FRANCISCO FERNANDEZ GONZALEZ JR.
[Organizador]

TEMAS POLÊMICOS EM DIREITO

Áurea Emília Bezerra Madruga de Oliveira
Carlos Henrique Sá Rodrigues de Oliveira Junior
Francisco Fernandez Gonzalez Jr.
Laura Maria Santiago Lucas
Leonardo Barroso Coutinho
Pedro Henrique Pereira Chaves
Renata Ramos Carrara Pereira
Renata Simonetti Teixeira
Roberta Mucare Pazzian
Rodrigo Pellegrino

editora cajuína

Coordenação editorial
Lygia Caselato

Projeto editorial/Design
Wilbett OLiviera

Conselho Editorial
Dr. Carolina Noura de M. Rêgo
Dnd Fabrizio B. Vecchio
Dnd. Leonardo Barroso Coutinho
MsC Roberta Mucare Pazzian

Revisão:
Dos autores

1ª edição
Outubro de 2021

editora cajuína

Copyright by © 2021
Francisco Fernandez Gonzalez Junior et al.
Todos os direitos reservados.

Rua José Giorgi, 600 Bl. 18/33
Granja Viana II - 06701-100 - Cotia, SP
Telefones: (11) 4777-0123 - 97360-1609
Site: www.cajuinaeditora.com.br
E-mail: contato@editoracajuina.com.br
Facebook/Instagram: editoracajuina

[CIP]
Dados Internacionais da Catalogação na Publicação)

Gonzalez Junior Francisco Fernandez et al.

S586b Temas polêmicos em direito: direito constitucional, direito processual civil, direito civil, direitos humanos e outros temas Francisco Fernandez Gonzalez Junior [Organizador] . 1ª edição . Cotia, SP, Editora Cajuína, 2021. 310 p.

ISBN: 978-65-86270-80-8 (PDF)

1. Direito 2. Direito processual. 3. Direito constitucional. 4. Direito penal.
I Francisco Fernandez Gonzalez Junior. II. Titulo

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior - CRB6/2422

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito: 340
2.Direito Constitucional 342
3. Direito penal 345

Textos publicados em acesso aberto (*Open Access*) sob a licença Creative Commons Attribution, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio, sem restrições desde que o trabalho original seja corretamente citado.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....4
Carolina Noura de Moraes Rêgo

PRIMEIRA PARTE — DIREITO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO UM: PLANEJAMENTO FAMILIAR, REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O BIODIREITO.....11
Renata Ramos Carrara Pereira

CAPÍTULO DOIS: A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE RELIGIOSA.....39
Rodrigo Pellegrino

SEGUNDA PARTE — DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO TRÊS: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA A ERRADICAÇÃO DOS LIXÕES NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.....67
Áurea Emília Bezerra Madruga de Oliveira

CAPÍTULO QUATRO: ORIENTAÇÃO SEXUAL E DOAÇÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE DESCRITIVA DO JULGADO ADI 5543 PELO STF NO CASO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HSHs: DIFERENTES VISÕES.....87
Francisco Fernandez Gonzalez Junior

CAPÍTULO CINCO: INSERÇÃO NOS CURSOS DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO FEMININA NOS CARGOS DE COMANDO DAS PRINCIPAIS CARREIRAS JURÍDICAS NA ATUALIDADE.....111
Laura Maria Santiago Lucas

CAPÍTULO SEIS: A AUSÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS POR TRÁS DOS MUROS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO.....130
Roberta Mucare Pazzian

TERCEIRA PARTE — DIREITO CIVIL

CAPÍTULO SETE: RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET (O CASO UNITED STATES V. STEVENS E A EXPERIÊNCIA ALEMÃ DO NetzDG).....156
Francisco Fernandez Gonzalez Junior

CAPÍTULO 8: EXTINÇÃO DOS CONTRATOS: RESILIÇÃO E RESOLUÇÃO.....183
Renata Ramos Carrara Pereira

QUARTA PARTE — DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CAPÍTULO NOVE: ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS FRENTE A MEDIDA DE PENHORA NA EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA.....219
Francisco Fernandez Gonzalez Junior

CAPÍTULO DEZ: TUTELA DE URGÊNCIA E DA EVIDÊNCIA CAUTELAR E SATISFATIVA EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO.....240
Pedro Henrique Pereira Chaves — Roberta Mucare Pazzian

QUINTA PARTE — DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

CAPÍTULO ONZE: O PAPEL DA VÍTIMA FRENTE AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA LEI Nº 13.431/2017.....262
Áurea Emília Bezerra Madruga de Oliveira

CAPÍTULO DOZE: O DIREITO DIGITAL E AS IMPLICAÇÕES CRIMINAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES VIRTUAIS.....286
Renata Simonetti Teixeira

SEXTA PARTE — OUTROS TEMAS

CAPÍTULO TREZE: A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O MINISTÉRIO PÚBLICO.....305
Áurea Emília Bezerra Madruga De Oliveira

CAPÍTULO QUATORZE: TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: CONSEQUÊNCIAS TRABALHISTAS....319
Carlos Henrique Sá Rodrigues de Oliveira Junior

CAPÍTULO QUINZE: DIREITO À SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E PROCESSOS ESTRUTURAIS...352
Leonardo Barroso Coutinho

CAPÍTULO DEZESSEIS: INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: IMPACTOS CONTEMPORÂNEOS NO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA.....370
Rodrigo Pellegrino

PREFÁCIO

CAROLINA NOURA DE MORAES RÊGO

Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em História pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Licenciada em Língua Francesa pela Universidade de Nancy (França).

Com muita honra escrevemos esse prefácio, em uma difícil missão de prefaciar o trabalho de autores tão dedicados e dispostos ao ensino e ao aprendizado. Esta obra reforça a necessária leitura de temas polêmicos relacionados ao estudo do Direito, de várias áreas, quais sejam, Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito Civil, Direitos Humanos e outros, como prenunciado em sua capa.

Neste livro de inquestionável importância para diversas searas do Direito, os autores nos levam a diversas argumentações no mundo jurídico, não com o intuito de exauri-las, mas com o objetivo de levantar novas dúvidas, debates, e porque não, perguntas relevantes para a observação do Direito nos dias atuais.

A experiência prática e acadêmica dos autores, nas mais variadas esferas da ciência jurídica, nos traz uma coletânea com uma miríade de reflexões úteis para os tempos vividos nos dias de hoje, com legítimas provocações, levando o leitor a pensar e questionar, mais do que responder.

O livro se apresenta dividido em seis grandes partes, a **Primeira Parte** que trata de Direito Constitucional traz dois artigos, o primeiro "Planejamento familiar, reprodução humana assistida e o biodireito" da autora Dra. Renata Ramos Carrara Pereira, que traz uma análise do princípio da pluralidade familiar assegurado constitucionalmente, pelo qual todas as formas de família merecem proteção estatal, e o segundo, "A constitucionalização do direito privado e sua relação com a liberdade religiosa", do autor Dr. Rodrigo Pellegrino, que traz a necessidade da Constitucionalização do Direito Privado nas questões que englobam o direito fundamental da Liberdade Religiosa, nos mais diversos aspectos.

A **Segunda Parte** elabora questões de Direitos Humanos, primeiramente, "O acordo de não persecução penal como instrumento para a erradicação dos lixões nos municípios brasileiros", da autora Dra. Áurea Emília Bezerra Madruga de Oliveira, que bem traz a necessidade da utilização dos acordos de não persecução penal, inserido pelo "Pacote Anticrime", como um instrumento efetivo para a erradicação dos lixões nos Municípios brasileiros. Posteriormente, a obra traz o artigo "Orientação sexual e doação de sangue – uma análise descritiva do julgado ADI 5543 pelo STF no caso de doação de sangue por HSHs: diferentes visões" do autor Dr.

Francisco Fernandez Gonzalez Junior, que faz uma análise descritiva das correntes jurisprudenciais formadas durante o julgamento proferido na ADI 5543 – que trata sobre a (in) constitucionalidade de regras administrativas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que restringem o direito dos HSHs, e/ou com relação a suas parceiras sexuais, de realizarem a doação de sangue. O terceiro artigo é sobre a "Inserção nos cursos de direito e participação feminina nos cargos de comando das principais carreiras jurídicas na atualidade", da autora Dra. Laura Maria Santiago Lucas, que aborda um breve estudo histórico acerca da instalação dos cursos de Direito no Brasil. E, fechando a segunda parte, o quarto artigo, "A ausência dos direitos humanos por trás dos muros do sistema prisional brasileiro", da autora Dra. Roberta Mucare Pazzian, enfrenta o tema do sistema prisional brasileiro que enfrenta sérios problemas de superlotação, sendo em sua maioria decorrentes não só da falta de vagas em relação ao elevado número de detentos, como também o número altíssimo de presos provisórios que aguardam um julgamento.

A **Terceira Parte** abrange temas do Direito Civil com os seguintes títulos, em primeiro "Responsabilidade civil dos provedores de aplicação – uma análise da constitucionalidade do artigo 19 do marco civil da internet (o caso UNITED STATES V. STEVENS e a experiência alemã do NETZDG), do autor Dr. Francisco Fernandez Gonzalez Junior, que expõe o histórico jurisprudencial e demonstrações da mudança legislativa com o advento do Marco Civil da Internet e, em seguida, o tema "Extinção dos contratos: resilição e resolução" da autora Dra. Renata Ramos Carrara Pereira, que faz um estudo sobre algumas hipóteses de extinção dos contratos.

Em seguida, a **Quarta Parte**, aborda temas de Direito Processual Civil, tais como "A abrangência da proteção dos animais frente a medida de penhora na execução para pagamento de quantia certa" do autor Dr. Francisco Fernandez Gonzalez Junior, que faz uma análise do animal não humano como ser senciente, com estudo do embasamento filosófico, constitucional e jurisprudencial, até chegarmos à aplicação deste aspecto senciente dos animais não humanos dentro da execução de quantia certa não autorizando a penhora de animais não humanos, mesmo quando de alto valor econômico. E, posteriormente, o artigo "Tutela de urgência e da evidência cautelar e satisfativa em sede de recurso de apelação dos

autores Dr. Pedro Henrique Pereira Chaves e Dra. Roberta Mucare Pazzian, que tem por objetivo, inicialmente, expor como o atual Código de Processo Civil trata da tutela provisória, expondo noções gerais da tutela de urgência e evidência.

