquanto os delitos tradicionais permanecem inseridos no corpo dos códigos penais regulares”. (FERRO, 2008, p. 155). Assim, os estudiosos e o público em geral acabavam negligenciando o conhecimento dessas disposições de justiça especializada, não havendo uma organizada animosidade.

Para Sutherland, “a postura menos severa do governo em relação aos homens de negócios [...] é resultado de vários fatores”. (SUTHERLAND, 2015, p. 367). Dentre eles, podem ser citados: a) homogeneidade cultura entre governantes e pessoas do mundo dos negócios; b) pessoas do governo muitas vezes são membros de famílias de negócios; c) o mundo dos negócios é bastante poderoso e pode ou danificar ou

promover os programas de interesse do governo; d) há uma relação entre os programas de governo e os partidos políticos, de modo que o sucesso das campanhas partidárias depende de contribuições financeiras de homens de negócio.

A implementação diferencial das normas penais com relação aos criminosos de colarinho branco, gera as chamadas “cifras negras”.

Segundo Salo de Carvalho, em sua obra “Antimanual de Criminologia”, “a exposição das cifras ocultas não se limita a revelar que a regra da repressão ao crime é a impunidade e que o sistema punitivo opera nos resíduos”. (CARVALHO, 2015, p. 177).

Em verdade, para Carvalho, o estudo dos delitos mostra que os crimes que mais caracterizam as cifras negras ou cifras ocultas são os “white collar crimes”. Em outras palavras, “os crimes praticados pelas pessoas que não se enquadram no biótipo ideal de *homo criminalis* construído pelas escolas etiológicas”. (CARVALHO, p. 177).

Diante da não identificação dos “poderosos” como criminosos e a existências das “cifras negras” relacionadas principalmente aos delitos de “colarinho branco”, segundo Baratta (1999), com a Teoria da Associação Diferencial destacando em primeiro lugar a relevância dos mecanismos de aprendizagem e a diferenciação dos contatos, bem como, em segundo lugar, trabalhando a relação existente entre essa diferenciação com as diferenciações dos diversos grupos da sociedade, Edwin H. Sutherland “impulsionou a teoria da criminalidade para modelos explicativos que não se limitam à simples análise das associações diferenciais e dos mecanismos de aprendizagem, mas enfrentam diretamente o problema das causas sociais das diversas associações diferenciais e de sua qualidade”. (BARATTA, p. 72-73, 1999).

Para Shecaira (2004), a concepção de crime trazida por Edwin H. Sutherland contribui de modo decisivo para o descrédito das explicações pautadas na “antropologia” criminal, tendo em vista que, ao dar enfoque ao crime praticado pelos ricos, a delinquência não poderia mais ser identificada como “anormalidade”.

A Teoria da Associação Diferencial tem sua relevância, nesse contexto, para o “fim” das ideias do positivismo bioantropológico de Lombroso, do positivismo penal-sociológico de Ferri e do positivismo idealista de Garofalo.

Segundo Afrânio Peixoto:

Lombroso, Ferri, Garofalo... estimaram que os fatores biológicos dominam na etiologia do delito: sobre um corpo eivado pela degeneração, e até por estigmas próprios de criminalidade (criminosos natos), o meio físico ambiente exercerá alguma influência e o delito seria a consequência necessário. Menor influência teria o meio social. (PEIXOTO, 1953, p. 32).

Vale lembrar que Cesare Lombroso atribuía a inclinação para a prática de crimes a elementos biológicos do ser humano. Segundo Jessé Saturnino Júnior, “o formato do crânio e da testa, o tamanho do maxilar e a extensão do braço seriam indicadores de uma proximidade ou não de nossos antepassados biológicos. Portanto, a causa estava em ter braços longos, por exemplo. (SATURNINO JÚNIOR, 2014, p. 48-49).

Segundo Álvaro Mayrink da Costa (1980), para Lombroso haveria um criminoso nato. Alguém que era irresistivelmente levado para o crime em razão de sua própria organização. Seriam condições biológicas e patológicas que predispunham ao delito.