Em sequência, a **Quinta Parte,** retrata temas do direito penal e processual penal, começando pelo artigo "O papel da vítima frente ao Processo Penal Brasileiro sob a perspectiva da lei no. 13.431/2017", da Dra. Áurea Emília Bezerra Madruga de Oliveira, que visa apresentar uma análise sobre o papel da vítima frente ao processo penal brasileiro, bem como a necessidade de um novo olhar para o ofendido, deixando este de ser um personagem neutralizado, aprofundando suas análises diante da Lei nº 13.431/2017. Após, "O direito digital e as implicações criminais decorrentes das relações virtuais" da autora Dra. Renata Simonetti Teixeira, que tem como intuito analisar a normatização do Direito Digital, no que concerne aos crimes digitais, e verificar se são suficientes para assegurar a efetividade e a proteção desses direitos, atendendo aos anseios da coletividade.

E finalizando a coletânea, a **Sexta Parte**, outros temas em direito, traz "A justiça restaurativa e o Ministério Público" da Dra. Áurea Emília Bezerra Madruga de Oliveira, o qual trata da justiça restaurativa, lançando um olhar de superação da perspectiva meramente processual e demandista de atuação do Promotor de Justiça, defendendo-se a atuação de forma integrada e em rede, sendo que, quando viável, buscando a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas das resoluções das questões que lhe são postas. Após, vemos "Terceirização da atividade fim: consequências trabalhistas", do autor Dr. Carlos Henrique Sá Rodrigues de Oliveira Junior, cujo artigo tem como objetivo expor o arcabouço legal em que a terceirização das atividades-fim é baseada e relatar as consequências trabalhistas deste processo. Em sequência, "Direito à saúde, ativismo judicial e processos estruturais" do Dr. Leonardo Barroso Coutinho, que retrata aspectos do direito à saúde e a necessidade de utilização dos processos estruturais para o seu implemento. E, por fim, "Intolerância religiosa: impactos contemporâneos no direito fundamental à liberdade religiosa", do Dr. Rodrigo Pellegrino, o qual faz uma breve revisão bibliográfica, com a análise de casos, analisaremos situações pelas quais a intolerância religiosa impacta negativamente o direito fundamental à liberdade religiosa.

Nessa perspectiva, essa obra organizada pelo admirável Dr. Francisco Fernandez Gonzalez Junior com as presenças ilustres dos autores: Dra. Áurea Emília, Dr. Carlos Henrique Sá Rodrigues de Oliveira Junior, Dra. Laura Maria Santiago Lucas, Dr. Leonardo Barroso Coutinho, Dr. Pedro Henrique Pereira Chaves, Dr. Renata Ramos Carrara Pereira, Dra. Renata Simonetti Teixeira, Dr. Rodrigo Pellegrino e Dra. Roberta Mucare Pazzian na qual cada capítulo flerta com temas de valiosa demanda de discussões, análises e considerações, demonstrando, portanto, uma vultosa produção intelectual e acadêmica que nos desperta de imediato o interesse na leitura.

PRIMEIRA PARTE

DIREITO CONSTITUCIONAL

CAPÍTULO UM

PLANEJAMENTO FAMILIAR, REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O BIODIREITO

FAMILY PLANNING, ASSISTED HUMAN REPRODUCTION AND BIO-LAW

RENATA RAMOS CARRARA PEREIRA

Graduada em Direito pela PUC-SP, pós-graduada em Direito Público e em Direito Notarial e Registral. Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito e pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Titular do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de Capivari-SP. Titular do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do Município de Capivari-SP.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A pluralidade familiar na constituição federal de 1988. 2. O livre planejamento familiar no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1. Princípio da menor intervenção estatal. 2.2. Princípio da paternidade responsável. 2.3. Principio da dignidade da pessoa humana. 3. Bioética e biodireito. 3.1. Bioética. 3.2. Biodireito. 3.3. Princípios da bioética e do biodireito. 4. A positivação do biodireito. 5. Reprodução humana assistida. 5.1. As técnicas de reprodução humana assistida e o biodireito. 5.2. O aspecto contratual e responsabilidade. 5.3. Reprodução humana assistida como um direito a ser efetivado pelo estado. Conclusão

RESUMO: O presente artigo se desenvolve a partir da análise do princípio da pluralidade familiar assegurado constitucionalmente, pelo qual todas as formas de família merecem proteção estatal. A seguir, passa-se ao estudo do planejamento sucessório como garantia constitucional a todas essas formas de família e sua regulamentação pelo ordenamento jurídico brasileiro, bem como os princípios que o norteiam. Por fim, é tratado do biodireito, como novo ramo do direito, que se desenvolve a partir da bioética e sua importância no campo da reprodução humana assistida. Especialmente, no que diz respeito ao princípio da justiça no campo da bioética, tem-se este como fomentador do dever de o Estado assegurar ao maior número de pessoas possível a efetivação dos planejamentos familiares no que diz respeito aos métodos conceptivos. Chega-se à conclusão que a reprodução humana assistida é uma das formas de realização deste planejamento, e que deve, portanto, ter a maior acessibilidade possível àqueles que dela necessitam, em conformidade com as diretrizes do Biodireito.
Palavras-chave: Biodireito. Planejamento familiar. Reprodução humana assistida.

ABSTRACT: This article develops from the analysis of the constitutionally guaranteed principle of family plurality, by which all forms of family deserve state protection. Next, the study of succession planning as a constitutional guarantee for all these forms of family and its regulation by the Brazilian legal system, as well as the principles that guide it, is discussed. Finally, biolaw is treated as a new branch of law, which develops from bioethics and its importance in the field of assisted human reproduction. Especially, with regard to the principle of justice in the field of bioethics, this is seen as a promoter of the State's duty to ensure to the greatest number of people possible the implementation of family planning with regard to conceptual methods. It comes to the conclusion that assisted human reproduction is one of the ways to carry out this planning, and that it must, therefore, have the greatest possible accessibility to those who need it, in accordance with the guidelines of Biolaw.
Keywords: Biolaw. Family planning. Assisted human reproduction.

INTRODUÇÃO

A decisão por ter ou não filhos cabe ao casal, assim assegura a Constituição Federal[1] brasileira, pautada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Contudo a decisão por ter um filho nem sempre é suficiente para determinada entidade familiar efetivar seu planejamento. Há casos de infertilidade ou esterilidade que inviabilizam tal sonho, e aquele planejamento acaba frustrado. Surge, então, neste cenário, as técnicas de reprodução humana assistida.

Já quando se adentra no campo da reprodução humana assistida, contudo, nos deparamos com diversas questões que ganham relevância no campo jurídico, e, então ganha destaque a discussão a respeito de tais técnicas à luz do biodireito.

Possibilitar a geração da vida humana diz respeito ao ciclo vital, objeto de estudo da bioética e do biodireito no que diz respeito ao surgimento da vida humana. A manipulação de embriões, a criopreservação de gametas e a destinação de ambos são temas que muito interessam à ética e ao direito.

Aqui ganham destaques questões de quando a vida humana teria início, em qual momento adquiriria personalidade, qual a tutela jurídica a ser dispensada em cada momento da evolução do ser humano, são esses assuntos que serão aqui tratados.

1. A PLURALIDADE FAMILIAR NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 reconhece expressamente como entidade familiar aquela formada pelo casamento, pela união estável e a formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, ou seja, assegura a natureza de entidade familiar e a respectiva proteção de forma plural, pois não

[1] Artigo 226, §7º, CF: Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

estabelece uma única forma para a configuração da família. Mas tal proteção vai muito mais além do que está no texto expresso da Constituição.

Na realidade, a compreensão do que seria considerado entidade familiar exige uma análise sob o aspecto social. A verificação da família se dá na análise concreta, não cabendo à lei elencar exaustivamente as formas de entidade familiar, uma vez que, conforme entendimento de Rodrigo da Cunha Pereira[2], a família "não se constitui apenas de pai, mãe e filho, mas é antes uma estruturação psíquica em que cada um de seus membros ocupa um lugar, uma função, sem estarem necessariamente ligados biologicamente".

Assim, numa interpretação baseada na dignidade da pessoa humana, a qual é princípio fundamental da ordem jurídica brasileira, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal, é preciso que a proteção especial assegurada constitucionalmente pelo artigo 226 à família, seja direcionada a toda e qualquer forma de entidade familiar, compreendida como núcleo íntimo afetivo no qual as pessoas encontram espaço para o livre desenvolvimento de suas personalidades e onde são capazes de atingirem a sua plena felicidade.

Não é admissível, portanto, discriminação com relação a qualquer forma de formação familiar, conforme a interpretação do texto constitucional, que seria no sentido de elencar algumas entidades familiares apenas de forma exemplificativa. Deve, assim, ser considerada família, objeto de especial proteção estatal, aquele núcleo humano fomentador da realização pessoal de seus membros, que se ligam uns aos outros através do afeto. Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira[3]:

> A família passou a ser predominantemente, locus de afeto, de comunicação do amor, em que toda forma de discriminação afronta o princípio basilar do Direito de Família. Com a personalização dos membros da família eles passaram a ser respeitados em sua esfera mais íntima, na medida em que disto depende a própria sobrevivência da família, que é um 'meio para a realização pessoal de seus membros. Um ideal em construção', conforme salienta Rosana Fachin. É na busca da felicidade que o indivíduo viu-se livre dos padrões estáticos para construir sua família.

[2] PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. Direito das Famílias – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P.94

[3] PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. Direito das Famílias – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P.95

Assim, não se tem mais a ideia que prevalecia antes do advento da Constituição Federal de 1988, de que a família seria a entidade formada apenas pelo casamento, vista como instituição que deveria ser preservada a todo custo, em que seus integrantes eram vistos como mero instrumentos desta preservação. Hoje não são mais os integrantes da família que vivem em sua função, mas sim a família tem que ter a função de propiciar a realização e desenvolvimento de seus membros, exigindo apenas isso para sua configuração, independentemente de qualquer exigência formal.

É neste sentido que se manifestou o STJ em decisão autorizando o casamento entre pessoas do mesmo sexo, conforme seguinte trecho da ementa do julgamento do REsp1.183.378:

> Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

Vista a família por esse aspecto plural, pode-se concluir que o planejamento familiar e suas formas de realização estaria assegurado a qualquer composição familiar. Portanto, a formação ou ampliação da família por meio das técnicas de reprodução humana assistida a qualquer forma de entidade familiar estariam asseguradas, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

2 O LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Conforme visto no trecho acima transcrito, a Constituição Federal de 1988 traz no §7º, do artigo 226, previsão do princípio do livre planejamento familiar nos seguintes termos:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Tal dispositivo foi regulamentado pela Lei 9263/96, que trata do planejamento familiar. Da leitura do texto constitucional, conjuntamente à mencionada lei, podemos identificar três princípios que servem de norte ao tratamento do planejamento familiar pelo atual ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da menor intervenção estatal, o princípio da paternidade responsável e a dignidade da pessoa humana.

Mas antes de adentrar nos princípios que norteiam o planejamento familiar importa em entender o seu significado, e o artigo 2º da Lei 9263/96 apresenta um conceito: "entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal".