“Por caráter do seu desenvolvimento físico e qualidades morais, fosse uma reprodução do *homem primitivo* na sociedade atual.” (PEIXOTO, 1953, p.35).

Prosseguindo, Enrico Ferri, discípulo de Lombroso, teria, conforme salienta Anitua (2008), elevado o nível do pensamento intelectual de Cesare Lombroso. Para Ferri, o delito revelava a personalidade perigosa do agente, sendo apenas um sintoma.

De acordo com Anitua, “Ferri influenciou decisivamente na classificação de delinquente que fez famosa a escola positiva: nato, louco, habitual, ocasional e passional”. (ANITUA, 2008, p. 312). As ações humanas, assim

como o crime, seriam um produto fisiopsíquico e da “atmosfera” física e social que envolve o agente.

Assim, não se pode negar que “Ferri subordinava a tarefa criminológica à questão biológica e também a sociologia”. (ANITUA, 2008, p. 312).

Por sua vez, Rafaelle Garófalo se preocupava em encontrar um conceito de “delito natural”. Segundo Anitua, “mais que o delito natural, o que impulsionava era a existência de um ‘delinquente natural’, que era determinado por um racismo mais idealista do que científico.

O conceito de Garófalo seria regido por sentimentos, haja vista que os delitos não são os mesmos em cada sociedade e, assim, os chamados “inimigos” também não eram os mesmos.

Consoante Garófalo, “se os sentimentos altruístas constituem hoje o *substratum* da moralidade de um povo civilizado, a ausência d’elles torna os individuos em quem se dá incompatíveis com a vida social”. (GARÓFALO, 1916, p. 86). O delito seria compreendido como uma “anomalia moral” no agente que o praticasse, em que pese, há de ser ressaltado que, para esse estudioso (1916), o indivíduo que praticasse o delito, poderia assim o fazer afastando-se das regras morais por um instante.

Pois bem, a primeira proposição da teoria de Sutherland já vai de encontro com essa forma de pensamento positivista, sobretudo, a de Cesare Lombroso. Como já visto, a conduta criminosa para Sutherland, é aprendida, assim como qualquer outra atividade ou conduta. “Qualquer pessoa pode aprender qualquer padrão de comportamento que seja capaz de executar”. (SUTHERLAND, 1949, p. 12).

Deste modo, não haveria espaço para essas explicações positivistas acerca da existência da conduta delitiva, pautadas em causas exclusivas ou preponderantemente internas do indivíduo.

Nessa linha de raciocínio, consoante também mencionado, a inclinação para a prática de uma conduta ilícita não era decorrente de condições patológicas ou biológicas, mas sim, quando as definições favoráveis a transgressão da norma superassem as favoráveis a sua obediência. É o que se depreende especialmente da sexta proposição.

Tudo em isso, em conformidade com variação das associações diferenciais quanto a frequência, duração e intensidade.

Além de enfrentar as causas patológicas pessoais atribuídas aos crimes, Sutherland, em conformidade com tudo o que já foi exposto no presente trabalho, também enfrentou as patologias sociais como causa do crime.

Para Leandro Ayres França (2014), o sociólogo considerava inadequado o apoio em condenações em cortes criminais, como critério para identificação de violações ao direito penal. Assim, deveriam ser incluídas, por exemplo, decisões oficiais de agências como conselhos administrativos e comissões, com relação a violações penais. Outra inclusão defendida por Sutherland, seria a de condutas cuja a condenação era evitada em razão da influência dos poderosos, que lhes geravam uma relativa impunidade perante as cortes criminais.

Em que pese se mostre delicado considerar como criminosa uma conduta com base em decisões as quais não foram proferidas pela corte penal competente, há de ser considerado o momento no qual Sutherland estava inserido, bem como que, consoante suas constatações, caso se dependesse apenas da aplicação da justiça penal por seus procedimentos tradicionais, os poderosos de colarinho branco quase nunca haveriam contra si, uma percepção de serem os mesmos verdadeiros criminosos. Isso tudo, em conformidade com as os fatores expostos por ele e já examinados no trabalho, os quais ocasionam a aplicação diferenciada da norma penal quanto aos ricos.