Planejamento familiar, portanto, diz respeito às questões de fecundidade, tanto no aspecto contraceptivo quanto no conceptivo. Assim, ganha relevância o tema da reprodução humana assistida para os casais ou pessoas que estão impossibilitadas de conceber um filho sem o auxílio da biomedicina. Esse também é o entendimento de Beatriz Capanema Young[4]:

> Com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, a Constituição da República de 1988, em seu artigo 226, §7º, re-

[4] YOUNG, Beatriz Capanema. Os contratos nas técnicas de reprodução humana assistida. In: *Biodireito*: tutela jurídica das dimensões da vida/ Ana Carolina Brochado... [et. Al.]. Coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida – Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

> conhece a todos o direito ao livre planejamento. Tal direito abrange não somente a não interferência no exercício do direito de fundar uma família, mas também o direito à procriação.

Planejar, nesse sentido, não diz respeito apenas ao controle de natalidade, mas também ao fomento de técnicas que viabilizem um projeto de filiação para aqueles que desejam ter filhos, mas que, por razões das mais diversas ordens, não conseguem concretizar tal plano sem a ajuda das técnicas de reprodução humana assistida.

2.1 PRINCÍPIO DA MENOR INTERVENÇÃO ESTATAL

O princípio da menor intervenção decorre da autonomia privada dos indivíduos que deve ser respeitada pelo Estado, a qual ganha maior destaque com a Constituição Federal de 1988 ao dar embasamento para a interpretação de estar a família a serviço de seus integrantes, não sendo mais o inverso verdadeiro. Assim, não se tem mais a família como instituição a ser preservada pelas pessoas humanas que a compõem. Nesse sentido, dispõe o professor Flávio Tartuce[5], citando Daniel Sarmento ao tratar do que ele chama de princípio da não intervenção:

> Por certo que o princípio em questão mantém relação direta com o princípio da autonomia privada, que deve existir no âmbito do Direito de Família. A autonomia privada é muito bem conceituada por Daniel Sarmento como *o poder que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses.* Ensina o autor fluminense que "esse princípio tem como matriz a concepção do ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter a liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes para a comunidade" (SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais..., 2005, p.188). Como se pode perceber, o fundamento constitucional da autonomia privada é a liberdade, um dos principais atributos do ser humano.

[5] TARTUCE, FlávioA. *Direito Civil*: direito de família – v. 5 – 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P.23

Impõe o *caput* do artigo 226 da Constituição Federal que a família constitui a base da sociedade, devendo o Estado lhe prestar especial proteção, e é neste sentido que deve se limitar a atuação estatal no ambiente familiar.

Ao Estado cabe, assim, promover políticas de incentivo e medidas protetivas que promovam o bem estar familiar e de seus integrantes. Não deve, o poder público, intervir no modo como as diversas famílias se compõem, na forma que se desenvolvem e se devem permanecer ou não constituídas. Estes são aspectos que apenas seus componentes podem dispor, visando sempre a realização pessoal e respeitando a dignidade de todos seus integrantes, os quais devem receber, no seio familiar que compõem, a especial proteção estatal prevista constitucionalmente. Neste sentido, Rodrigo da Cunha Pereira[6]:

> A intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo.

No Código Civil também é possível identificar dispositivos que dão embasamento ao livre planejamento familiar. No seu artigo 1513 dispõe o código que é "defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família", enfatizando o princípio da não intervenção estatal no âmbito familiar.

Já no artigo 1565, §2º traz o Código Civil a previsão de que "O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas", prevendo a liberdade de que aqui se trata e a forma que deve se dar a atuação estatal neste aspecto.

Diante de tais previsões, a Lei do Planejamento Familiar vem regular o exercício deste, esclarecendo o papel que o Estado deve assumir, estipulando a ele um papel assistencial, de incentivo e proteção no que diz respeito à fertilidade e no processo de concepção da vida humana.

---

[6] PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família* – 3. Ed. – São Paulo: saraiva, 2016.

Nesse sentido, determina em seu artigo 3º que o "planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde", e que cabe ao Sistema Único de Saúde, na prestação dessas ações, garantir programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, incluindo aí a assistência à concepção e contracepção. E mais a frente, no artigo seguinte garante o acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Cabe destacar, pois relevante ao tema ora tratado o disposto no artigo 9º da Lei de planejamento familiar, uma vez que trata da forma que a atuação estatal deve se dar no que diz respeito à efetivação do planejamento familiar:

> Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Do exposto até o momento verifica-se a liberdade dada à mulher, ao homem e aos casais no que diz respeito ao planejamento familiar, contudo, tal liberdade não é irrestrita, pois encontra limites em dois princípios, o da paternidade e na dignidade da pessoa humana.

2, 2 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável, conforme transcrito acima, serve de fundamento ao planejamento familiar, o que implica na compreensão de que o planejamento familiar é livre, mas uma vez feita a opção por ter um filho, são seus pais por ele responsáveis.

A reponsabilidade que aqui se trata não se restringe a aspectos materiais, mas envolvem também o amparo afetivo e psicológico que os pais devem ter por seus filhos. Trata-se, portanto de um dever de cuidado daqueles que tiveram a opção e optaram por estabelecer o vínculo de filiação com um ser em desenvolvimento e vulnerável, e, se desobedecido, dará ensejo a configuração do abandono afetivo, passível de indenização.

Aqui o que se exige dos pais é uma postura de amparo, e tal dever, além da previsão constitucional pode ser bem observado tanto no Código Civil[7], em seu artigo 1566, IV, ao tratar dos deveres dos cônjuges, quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente[8], artigo 22, que trata dos deveres dos pais para com os filhos.

O professor Rodrigo da Cunha Pereira[9] bem traduz tal dever dos pais para com os filhos ao tratar do amor e cuidado como modalidades de conduta:

> O afeto no sentido de cuidado, ação, não pode faltar para o desenvolvimento de uma criança. Ao agir em conformidade com a função de pai e mão, está-se trazendo o afeto para a ordem da objetividade e tirando-o do campo da objetividade. Nessas situações é possível até presumir a presença do sentimento de afeto. Obviamente que pressupõe, e tem também como elemento intrínseco a imposição de limites. A ausência desse sentimento não exclui a necessidade e obrigação de condutas paternas/maternas. Sendo ação, a conduta afetiva é um dever e pode ser imposta pelo Judiciário, presente ou não o sentimento.

Portanto, no campo da reprodução humana assistida, assim como em qualquer decisão em que se opte por ter um filho, devem os futuros pais (sejam casados, vivam em união estável, ou seja resultado de uma reprodução independente) estar cientes deste dever que o ordenamento jurídico lhes impõe, a fim de que exerçam uma paternidade que dê o amparo suficiente para o desenvolvimento saudável daquele que eles optaram por trazer à vida.

Esta é uma limitação ao planejamento familiar legítima e que deve ser assegurada pelo Estado, com a imposição do poder familiar dos pais visando a proteção dos filhos, independentemente da origem da filiação.

1.3. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana como conformador

[7] Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: IV - sustento, guarda e educação dos filhos;

[8] Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.
Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei.

[9] PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 3. Ed. – São Paulo: saraiva, 2016. P.253

da paternidade responsável e no âmbito da reprodução humana assistida pode ser vista sob a perspectiva dos pretensos pais, e nesse aspecto se destaca o que fora tratado a respeito da menor intervenção estatal e da liberdade do que diz respeito ao planejamento familiar.

Outra perspectiva para a análise da dignidade humana sobre o assunto diz respeito ao filho a ser gerado, e aqui caímos no tratamento da paternidade responsável acima mencionado, passível de responsabilização caso desatendida conforme já entendeu o STJ conforme se verifica no trecho da ementa do REsp 115942/SP[10]:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.
>
> (...)3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.
>
> 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social (...).

Mas há ainda uma terceira forma de abordar a dignidade da pessoa humana ao se tratar da reprodução humana assistida, que diz respeito ao ser humano em formação, aos embriões elaborados em laboratório e que não se destinam à reprodução. Aqui passamos a entrar no campo da bioética e do biodireito, do qual se tratará a seguir.

[10] REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012

3 BIOÉTICA E BIODIREITO

A bioética e o biodireito não se confundem, a bioética está para o biodireito, assim como a moral está para o direito, portanto, a bioética se desenvolve no âmbito da zetética, enquanto o biodireito se estabelece sob uma perspectiva dogmática. Nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[11]:

> Tratam-se, na verdade de duas ordens normativas diferentes – Direito e Moral. O Direito, como ordem pragmática de solução de conflitos, pode ser investigado por uma perspectiva dogmática. Já a moral atua no universo jurídico como ordem normativa auxiliar, fornece subsídios para a formulação e aplicação do Direito, sem, no entanto, com ele se confundir. A Bioética, dessa forma, tem relevância para o Direito, pois faz parte da zetética jurídica.

E prosseguem, tratando do biodireito e de seu caráter dogmático:

> O Biodireito, por sua vez, apesar de constituir como disciplina típica da dogmática jurídica, teve seu nascedouro na preocupação ética dos operadores das Ciências Biológicas e da Saúde.

Outra distinção importante entre a bioética e o biodireito diz respeito ao fato das normas estabelecidas naquela terem caráter moral, enquanto que as normas referentes ao biodireito teriam caráter jurídico. Isso significa dizer que as normas que se formam no campo da bioética funcionam como recomendações socialmente desejáveis, que, em caso de descumprimento, a única consequência será a reprovação social. Por sua vez, as normas formuladas no campo do biodireito são marcadas pela coerção, portanto, sua não observância implicará em uma sanção socialmente organizada, conforme a própria previsão da norma determinante da conduta socialmente imposta.

A bioética também se distingue do bioditeito por atuar aquela no campo da zetética, e este, no campo da dogmática, o que significa dizer

[11] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021. p.6

que o enfoque teórico da bioética admite amplo questionamento, tem um caráter especulativo, enquanto que no biodireito há conceitos já fixados, os quais não são passíveis de questionamento, são premissas, a partir das quais as questões a serem levantadas ganham caráter diretivo. Melhor elucidando, Tércio Sampaio Ferraz Junior:[12]

> No primeiro caso, usando uma terminologia de Viehweg, temos um enfoque zetético, no segundo, um enfoque dogmático. Zetética vem de zetein, que significa perquirir, dogmática vem de dokein, que significa ensinar, doutrinar. Embora entre ambas não haja uma linha divisória radical (toda investigação acentua mais um enfoque que o outro, mas sempre tem os dois), sua diferença é importante. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo?). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um dever-ser (como deve-ser algo?). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.