Por tais razões, necessário compreender que, quaisquer correntes de pensamento baseadas exclusivamente em questões socioeconômicas para a explicação do delito, como um “reflexo” do que acontecia nas cortes criminais, estariam equivocadas, pois, como visto, a implementação da lei penal quanto aos detentores de poder e *status*, para o sociólogo, é diferente.

Para Leandro Ayres França, com relação a essa implementação diferencial, Sutherland pretendia evidenciar que a “diferença entre os crimes

cometidos pelas duas classes – lower e upper class – distinguíam-se incidentalmente, e não em suas essências”. (FRANÇA, 2014, p. 59-60).

Se acerca da criminalidade “ordinária” nota-se a existência de cifras ocultas, ou seja, aquelas infrações a lei penal que não chegam ao conhecimento das autoridades criminais, quanto mais ocorre com relação a criminalidade de colarinho branco. Se das infrações cometidas pelos criminosos de colarinho azul há um considerável número de reincidência, quanto mais ocorre “reincidência” na criminalidade dos ricos, sobretudo, incentivados por não sofrerem as pertinentes condenações e sanções penais – daí porque a escolha de utilizar a palavra reincidência entre parênteses.

Outra característica que aproximariam os homens de negócio dos ladrões profissionais, de acordo com Ana Luiza Almeida Ferro, “reside na atitude de desrespeito dos dois grupos em relação à lei, ao governo e a membros da estrutura do Estado”. (FERRO, 2008, p. 158). Ambos menosprezariam a lei, o governo e seu pessoal, sendo que os últimos ainda menosprezariam policiais, promotores e juízes.

Deveras, a importância da lei para controlar o comportamento no mundo dos negócios só é significativa se ancorada em uma boa administração das políticas criminais e da justiça penal, a qual deve também estar ancorada pelo público disposto ao cumprimento legislativo.

Pois bem, a Teoria da Associação Diferencial, assim como acontece com quaisquer teorias do comportamento criminoso ou teorias sobre qualquer assunto, sofreu críticas, as quais merecem ser analisadas no presente trabalho.

Shecaira (2004) ressalta uma crítica que pode ser feita com relação ao estudo de Sutherland, segundo a qual o crime não ocorreria apenas com base em padrões racionais, de modo a desconsiderar fatores incidentes da personalidade do agente. Existem fatos alheios aos processos de aprendizagem, os quais precisam ser considerados.

Nessa mesma linha, Eduardo Viana (2018) destaca que “a teoria menospreza os crimes derivados da insensatez humana, o que a inviabiliza como teoria generalizadora”. (VIANA, 2018, p. 282).

Prosseguindo, outro importante questionamento, segundo Shecaira (2004), diz respeito ao fato da proposição teórica de Sutherland não explicar o motivo pelo qual duas pessoas em igualdade de condições, comportarem-se de forma diferente, de modo que uma cede à influência do modelo desviante, ao passo que a outra não. Nota-se uma aproximação com a crítica anterior, tendo em vista questões pessoais poderiam influenciar nesse caso.

Contudo, há de se ressaltar que, dificilmente essas pessoas estarão de fato em igual condição. Por mais que convivam em um mesmo ambiente, parece improvável que estejam sujeitos as mesmas condições, a todo o tempo, sem qualquer diferença.

Leandro Ayres França (2014), por sua vez, diz que muito se criticou quanto a simplificação do processo de aprendizagem. Nessa linha, exemplifica que agentes penitenciários e policiais têm frequente contato com pessoas que cometem crimes, entretanto, não necessariamente se tornam delinquentes.

Lado outro, com a devida vênia, vale ressaltar que, nesse caso, os agentes criminais mencionados antes de assim o serem ou antes de conviverem com delinquentes, passam por um processo de formação, no qual essencialmente recebem definições favoráveis à obediência das normas, ao que tudo indica, em proporções superiores às definições favoráveis ao descumprimento do direito.

Nesse contexto, ressalte-se que, conforme Garcia-Pablos de Molina, citado por Eduardo Viana (2018), não se sabe ao certo o que seria excessos de definições favoráveis à violação da norma, dada a grande abstração da sexta proposição da teoria.

Outra crítica, diz respeito aos termos utilizados por Sutherland, “injúria social” e “sanções legais”, para a definição de crime. Tais termos não foram totalmente aceitos pelos juristas (TAYLOR; WALTON; YOUNG, (1980)). Em verdade, os juristas viam as violações civis como injúrias ao indivíduo. Contudo, para Sutherland, algumas violações civis, por serem injúrias sociais, haveriam de ser designadas como crime.

Ademais, Taylor, Walton e Young (1980) salientam que Paul Tappan criticou a associação diferencial, haja vista que, para ele, uma pessoa só pode ser considerada criminosa após ser devidamente julgada pelo sistema judicial. As pessoas que poderiam ser estudadas cientificamente como delinquentes seriam aquelas que o sistema julgou e condenou.

Para Tappan era necessário que os sociólogos estudassem presos, os quais representavam a “população total de criminosos”. (TAYLOR; WALTON; YOUNG, 1980, p. 141).

Sobre esse aspecto vale lembrar que em conformidade com o trabalho de Sutherland, caso se considerasse como criminoso apenas o indivíduo que teve contra si uma condenação criminal, os criminosos de colarinho branco dificilmente poderiam ser assim classificados, haja vista a diferenciação na aplicação da justiça penal para os poderosos.

Sem embargo, entre imperfeições e qualidades, a relevância da teoria predomina.

4 Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland representa uma das mais importantes formulações teóricas acerca do comportamento criminoso, em especial, da alta classe. Pode-se dizer que Sutherland superou paradigmas no estudo do crime e de seus fatores causais.

Deveras, a Teoria da Associação Diferencial colocou em xeque as explicações das condutas desviantes baseadas exclusivamente em fenômenos de caráter biológico, como os ditados pela hereditariedade ou oriundos de características físicas. Ademais, desafiou as visões centradas no delito como uma particularidade de determinadas classes da sociedade, as menos favorecidas. A partir de Sutherland, foi possível compreender com maior clareza que a criminalidade não decorre unicamente da pobreza, pois, sabiamente questionou e demonstrou que as estatísticas oficiais se mostravam tendenciosas e não refletiam a realidade dos crimes.

Com efeito, pessoas que receberam uma boa educação e possuem uma satisfatória condição financeira, também cometem crimes, não sendo aptas a explicar esse fato, as teorias supramencionadas.

Para Baratta, Sutherland “impulsionou a teoria da criminalidade para modelos explicativos que não se limitam à simples análise das associações diferenciais e dos mecanismos de aprendizagem, mas enfrentam diretamente o problema das causas sociais das diversas associações diferenciais e de sua qualidade”. (BARATTA, p. 72-73, 1999).

Segundo Sérgio Salomão Shecaira (2004), pode-se concluir que muitas das ideias defendidas na atualidade originam-se exatamente com as formulações de Sutherland. E completa: “algumas como a desigualdade no sancionamento de certos agentes, capazes de manipularem o sistema de justiça penal, é tema dos mais atuais cujos desenvolvimentos contemporâneos não prescindiram dos aportes iniciais da associação diferencial”. (SHECAIRA, 2004, p. 209).

O estudo de Sutherland, em que pese não seja o único a se aproximar da criminalidade de colarinho branco, deu um foco na criminalidade dos poderosos de um modo ainda não visto pela criminologia, sendo o trabalho que mais se destacou, proporcionando, a partir de suas formulações, um avanço na compreensão dos delitos, em especial, os de colarinho branco.