Assim, é a partir das discussões no campo da bioética a respeito das questões que surgem com o avanço científico nas áreas da biologia e da saúde, que o biodireito encontra embasamento para se desenvolver. É com a observação de que limites, identificados com base nos valores desenvolvidos pela Bioética, são necessários nos experimentos naqueles campos da ciência que faz com que surja a necessidade de normatização pelo biodireito.

Portanto, importante entender a evolução da bioética para compreender a origem do biodireito e seu desenvolvimento, o que será feito a seguir, mas antes, é preciso trazer uma definição do que seria a bioética. Assim, ainda nos dizeres de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[13], "Bioética é, portanto, a disciplina que estuda os aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esse e outros seres vivos".

---

[12] Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. Atlas. Edição do Kindle. P. 73.

[13] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021. p.6

3 BIOÉTICA

Segundo informa Renata da Rocha[14]:

> [...] a Bioética é definida pelo Instituto Kennedy de Ética, da Universidade de Georgetown/EEUU, pioneiro na organização da Enciclopédia de Bioética, nos seguintes termos: Bioética é um neologismo derivada das palavras gregas bios (vida) e etike (ética). Pode-se defini-la como sendo o estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.

A bioética surge em virtude da revolução científica no campo das ciências biológicas e no âmbito da medicina, o que se verificou a partir da década de 1950, mas ganha maior destaque a partir da década de 1970 em decorrência de experimentos realizados com seres humanos nos Estados Unidos.

Até então se verificava o que se costuma chamar de paternalismo médico, no sentido de que era este o detentor do conhecimento apto a salvar vidas, e não havia espaço para o questionamento de suas condutas pelo paciente. Assim esclarece Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[15]:

> Eis aí a origem do paternalismo médico, visto que a mentalidade se firmou com muita força entre os médicos, que passaram a enxergar a si mesmos como os grandes salvadores das pessoas, descobridores das doenças e capazes de proporcionar a todos uma vida bem distante de intempéries. Mas, para isso, a submissão às suas determinações era fundamental. Ao que parecia, os médicos estavam acima do bem e do mal. Se era assim, não seria possível, por óbvio, falar em ética da ciência.

Entre as décadas de 30 e 40, abusos ocorreram por parte de médicos e cientistas, ganhando destaque as experimentações médicas que eram realizadas nos campos de concentrações nazistas. Em nome do bem da ciência experimentos eram realizados em seres humanos sem qualquer li-

[14] ROCHA, Renata da. *Fundamentos do Biodireito*. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 68

[15] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito.* 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021.P.3

mite ético, dando ensejo ao surgimento da bioética e seus questionamentos acerca da necessidade de observância de um mínimo ético no campo da biotecnologia e da medicina.

Em que pese na década de 1950 iniciarem questionamentos acerca de limites éticos necessários aos experimentos médicos, diversas outras situações surgiram nas décadas seguintes, especialmente nas décadas de 60 e 70, que fortaleceram o desenvolvimento da bioética conferindo-lhe mais força por se entender necessária na imposição de limites à ciência.

São apontados como marcos da evolução da bioética por Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[16]: a criação da expressão bioética pelo filósofo alemão Fritz Jhar, em 1927; a divulgação desta pelo oncologista americano, Van Rensseler Potter, através de sua obra, Bioethic: Bridge of the future, no ano de 1971; e a criação, nos Estados Unidos, em 1974, da Comissão Nacional para os Interesses Humanos de Biomédica e Pesquisa Comportamental, a qual apresentou, em 1978, o Relatório Belmont estabelecendo princípios éticos a serem observados nas experimentações com seres humanos, que serão analisados mais a frente.

3.2 BIODIREITO

O Biodireito consiste no ramo do direito que visa normatizar as regras relativas às questões da biociência, a partir dos valores, princípios e argumentos estabelecidos no campo da bioética. Explicitando tal função, Renata da Rocha:

> Para serem dotadas de efetividade, as normas éticas necessitam do Direito. Assim, é no âmbito da normatividade em geral e, com a Bioética não é diferente. Para que a sua efetividade ultrapasse o âmbito da Medicina e, portanto, da ética deontológica, as ordens diretivas da (Bio) Ética necessitam do Bio (Direito), isto é, necessitam ser juridicamente positivadas.

[16] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021.

Assim, em que pese a coincidência do objeto de estudo da Bioética e do Biodireito, qual seja, avaliação das consequências e necessidades de imposição de limites à Biociência e à Biotecnologia, suas abordagens são diversas, sendo preciso diferenciar a moral do direito para que se compreenda qual seria o papel do Biodireito.

3.2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DO BIODIREITO

A bioética conforme visto, consiste num estudo filosófico e moral das novas técnicas e os avanços desenvolvidos no âmbito da biotecnologia. Assim sendo, trabalha com valores e seu objeto de estudo é amplo e interdisciplinar. Através da Bioética é feita uma análise dos efeitos dos avanços biotecnológicos, identificando benefícios e os malefícios decorrentes, à luz dos diversos ramos do saber e com base nos valores socialmente estabelecidos.

Assim sendo, os princípios da bioética são considerados princípios abertos, valores éticos, passíveis de ponderação diante do caso concreto. Não carregam forte carga de imperatividade, mas servem como norte das decisões a serem tomadas no campo da biotecnologia e de eventual positivação do biodireito.

Tais princípios representam valores que justificam a formação e aplicação do biodireito nos casos concretos que envolvam técnicas, experimentos e tratamentos no campo da biotecnologia, os quais incidem diretamente no ciclo vital humano. Atuam como justificação à aplicação do biodireito, mas não incidem diretamente para dar solução ao caso concreto, papel esse que cabe às normas jurídicas.

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[17] tratam da função dos princípios bioéticos da seguinte forma, diferenciando-os dos princípios do biodireito:

> Dessa forma, a principiologia bioética não tem a mesma imperatividade que a do Biodireito. Seus princípios são comandos abertos que visam, explicitamente, a maximização do bem, ainda que o considerado "bom" não seja unitário. Em

[17] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito.* 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021.

> seu espaço é possível falar-se em ponderação, pois se está discutindo a gradação de valores.

E prossegue: "A solução de problemas jurídicos tem seu *locus* no Direito e não na Moral, embora esta seja importante para a prática jurídica em momentos anteriores à aplicação normativa".

Sob esse viés precisam ser compreendidos os princípios da bioética, que segundo o Relatório Belmont seriam os seguintes: beneficência, não maleficência, autonomia, justiça e responsabilidade.

O princípio da beneficência e da não maleficência se comunicam, mas não se confundem, pelo primeiro, significa fazer o bem, ou seja, na aplicação das técnicas, experimentos ou tratamentos relacionados ao campo da biotecnologia, o respectivo profissional tem o dever de beneficiar o ser pesquisado ou o paciente. Já pelo princípio da não maleficência o objetivo é o de não prejudicar.

A obrigação moral primária do pesquisador ou médico, seria a de não prejudicar, ou seja, qualquer procedimento a ser adotado, para que se justifique, deve implicar em algum benefício ao ser pesquisado ou ao paciente, não podendo estes funcionarem como mero objeto de pesquisa de forma especulativa.

Quanto à beneficência, ou obrigação moral de fazer o bem, funcionaria como obrigação moral secundária, pois exige da conduta médica que se respeite a vontade do paciente, ou seja deve-se beneficiar, se respeitada a autonomia do paciente. Na explicação de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves:[18]

> Como dever ético secundário está a beneficência, que rege a conduta médica, mas subordinada ao consentimento do paciente. Essa visão, que afasta a pretensa primazia do princípio da beneficência sobre os demais princípios, rechaça o paternalismo e respeita a autonomia e as novas dimensões da justiça.

[18] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito.* 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021. p. 26.

Pelo princípio da autonomia, entende-se que o ser humano é capaz de se autodeterminar e fazer escolhas livre de influências, e que portanto deve participar das escolhas quanto aos tratamentos a que deve se submeter. Tais escolhas não devem mais ficar ao arbítrio do médico, sob o pretexto de estar fazendo o melhor pelo paciente, uma vez que só se pode chegar a esse melhor levando em consideração a vontade do paciente.

Deste princípio decorre a necessidade de informação clara ao paciente quanto aos possíveis tratamentos, seus efeitos, possíveis consequências e resultados, fim de se obter do paciente um efetivos consentimento livre e esclarecido.

Quanto ao princípio da justiça, refere-se ao meio e ao fim pelo qual deve se dar toda intervenção biomédica, no sentido de maximizar os benefícios com o mínimo custo (financeiro, emocional, social e físicos), bem como na distribuição imparcial dos benefícios e dos riscos.

Por fim, pelo princípio da responsabilidade, a atuação daqueles que lidam com a biociência deve ser preocupada com a preservação da vida humana digna. Impõe, portanto uma limitação nas práticas a serem executadas, sob pena de sofrer as consequências pela não observância do agir responsável.

Por sua vez são reconhecidos como princípios do Biodireito, segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[19]: a precaução, a autonomia privada, a responsabilidade e a dignidade da pessoa humana

Segundo o princípio da precaução, o profissional deve adotar medidas de cautela em caso de risco de dano grave e irreversível. Impede comportamentos que, devido ao estado atual de conhecimento, possam representar uma mera probabilidade de dano, que por ser sério e irreversível deve ser obstado.

Não é todo e qualquer procedimento ou experimento que pode ser adotado cegamente em nome da cura ou da evolução ciência. Na hipótese de se deparar com medida que se desconheça as consequências e existindo a menor probabilidade de dano que não seja possível desfazer, deve o profissional se abster de seu comportamento, sob pena de responsabilização. Neste sentido é possível identificar o princípio da responsabilidade.

[19] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito.* 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021.

Segundo Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[20]:

> Daí se pode inferir que a precaução e a responsabilidade percorrem caminhos diferentes rumo a um mesmo fim. Ambas se preocupam em minimizar os malefícios que as intervenções na saúde e no meio ambiente podem ocasionar, mas a precaução impede a atividade que possui a potencialidade de dano, enquanto o princípio da responsabilidade age *a posteriori*, quando a lesão já se concretizou.

No âmbito do biodireito os autores ainda elencam o princípio da autonomia privada, referindo-se aos poderes de atuação concedidos à pessoa, mas com necessidade de observância dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Quanto ao objeto de estudo do Biodireito, cabe transcrição de Edson Tesuzo Namba[21] a fim de se ter a ideia da dimensão e importância desse novo ramo do Direito:

> Enfim, quando se trata do biodireito, mencionam-se normas de prevenção e de influência do descompromisso da eticidade na condução da vida e dos avanços científicos. Percebe-se isso nitidamente quando se fala sobre o nascituro e o embrião, aborto, retirada do feto anencéfalo, células-tronco embrionárias, clonagem humana, experimentação com seres humanos, reprodução assistida, mudança de sexo, transfusão de sangue, transplante de órgãos, eutanásia, entre outros assuntos de suma relevância para a sociedade contemporânea.

4 A POSITIVAÇÃO DO BIODIREITO

Positivar um ramo do direito significa estabelecer normas jurídicas que regulem as ações voltadas a determinado campo do conhecimento. Assim, a positivação do Biodireito implicaria em estabelecer regras conformadoras de conduta, a determinação de conceitos e a definição de dogmas no campo da Biociência, envolvendo a Biotecnologia e a Biomedicina.

---

[20] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito.* 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021.

[21] NAMBA, Edison Tetsuzo Manual de bioética e biodireito. 2. ed. São Paulo : Atlas, 2015. P. 15.

Renata da Rocha[22] explicita o que viria a ser a positivação do Direito ao tratar da "tensão dialética entre jusnaturalismo e juspositivismo":

> Assim, em termos de reflexão jusfilosófica, enfrentar esta tensão é, novamente, confrontar a questão da positivação dos direitos, fenômeno que pode ser descrito, em apertada síntese, como o empenho do homem moderno em fazer derivar o Direito apenas e tão somente da natureza racional do ser humano, ignorando sua dimensão social e política, afirmando-o como um artifício, como criação, como engenho humano, libertando-o, assim, não só da influência das leis divinas, como também das leis da natureza, às quais esteve submetido tanto na Antiguidade, quanto no Medievo

Ocorre que o objeto do Biodireito se traduz num âmbito de evolução constante, as pesquisas na área das Biociências estão em constante transformação, e positivar tais condutas poderia significar um empecilho a tal evolução, em virtude do caráter dogmático das normas jurídicas. Diante de tal cenário discute-se se a positivação do Biodireito seria algo conveniente, e neste campo será trazida a discussão doutrinária a respeito.

Renata da Rocha[23] entende pela necessidade da positivação do Biodireito com o intuito de antever as decisões que seriam juridicamente válidas em casos voltados às Biociências que ora estão sem solução e que colocam os profissionais num impasse de difícil solução sem a devida orientação legal.

A autora enfatiza que não seria o caso de trazer uma positivação taxativa que tentasse abarcar todos os direitos e obrigações decorrentes do exercício das Biociências, mas trazer uma resposta pronta para casos que envolvam dilemas éticos e cujas decisões implicam em consequências jurídicas, como é o caso da possibilidade de desligar ou não os aparelhos que mantém uma pessoa viva ou se deveria ser respeitada a recusa de um paciente por tratamento que implicaria em sua sobrevivência por questões de ordem religiosa, a título de exemplo.

[22] ROCHA, Renata da. I Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 85.

[23] ROCHA, Renata da. *Fundamentos do Biodireito*. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 100

Segundo a autora:

> É, em consonância com essa precisa e atual compreensão do fenômeno jurídico, que visualiza o Direito como um sistema de normas, e as normas como um conjunto de regras e princípios, ambos constitutivos de uma ciência jurídica autônoma, que tem na lei positiva, a expressão maior de garantia dos direitos humanos fundamentais, que se afirma a necessidade, não de um catálogo fechado de regras a ostacularizar o avanço da Biomedicina, da Biotecnologia, da Bioengenharia, mas a exigência de normas biojurídicas, isto é, de regras e princípios próprios, que possam tanto informar os limites seguros ao avanço da Biociência, quanto auxiliar na solução de conflitos.

Já Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves[24] se mostram reticentes à positivação do Biodireito e defendem a aplicação, no caso concreto, dos princípios do Biodireito, autonomia privada, responsabilidade e dignidade do ser humano para a solução de eventuais conflitos:

> Em razão da novidade e agilidade dos meios biotecnológicos, árdua, e mesmo impossível, seria a tarefa de elaboração legislativa de forma a proporcionar completitude do ordenamento jurídico. (...)Esse é o papel da autonomia privada, da responsabilidade e da dignidade do ser humano como princípios a serem construídos sempre que um caso requeira incidência.
>
> Percebe-se, assim, que não adianta legislação rígida, com pretensões de abarcar tudo, pois a justiça requer opções, cuja flexibilidade é atingida no discurso, e cujos agentes privilegiados são os princípios, que permitem liberdade, mas não arbitrariedade.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conforme as questões relacionadas ao planejamento familiar, sendo a reprodução humana assistida uma forma de viabilizá-lo, e de acordo com os princípios da bioética e a consideração do Biodireito como um novo ramo do Direito, bem como a discussão quanto a viabilidade de se

[24] SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito.* 5 ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021. p. 11.

positivar regras no campo do Biodireito, passa-se agora a analisar a questão da reprodução humana assistida.

Primeiramente, é preciso compreender a reprodução humana assistida, seu conceito e suas técnicas para depois analisar as questões de Biodireito a ela relativas.

Segundo Beatriz Capanema Young[25]:

> As técnicas de reprodução humana assistida consistem na interferência, auxílio e facilitação da prática reprodutiva por meio da manipulação de gametas e embriões criando novas possibilidades para que casais inférteis, casais homossexuais, famílias monoparentais e, inclusive, pessoas já falecidas se reproduzam por meio da inseminação artificial, seja na forma homóloga ou heteróloga, da criação de embriões humanos *in vitro* para posterior implantação ou até mesmo da gestação por uma mulher do filho que será de outra.

Tais procedimentos se dão no campo da biomedicina e da leitura do conceito acima é possível identificar as respectivas técnicas, quais sejam, a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, da qual pode decorrer a criopreservação de embriões, e a gestação por substituição.

5.1 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O BIODIREITO

A inseminação é técnica intracorpórea, pela qual o sêmen é introduzido no interior do aparelho reprodutor feminino, durante o período ovulatório, simulando as condições fisiológicas da relação sexual. Pode ser homóloga ou heteróloga, caso o material genético provenha do contratante, genitor-paciente, ou seja, necessária a doação do sêmen de terceiro.

Na hipótese de doação de gametas, as questões que surgem, objeto de indagação no campo do Biodireito, diz respeito à preservação do sigilo do doador dos gameta e o direito do ser gerado de conhecer sua origem

[25] YOUNG, Beatriz Capanema. Os contratos nas técnicas de reprodução humana assistida. In: *Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida*/ Ana Carolina Brochado... [et. Al.]. Coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida – Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

biológica, bem como, a questão da reprodução assistida *post mortem* com a utilização de material genético criopreservado de pessoa falecida.

A fertilização *in vitro*, por sua vez se dá pela coleta do material genético do homem e da mulher e a fertilização se dá de maneira extracorpórea, gerando embriões que serão implantados no útero da mulher que pretende a gestação.

Na técnica da fertilização *in vitro*, objeto de grande polêmica é possibilidade ou não da doação compartilhada de oócitos, pela qual uma mulher recebe o óvulo de outra e, em contrapartida, financia o tratamento de fertilidade desta última.

O que se questiona nessa situação é se tal relação não configuraria uma comercialização de óvulos disfarçada e não uma doação de óvulos, uma vez que a uma contraprestação em dinheiro (pagamento do tratamento) ao recebimento do óvulo cedido. Dependendo da abordagem a ser dada a tal procedimento, se efetivamente configurada a comercialização, não seria admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, a Resolução 2168/17 do Conselho Federal de Medicina traz tal previsão:

> É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

Outra questão de relevante importância com relação a técnica ora analisada diz respeito aos embriões excedentários, aqueles não utilizados e que permanecem nas clínicas de reprodução criopreservados. Questiona-se qual seria a destinação juridicamente viável desses embriões.

Aqui se encontra a grande questão para o Biodireito. Questiona-se, então: seriam tais embriões já considerados seres humanos? Seria possível seu descarte ou sua utilização em pesquisas científicas para encontrar solução nos tratamentos de doenças? Seria admitido a criação de embriões além do necessário para procedimento determinado de modo a permitir que sobrem embriões nessa situação?

O artigo 5º da Lei de Biossegurança traz previsão que admite "para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento" e estabelece como condições: sejam embriões inviáveis; ou sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

O STF, na ADI 3510[26], entendeu pela constitucionalidade do mencionado dispositivo, o que não reduziu as discussões do tema à luz do Biodireito, especialmente, no que diz respeito à questão de embriões já poderem ser considerados seres humanos, conforme teorias quanto ao reconhecimento do início da vida humana acima expostas, e não objetos a serem utilizados em pesquisas.

Quanto ao descarte, encontra-se previsão, mais uma vez, Na Resolução 2168/17 do Conselho Federal de Medicina, a qual admite o descarte de embriões criopreservados com três anos ou mais, conforme vontade expressa dos pacientes, bem como no caso de abandono pelo mesmo período.

Por fim, a gestação por substituição ocorre quando um casal, por problemas verificados na mulher quanto à possibilidade biológica de levar a termo uma gestação, ou por se tratar de casal homoafetivo formado por dois homens, encarrega uma mulher, fora da relação, de gerar a criança pretendida, podendo ocorrer ou não a correspondente doação de óvulos para tal procedimento.

Inexiste lei que trate do assunto no ordenamento jurídico brasileiro, sendo tal possibilidade regulamentada também pela Resolução 2168/2017, do Conselho Federal de Medicina, que traz como requisitos: que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau e que tal cessão não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Como se pode observar, as grandes questões relacionadas à repro-

[26] ADI 3510, Relator(a): AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2008. Ementa disponível em:https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=adi%203510&sort=_score&sortBy=desc.

dução humana assistida e que interessam ao Biodireito são resolvidas com base na mencionada Resolução do Conselho Federal de Medicina, a qual não tem caráter cogente, por não se tratar de lei, o que empodera a necessidade de regulamentação da matéria no âmbito legal, ou até mesmo constitucional.

Existe projeto de lei quanto ao assunto, Projeto de Lei 1.184/2003, mas este conta com cerca de 19 projetos apensos, o que demonstra a dificuldade de regulamentação da matéria e a polêmica envolvida.

5.2 O ASPECTO CONTRATUAL E RESPONSABILIDADE

Ao tratarmos de técnicas de reprodução humana assistida, um aspecto que importa ao Direito é o aspecto contratual, em decorrência dos negócios jurídicos que se estabelecem entre paciente, médico, clínica de reprodução humana assistida e, eventualmente, da mulher que cede o útero temporariamente.

E, devido à natureza do objeto do contrato, qual seja, o nascimento de um ser humano, alguns outros negócios jurídicos anexos se estabelecem: caso seja necessária a doação de gametas, será estabelecido uma relação contratual anexa, assim como, caso seja necessária a criopreservação dos embriões, ou a gestação por substituição.

Beatriz Capanema Young[27] explica que, segundo doutrina majoritária, a relação que se estabelece entre o médico e o paciente é uma relação de consumo de meio, pois este não pode garantir o sucesso do tratamento, respondendo, portanto, o médico, apenas nos casos que agir ilicitamente. Além disso, três sujeitos surgem desta relação, quais sejam, o consumidor (paciente), o fornecedor (clínica de reprodução humana) e o prestador do serviço (médico).