Os “Crimes de Colarinho Branco” são uma temática bastante atual. Nesse contexto, conforme afirmam Leandro Ayres França (2014) e Sérgio Salomão Shecaira (2004), se hoje é possível a responsabilização penal das pessoas jurídicas em muitos países, é em razão da repressão à criminalidade empresarial originada na época de Sutherland.

Seu trabalho ainda possibilitou trazer à tona as cifras negras ou cifras ocultas, relacionadas àqueles casos de ocorrências de crimes que não chegaram ao conhecimento das autoridades criminais, tampouco originam um processo contra seus respectivos autores. Graças a seus estudos, foi possível observar que isso acontece com relação aos criminosos de classe

alta de forma demasiada. Sutherland concluiu que isso ocorria em razão da aplicação diferenciada da lei penal para os poderosos.

Vale lembrar que o termo *white collar crime* foi definido e introduzido na criminologia por Edwin H. Sutherland, sendo compreendido como o delito cometido por quem detém poder e *status* no exercício de sua profissão.

Não obstante as críticas e objeções à Teoria da Associação Diferencial, a importância teórica de Sutherland é inequívoca, sobretudo por sua relevância para uma melhor compreensão dos Crimes de Colarinho Branco.

Referências

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.
- FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland – A Teoria da Associação Diferencial e o Crime de Colarinho Branco. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. n. 11. Belo Horizonte: 2008.
- FILIPPETTO, Rogério; APOLINÁRIO, Maria da Conceição Benevenuto. Máfia, crime organizado e associação criminosa: elementos para uma perspectiva brasileira. (In) **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais**. v. 15. n. 27. Belo Horizonte: 2016. p. 77-115.
- FRANÇA, Leandro Ayres. A criminalidade de colarinho-branco: a proposição teórica de Edwin Hardin Sutherland. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. v. 5. n. 1. Curitiba: 2014, p. 53-74.
- GAROFALO, Rafaelle. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. 3. ed. Lisboa: Livraria Clássica, 1916.

LEMOS, Clécio. Apresentação. (In). SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p.7-23.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEIXOTO, Afrânio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SATURNINO JÚNIOR, Jessé. Sociologia e Direito: ciências que buscam compreender a sociedade. (In). Ana Paula Santos Diniz et all. **Temas relevantes do ensino jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 44-49.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins Editora S.A., 1949.

SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. **American Sociological Review**. Indiana University, v. 5. n. 1. 1940.

TAYLOR, Ian; WALTON Paul; YOUNG Jock. **Criminologia Crítica**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1980.

VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. (In). ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos Pensamentos Criminológicos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 11-13.

Sobre os coordenadores

Fabrcio Veiga Costa

Doutor em Direito – Pucminas. Pós-Doutor em Educaão – UFMG. Pós-Doutorando em Psicologia pela PUCMINAS. Professor da Pós-Graduaão Stricto Sensu em Proteão em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna. Professor da Graduaão em Direito FAMINAS-BH, FPL, FAPAM e FASASETE- CV: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

Magno Federici Gomes

Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educaão pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educaão pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulaão Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigaão & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>. E-mail: federici@pucminas.br

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Coordenador e docente do Programa de Pós-Graduaão Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade FUMEC. Editor Chefe da Revista Jurídica Meritum FUMEC. Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS e pela Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Assessor Judiciário no TJMG. Coordenador do Instituto Mineiro de Direito Processual (IMDP). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. E-mail: sergiohzzf@fumec.br. Site: www.imdp.com.br e www.zandona.pro.br

Financiamento e grupos de pesquisa do dgp

Este livro recebeu apoio financeiro do CNPQ (Chamada 2018) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (Edital nº 03/19 de incentivo para produção científica), resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Caminhos Metodológicos do Direito, Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica, Grupo de Estudos em Direito Processual (GEPRO), Diálogos Constitucionais e(m) Crise de Efetividade: análise de institutos de direito público e de direito privado e CEDIS (FCT-PT).

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.



www.editorafi.org
contato@editorafi.org