[27] YOUNG, Beatriz Capanema. Os contratos nas técnicas de reprodução humana assistida. In: *Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida*/ Ana Carolina Brochado... [et. Al.]. Coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida – Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

5.3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO UM DIREITO A SER EFETIVADO PELO ESTADO

Como visto anteriormente, ao Biodireito não cabe apenas questões emergentes como as acima expostas, mas deve se preocupar também com questões permanentes, que no campo da reprodução humana assistida diz respeito à acessibilidade a tais técnicas, a quais exigem na maioria das vezes altos investimentos.

> A lei que regula o planejamento familiar traz as seguintes previsões em seus artigos 3º, Parágrafo Único, inciso I e 9º:
>
> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.
>
> Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no **caput**, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:
>
> I - a assistência à concepção e contracepção;
>
> Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.
>
> Parágrafo único. A prescrição a que se refere o **caput** só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

Assim sendo, no que diz respeito ao campo da reprodução humana assistida, verifica-se a tentativa de concretização de um dos princípios da bioética, qual seja, o da justiça, pois já há previsão legal e implementação de tal política pelo Estado de oferecimento das técnicas de reprodução humana assistida pelo Sistema Único de Saúde.

Em que pese a questão da reserva do possível poder limitar a efetivação de tal política no âmbito da saúde, tais previsões demonstram que as questões bioéticas de fato influenciam na positivação dos direitos, e colaboram para a concretização dos direitos constitucionais previstos, como ocorre na questão da reprodução humana assistida e a positivação de seu

oferecimento de suas técnicas pelo Estado no intuito de se ver efetivada a garantia ao livre planejamento familiar

CONCLUSÃO

O Biodireito é o ramo do direito que cuida do processo vital humano, no qual se inclui, portanto, as questões de reprodução humana assistida. Esta, por sua vez, muitas vezes se mostra como requisito essencial para que uma família efetive o plano de ter filhos.

O planejamento familiar é assegurado constitucionalmente, e o ordenamento jurídico já traz mecanismos para sua efetivação no que diz respeito às técnicas de reprodução humana assistida, devendo estas estarem asseguradas pelo Estado às famílias com problemas de infertilidade e esterilidade.

Tais previsões legais se coadunam com os princípios da Bioética, especialmente no que diz respeito ao princípio da justiça, que visa proporcionar os avanços biotecnológicos a um maior número de pessoas possível, a fim de se atingir uma justiça social.

Dessa forma, é possível identificar a positivação das questões de Biodireito na efetivação de garantias asseguradas constitucionalmente, com a imposição de limites necessários, como é o caso dos próprios princípios constitucionais que se apliquem aos casos concretos. São os fatos sociais, que passam a ter valoração jurídica que fazem com que, aos poucos, se concretize esse novo ramo do Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMEIDA, Vitor. **O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional.** Disponível em: **https://openaccess.blucher.com.br/article-details/19-21248** Acesso em 10 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei n. 8069 de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

_____. **Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 10 jun. 2021.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. Atlas. Edição do Kindle

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha Pereira. **Princípios fundamentais norteadores do direito de Família.** 3. ed. São Paulo: saraiva, 2016.

ROCHA, Renata da. **Fundamentos do Biodireito.** – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. . ed. Indaiatuba - SP: Editora Foco, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. v. 5. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

YOUNG, Beatriz Capanema. **Os contratos nas técnicas de reprodução humana assistida**. In: Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida/ Ana Carolina Brochado... [et. Al.]. Coordenado por Heloisa Helena Barbosa, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida – Indaiatuba – SP: Editora Foco, 2021.

CAPÍTULO DOIS

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SUA RELAÇÃO COM A LIBERDADE RELIGIOSA

THE CONSTITUTIONALIZATION OF PRIVATE LAW AND ITS RELATIONSHIP WITH RELIGIOUS FREEDOM

RODRIGO PELLEGRINO

Mestrando em Direito pela Faculdade Autônoma do Direito de São Paulo. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Minas Gerais (FACUMINAS). Pós-graduado em Direito Constitucional e Político pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU). Pós-graduado em Teologia pelo Centro Adventista de São Paulo (UNASP).
E-mail: prof.rodrigopellegrino@gmail.com

SUMÁRIO: Introdução. 1. Conceitos. 1.1. Constituição. 1.2. Direito constitucional. 1.3. Direitos fundamentais. 1.4. Direito público e direito privado. 1.5. Constitucionalização. 1.6. Liberdade religiosa. 2. Panorama histórica da constitucionalização. 3. Eficácia da constitucionalização do direito privado. 3.1. Teorias da constitucionalização do direito privado. 3.2. A dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito privado. 3.3. A constitucionalização do direito privado nas relações trabalhistas. Conclusão.

RESUMO: Diante da complexidade das relações no mundo contemporâneo, e diversas situações em que grupos minoritários perdem sua voz; em uma ampla gama de circunstâncias onde os direitos fundamentais são ameaçados e até cerceados nas relações privadas, a constitucionalização do direito privado se torna uma realidade necessária. Neste contexto se faz necessária a Constitucionalização do Direito Privado nas questões que englobam o direito fundamental da Liberdade Religiosa; em diversos cenários, em uma ampla gama de relações particulares, inclusive nas de cunho trabalhista, em prol da dignidade da pessoa humana, e de uma tutela mais efetiva da liberdade religiosa, mister se faz a constitucionalização para contemplar tais situações.
Palavras-chave: Constitucionalização, Direito Privado, Liberdade Religiosa.

ABSTRACT: Faced with the complexity of relationships in the contemporary world, and several situations where minority groups lose their voice; in a wide range of circumstances where fundamental rights are threatened and even curtailed in private relations, the constitutionalization of private law becomes a necessary reality. In this context, the Constitutionalization of Private Law is necessary in matters that encompass the fundamental right of Religious Freedom; in several scenarios, in a wide range of private relationships, including those of a labor nature, in favor of the dignity of the human person, and of a more effective protection of religious freedom, constitutionalization is necessary to contemplate such situations.
Keywords: Constitutionalization, Private Law, Religious Freedom.

INTRODUÇÃO

De forma hodierna, a constitucionalização do direito privado se faz imperiosa, pois é corriqueira a contemplação de inúmeras situações em que nas relações de âmbito privado, ocorrem ameaças e até violações aos direitos fundamentais, negócios são contemplados, ações práticas onde os direitos fundamentais, os preceitos constitucionais são abertamente violados.

A constitucionalização do direito privado entre neste contexto, viabilizado o respeito ao pilastra da dignidade da pessoa humana, respaldando a tutela e garantia de direitos fundamentais na relações entre os particulares, visando dar a máxima efetivada aos preceitos fundantes do Estado Democrático de Direito.

Utilizaremos uma metodologia de revisão bibliográfica e análise de casos do Supremo Tribunal Federal, que dão embasamento para a sustentabilidade da constitucionalização do direito privado, mormente no que diz respeito a liberdade religiosa.

Através de um panorama histórico e elucidando alguns conceitos fundamentais atinentes ao tema, evidenciaremos a relevância do assunto em questão, e sua indeclinabilidade na atualidade.

Em diversos contextos na relação entre particulares, mormente nas relações trabalhistas, se faz imperioso a constitucionalização do direito para tutelar, garantir a liberdade religiosa.

A constitucionalização do direito privado é imperiosa, mormente no que se conecta com a dignidade da pessoa humana.

1. CONCEITOS

Para uma melhor compreensão do tema, constitucionalização do direito privado e sua relação com a liberdade religiosa, imperioso se faz traçarmos alguns conceitos atrelados ao assunto.

1.1. CONSTITUIÇÃO

Para delinearmos uma conceituação de Constituição, iremos nos ater ao conceito trazido por Silva (2016, p. 40-41):

> A Constituição é considerada lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homens e suas respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Uma característica fundamental da Constituição é sua superioridade absoluta (TAVARES, 2020), ou seja, da supremacia, em relação às demais normas do ordenamento jurídico, ela se situa no ápice deste ordenamento, e acaba sendo a base pela qual todas as demais normas se desenvolvem e auferem sua validade.

Como norma suprema, ela traz uma imprescindível guardiã aos direitos fundamentais.

1.2. DIREITO CONSTITUCIONAL

O direito constitucional era tecido como um ramo do direito privado (TAVARES, 2020), essa classificação perde valia na atualidade, justamente pela inadequação decorrente de características próprias que emanam do constitucionalismo como é visto e praticado hoje, especialmente em virtude da supremacia da Constituição e da constitucionalização do Direito, e a forma de entender e de se aplicar o direito constitucional.

Extrairemos o conceito de Tavares (2020, p.180), que conceitua o Direito Constitucional:

> Direito que vocaciona-se à estruturação do Poder, fornecendo-lhe os contornos de atuação e limites de sua atividade, tendo sido, desde o final do século XX, o berço natural da positivação dos direitos humanos. O Direito Constitucional (escrito) identifica-se como um conjunto normativo "especial": a Constituição do

> Estado, suas leis constitucionais (no Brasil, chamadas de Emendas à Constituição) e a jurisprudência constitucional definitiva (prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e por tribunais constitucionais, na maioria dos países da Europa).

1.3. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conceituar os direitos fundamentais é uma tarefa nada fácil, é um direito de grande abrangência, vamos focar em uma conceituação estrita, com características genéricas, existem várias expressões para designá-los (SILVA, 2016), tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

> Os direitos fundamentais constituem o fundamento do próprio Estado e que, por isso e como tal, são reconhecidos pela Constituição, isto é uma definição substancial. Direitos fundamentais, ou direitos fundamentais em sentido estrito, seriam apenas aqueles que tivessem uma determinada estrutura, qual seja, a dos direitos individuais de liberdade. (ALEXY, 2015, p. 66-67)

O conceito supradito engloba uma definição conexa aos direitos fundamentais de primeira geração, direitos individuais de liberdade, os quais a liberdade religiosa está inserida.

A conceituação susodita é bem restrita, pois há direitos fundamentais de segunda geração (MENDES, COELHO, BRANCO, 2007), diz respeito aos direitos sociais; os de terceira geração atinentes a titularidade difusa e coletiva; os de quarta geração ligados a democracia, pluralismo e informação, há que entenda ainda há existência dos de quinta geração ligados a normatividade da paz, e os de sexta geração ligados por exemplo ao direito a água potável.

> Uma característica dos direitos fundamentais do homem provém do reconhecimento da superioridade deste sobre o Estado. A transcendência da personalidade humana sobre o Estado é uma verdade que não diminui a nenhum homem ou grupo de homens, nem os exalta indevidamente, visto que a todos se estende. (FRANCO, 2019, p.144)

"Os direitos fundamentais como um conjunto de valores objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos, indo além daquela expressão de um direito subjetivo em face do Estado." (CAMARGO, 2007, p.144)

1.4. DIREITO PRIVADO E DIREITO PÚBLICO

Destarte, como estamos tratando da constitucionalização do Direito Privado, indeclinável se faz traçarmos uma conceituação.

O direito privado tradicionalmente é designado como o ramo do direito que trata, disciplina os interesses do particular, do cidadão; o direito público como ramo do direito que lida, disciplina as coisas do Estado, interesses da sociedade.

Atualmente, a dicotomia direito pulico e direito privado não pode mais se sustentar a total separação entre Estado e sociedade, essa radical distinção não se opera no Estado Constitucional, que em virtude de sua estruturação e da influência do constitucionalismo, a esta dicotomia sofreu uma profunda reformulação. Dificilmente pode-se conceber situação jurídica puramente privada ou puramente publica, na medida em quem todas estão diretamente normatizadas pelo texto constitucional. (NERY JR, ABBOUD, 2020, p. 352-353)

A ideia de que (GONÇALVES, 2020) o direito público são normas que predomina o interesse geral e o privado normas de interesse do indivíduos é um ressurgimento da classificação oriunda do direito romano.

Não se pode dissociar o interesse público do interesse privado como se fossem antagônicos, na maioria das vezes, torna-se difícil distinguir o interesse protegido. As normas entrelaçam-se e interpenetram-se. Devemos lembrar que o Estado coloca-se muitas vezes no mesmo plano dos particulares, submetendo-se às normas de direito privado. Toda norma tem um escopo geral, principalmente certas normas de interesse geral inserem-se no direito privado, como por exemplo o direito de família. (GONÇALVES, 2020, p.25)

1.5. CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Diante os conceitos susoditos, podemos preceituar a constitucionalização como a atuação do Estado nas questões dos particulares, visando possibilitar o bem-estar social, por fim em elementos que gerem discriminação, e garantir o mínimo existencial.

"A constitucionalização do Direito, identifica o efeito expansivo das normas constitucionais, cujas regras e princípios se irradiam por todo o sistema jurídico." (BARROSO, 2020, p.243)

Podemos caracteriza o constitucionalismo pela sujeição das normas infraconstitucionais a normativa constitucional.

Em suma o conceito de constitucionalização está enraizado da na irradiação dos direitos fundamentais para os diversos ramos do direito, inclusive ao direito privado, fato este que nos leva a destacar o tema constitucionalização do direito privado e sua relação a liberdade religiosa.

Dando base aos elementos que caracterizam a constitucionalização destacamos Nery Junior e Abboud:

> Os direitos fundamentais constituem, primordialmente, uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] e nem pelos próprios particulares. Os direitos fundamentais ganham normatividade, e consolida-se a ideia de que existe um núcleo de direitos que é indevassável. Esse núcleo se torna indevassável, intangível e oponível contra as maiores seja particulares ou o próprio poder público. Portanto é assegurado, seja contra o particular o poder público, a proteção dos direitos fundamentais. (2020, p.354-355)

Pelo supradito, concluímos que a constitucionalização, advém do Estado constitucional, onde há uma norma hierarquicamente superior, que contempla um núcleo específico, indevassável, tido com direitos fundamentais, sendo que estes direitos e princípios penetram não só a esfera pública, mas a esfera privada, devendo o particular se sujeitar a estes preceitos fundamentais constitucionais estabelecidos.

1.6. LIBERDADE RELIGIOSA

"De todas as liberdades sociais nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do evangelho, como a liberdade religiosa" (BARBOSA, 1877, p. 01).

Para traçarmos uma conceituação do direito fundamental à Liberdade Religiosa, vamos destacar o quadro do professor Soriano (2002, p.11):

Vertentes	**Liberdade Religiosa**			
Liberdade de Consciência	É mais ampla que a liberdade de crença	É de foro individual	Engloba o direito de crer	Engloba o direito de não crer
Liberdade de Crença	Conhecida como liberdade religião ou liberdade religiosa stricto sensu	É mais restrita que a liberdade de Consciência	Possui uma dimensão social institucional	Compreende o direito: escolher, aderir, mudar de crença ou religião
Liberdade de Culto	Exteriorização da crença	Manifesta-se através de ritos, cerimonias	Reuniões podem ser em Público	Reuniões podem ser em particular (CF 1824 – só era particular)
Liberdade de Organização Religiosa	Decorre de um Estado Laico	Está sob a legislação égide da legislação civil	Está sob a legislação égide da legislação penal	Tem o direito de ter seus próprios estatutos

A liberdade Religiosa, muitos entendem que é uma liberdade que engloba outras liberdades, que seriam as vertentes supra destacadas, envolvendo as liberdades: Consciência, Crença, Culto e Organização Religiosa.

Encontramos de forma expressa os desdobramentos constitucionais da Liberdade Religiosa no artigo 5º, incisos V ao VII da Constituição Federal de 1988.

Há quem entenda que a liberdade de consciência não está inserida dentro das vertentes da liberdade religiosa (SCHERKERKEWITZ, [s.d.]); esta liberdade se relaciona de forma intrínseca as liberdades: crença; culto; e de organização religiosa.

> Na liberdade de crença a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. Mas não compreende a liberdade de embaraçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença. A liberdade de culto consiste na liberdade de orar e de praticar os atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para tanto. A liberdade de organização religiosa diz respeito à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado. (SCHERKERKEWITZ, [s.d.]);

2. PANORAMA HISTÓRICO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Ao pensar em constitucionalização, mister se faz a ideia do surgimento do constitucionalismo. A constitucionalização surgiu com o Estado Liberal e se desenvolveu no Estado Moderno? A assertiva para esta indagação é negativa. O professor Tavares (2020, p. 75) destaca que:

> É errôneo supor que o constitucionalismo surgiu apenas com o advento das revoluções modernas, que instauraram a democracia e afastaram os regimes absolutistas até então existentes. Foi Karl Loewenstein quem identificou o nascimento desse movimento entre os hebreus, que, já em seu Estado teocrático, criaram limites ao poder político, por meio da imposição da chamada "lei do Senhor". Embora se trate de um movimento bastante tímido se comparado a seu atual estágio de desenvolvimento, é preciso aceitar que aos hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo.

O Povo hebreu, descendente de Abraão, este foi chamado de hebreu[1], após 430 anos de escravidão no Egito, passaram pelo êxodo, recebeu a "lei do Senhor" para se organizar em sociedade, isto aconteceu por volta do ano 1445 a.C (antes de Cristo).[2]

Na Grécia antiga (Tavares, 2020), com a figura da Cidade-Estado, se deu o começo de uma racionalização do poder. De forma hodierna é o único exemplo concreto de regime constitucional, entre governantes e governados, que havia uma democracia direta.

[1] A Bíblia (Nova Versão Internacional) no livro de Genesis 14:13, relata " Abrão o hebreu", o povo hebreu é descendente de Abrão, que mais tarde se chamaria Abraão, pai de nações.

[2] BÍBLIA, de Estudo Arqueológica. Nova Versão Internacional. Antigo e Novo Testamento. Tradução: Claiton André Kunz. São Paulo: Vida, 2014.p.106.

> O regime constitucional grego estabelecia diferentes funções estatais, distribuídas entre diferentes detentores de cargos públicos, que eram escolhidos por sorteio, para tempo determinado, sendo permitido o acesso a esses cargos a qualquer cidadão. No entanto, tal fase do constitucionalismo foi interrompida por longo período de concentração e abuso de poder, que tomou conta de todo o mundo. (Tavares, 2020, p. 75),

O abuso do poder, a concentração de poder nas mãos de uma autoridade centrada, minou a força do constitucionalismo; com o advento do período medieval, o autoritarismo, o absolutismo levou por séculos afins o engavetamento do constitucionalismo.

Na idade Média (Tavares, 2020) os indivíduos estavam sob a tutela de regimes absolutistas, lhes eram vedados qualquer forma de participação. Os governantes eram vistos como entidades divinas para exercer o comando do povo e gerir o aparelho estatal livre de quaisquer limitações, suas decisões eram consideradas acima das leis, ou seja, seus atos não se submetiam ao controle jurídico.

A norma é um elemento imprescindível para organizar a vida em sociedade, regrar as relações humanas, impor limites aos governantes, prover o bem comum e gerenciar conflitos, neste sentido Bobbio (2003, p.18) menciona:

> São regras de conduta tanto os dez mandamentos quanto as prescrições do médico, tanto os artigos de uma Constituição quanto as regras do xadrez, tanto as normas de direito internacional, que estabelecem como devem comportar se os Estados em suas relações recíprocas, tanto as normas religiosas para o bom proceder nesta vida quanto às regras de trânsito para mover-se no tráfego sem acidentes. Todas essas regras são muito diversas pelas finalidades que perseguem, pelos sujeitos a quem se dirigem. Mas todas têm em comum um elemento característico que consiste, em ser proposições que têm a finalidade de influenciar o comportamento dos indivíduos e dos grupos, de dirigir as ações dos indivíduos e dos grupos rumo a certos objetivos.

No período medieval, o direito perdeu seu cunho científico, o direito canônico, caracterizado por ser um direito costumeiro, por muitos séculos, por quase um milênio, impunha a forma de viver e de gerir o Estado, neste contexto fica evidenciado a ausência de liberdade religiosa, a religião oficial impunha a crença oficial e regulava as questões de Estado.

> O amálgama de usos e costumes ia se processar durante quase um milênio. Na formação do Direito medieval, à luz das exigências éticas inspiradas pelo Cristianismo. O Direito medieval, o Direito canônico, ou seja, do Direito da Igreja, é ainda um Direito costumeiro e de caráter local. Esse Direito vigorou durante vários séculos. (REALE, 2002, p.150)

Reale (2002, p.54) ainda destaca que: "Cada chefe de Estado passou a se atribuir o direito de intervir na vida particular dos cidadãos, a fim de indagar das suas convicções religiosas."

Ninguém pode estar acima da norma, o constitucionalismo veio para coibir o absolutismo, organizar de forma mais democrática o Estado e franquear direitos fundamentais, entre estes a liberdade religiosa, que há tempo era cerceado aos indivíduos.

Na Inglaterra, nação que originou o sistema da Common Law, Identifica-se o ressurgimento do constitucionalismo ainda na idade média.

Houve uma série de acontecimentos que levou a culminância para o constitucionalismo surgir em seio britânico. Em seus primórdios (Tavares, 2020), no ano de 1215, a concessão da Magna Carta, e, posteriormente, em meados do século XVII, a luta entre o Rei e o Parlamento, com a *Petition of Rights*, de 1628, as revoluções de 1648 e 1688 e o *Bill of Rights*, de 1689; sendo esta petição um documento atrelado as liberdades públicas.

A Inglaterra através de um processo longo, lento e progressivo "[...] desenvolveu a construção das instituições constitucionais, substituindo, uma Monarquia Constitucional, em contraposição à Monarquia Absolutista anteriormente vigente." (TAVARES, 2020, p.76)

O sujeito passivo dos direitos fundamentais sempre foi o poder público (CAMARGO, 2007) , com o fim dos regimes absolutistas e com os ideais da revolução francesa: liberdade, igualdade e fraternidade; tais direitos surgiram como fundamentais de primeira geração, impondo ao Estado prestações negativas, de não agir em certas aéreas para não violar direitos reconhecidos.

Com a revolução industrial no século XIX, verificou-se que esta posição inerte do Estado era insuficiente, e havia a necessidade de atuação estatal, frente a direitos econômicos, sociais e culturais.

Podemos destacar que a ideia de constitucionalização do direito (CAMARGO, 2007), surgiu na Alemanha, a partir das décadas de 40 e 50 começou a se questionar se somente o Estado era o sujeito passivo de direitos fundamentais.

A visão verticalizada dos direitos fundamentais, a relação entre Estado e o indivíduo começou ser ampliada, pois veio à tona a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, surgindo o seguinte questionamento:

> As normas constitucionais, consagradoras dos direitos, liberdades e garantias, devem ou não ser observadas e cumpridas pelas pessoas privadas (individuais ou coletivas) quando estabelecem relações jurídicas com outros sujeitos de direito privado? (CAMARGO, 2007, p. 138)

A Revolução Industrial (FRANCO, 2020), teve papel primordial para lançar as bases do constitucionalismo não só no Brasil, mas em todos os países do mundo ocidental; esta revolução abriu as portas para o capitalismo e para a filosofia liberal. Gerando precedentes econômicos e intelectuais que se encontram na base do constitucionalismo liberal.

O neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional (LENZA, 2021), está ligado a uma ampla gama de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, como marco histórico, a formação constitucional do Estado de direito, sendo que sua concretude ocorreu no fim das décadas do século XX; a centralidade dos direitos fundamentais e o conexão entre Direito e ética, possibilitaram uma série de mudanças que deram força normativa a constituição.

Neste prisma, podemos depreender que a constitucionalização ganha concretude, de modo histórico, com a força normativa constitucional, advinda do neoconstitucionalismo.

A Constitucionalização do Direito, está atrelada a ampliação da jurisdição constitucional (LENZA, 2021) e o desenvolvimento de uma novo imperativo da interpretação constitucional. Esse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo da aludida constitucionalização.

Podemos inferir que a constitucionalização do direito privado, das normas que regem a tratativa entre particulares, é resultado de um processo longo e duradouro.

Na Comunidade Europeia ocorreu um processo singular da constitucionalização do direito, Souza Neto e Sarmento (apud LENZA, 2021, p.277-278) vislumbram

> Analisando a União Europeia, "(...) um processo de 'constitucionalização' do Direito Comunitário europeu, pelo qual este vem ganhando características *sui generis*, que se aproximam daquelas tradicionalmente atribuídas às constituições estatais. Porém, não há como vislumbrar, pelo menos até o momento, a existência de um verdadeiro poder constituinte europeu, sobretudo no sentido de democrático, de um poder constituinte do povo".

De forma hodierna, no ordenamento jurídico brasileiro, a constitucionalização do direito privado é uma realidade em ascendência.

O direito constitucional de forma atual (FIGUEIREDO, 2009) tem reconhecido a expansão da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas. A eficácia de produção de efeitos não abrange de forma exclusiva as relações verticais (do particular frente ao Estado), mas as horizontais também (entre particulares) — esta aplicabilidade está em sintonia com a carta magna brasileira.

De forma contemporânea, podemos inferir a constitucionalização do direito atinente ao direito fundamental da liberdade religiosa nas relações nas relações educacionais de âmbito público e privada, conforme regra a lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

A referida lei, estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, teve o art. 7º-A, inserido pela lei 13.769, de 3 de janeiro de 2019, que altera a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, para fixar, em virtude de escusa de consciência, prestações alternativas à aplicação de provas e à frequência a aulas realizadas em dia de guarda religiosa.

O Constitucionalismo coetâneo tem dedicado atenção especial (RODRIGUES, 2014) nas questões atinentes a religião, e isto engloba países do ocidente e do oriente, e tais questões, geram reflexos na relações sociais, mormente o que diz respeito a compreensão de liberdade religiosa e da laicidade do Estado.

3. A EFICÁCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Como já analisamos, a constitucionalização implica o fato que: "Os direitos fundamentais ganham normatividade, existe um núcleo de direitos que é indevassável, intangível e oponível contra as maiorias, seja até contra os particulares" (NERY JR, ABBOUD, 2020, p. 354-355)

A constituição federal de 1988 foi omissa, silenciou-se ao tratar a vinculação dos direitos fundamentais ao direito privado; todavia a constituição portuguesa, art. 18, I; previu expressamente esta vinculação:

> Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. No Brasil, diante a omissão do texto constitucional, é possível vincular os particulares aos direitos fundamentais. O fundamento da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado para suprir o vazio deixado pela omissão normativa. (CAMARGO, 2007, p.139-140)

Não seria possível obrigar a sociedade um dupla ética, (CAMARGO, 2007) onde um mesmo comportamento, ligado a desdobramentos morais imprescindíveis, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, ficando ao arbítrio dos indivíduos, quando em contato mútuo.

> A própria Constituição Federal inicia o capítulo I, do Título II, com a expressão: "Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos", o constituinte não estatui apenas direitos, mas deveres aos destinatários dos direitos fundamentais. Os deveres decorrentes dos direitos fundamentais, gera ao titular destes direitos individuais o dever de reconhecer e respeitar o direito do outro, bem como o dever de se comportar, nas relações inter-humanas, como postura democrática, entendendo que a dignidade da pessoa humana do próximo deve ser exaltada como sua própria. (CAMARGO, 2007, p.141-142)

A eficácia da constitucionalização das normas de direito privado, a irradiação dos preceitos constitucionais de direitos fundamentais, irradiam de forma evidente para o direito privado.

Adentrado na ótica da constitucionalização do direito e a liberdade religiosa; é valido lembrarmos que o Império Romano adotou uma religião oficial, o catolicismo, e a figura papal entrou em cena e figurou como parte

integrante do poder, a ramificação do direito público perdeu a identidade, perdeu sua força, e os ideais de liberdade se perderam no decorrer do tempo.

"O direito romano se estendera do mediterrâneo até o Mar do Norte, de Bizâncio à Bretanha, direito o qual a Igreja vivera e sobre o qual o direito canônico se fundará." (DAVID, 2002, p.358).

Por séculos, o direito romano, base da civil law, do direito positivado, esteve sob a égide de uma religião oficial, que influenciou legislações ao redor do mundo; não havia uma norma hierarquicamente superior para limitar os abusos de poder e muito menos tutelar direitos fundamentais; entre estes a liberdade religiosa.

A constitucionalização, se fez imperiosa para enfraquecer esta estrutura jurídica oriunda dos tempos medievais.

Todavia, é notório que onde há uma religião oficial, mesmo existindo uma norma superior que tutele liberdades fundamentais, a liberdade religiosa é comprometida, neste sentido, o Brasil "na constituição de 1824 continuou adotando a religião católica como a religião do império. A rigor, no Império, não havia liberdade religiosa em toda a sua extensão" (ALTAFIN, 2007, p. 13)

O Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Ministro Gilmar Mendes, expressou o entendimento que expressa uma corrente majoritária (FIGUEIREDO, 2009) onde se reconhece a oponibilidade dos direitos fundamentais não só na relação indivíduo e Estado (vertical), mas também, na relação entre particulares (horizontal), englobando a chamada eficácia imediata (ou direta) dos direitos essenciais, tendo uma perspectiva dos direitos fundamentais de dimensão objetiva, exigindo do Estado uma conduta ativa de proteção a esses direitos.

> A liberdade de religião não está restrita à proteção aos cultos e tradições e crenças das religiões tradicionais (Católica, Judaica e Muçulmana), não havendo sequer diferença ontológica (para efeitos constitucionais) entre religiões e seitas religiosas. Creio que o critério a ser utilizado para se saber se o Estado deve dar proteção aos ritos, costumes e tradições de determinada organização religiosa não pode estar vinculado ao nome da religião, mas sim aos seus objetivos. Se a organização tiver por objetivo o engrandecimento do indivíduo, a busca de seu aperfeiçoamento em prol de toda a sociedade e a prática da filantropia, deve gozar da proteção do Estado. (SCHERKERKEWITZ, [s.d.])

"A liberdade religiosa foi consagrada como direito fundamental que pacificou conflitos sociais e serviu de ponto de partida na luta por todas as liberdades individuais. (PEREIRA,2007, p.99).

Pelo susodito, fica evidenciado que a liberdade religiosa, como direito fundamental que é, também está inserida na constitucionalização do direito privado, irradiando as tutelas e garantias que lhe são inerentes nas relações privadas, tendo eficácia horizontal e vertical. Esta irradiação protetiva e garantista abarca toda as religiões.

"Os direitos fundamentais também se aplicam as relações privadas, nada obstante fossem originariamente vocacionados a proteção do particular frente o Estado." (CAMARGO, 2007, p.155)

3.1 TEORIAS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

A eficácia dos direitos fundamentais na relações privadas possui duas teorias de primazia, a teoria da eficácia indireta ou mediata e teoria da eficácia direta ou imediata

A teoria da eficácia horizontal imediata (SARLET, 2009) aceita que tanto o Poder Público como a esfera privada, estão vinculadas aos direitos fundamentais, e isto não depende de regulamentação legislativa.

Pela teoria da eficácia indireta ou mediata, os direitos fundamentais aplicar se- iam as relações privadas de maneira apenas reflexa, pois a vincula atividade seria exercida "prima facie" sobre o legislador, que estaria obrigado a conformar as referidas relações de acordo com os princípios previstos na Constituição.

Pela teoria da eficácia direta ou imediata, por sua vez, os direitos fundamentais se aplicariam obrigatória e diretamente nas relações privadas, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos Poderes Públicos, notadamente o legislador. Portanto, em síntese, o que distingue uma teoria da outra e a imprescindibilidade ou não de intermediação legislativa para a concretização dos direitos fundamentais as relações privadas. (CAMARGO, 2007, p.143)

Em relação as teorias acima destacadas, que tange a aplicabilidade dos direitos fundamentais frente as relações privadas, (CAMARGO, 2007) o que distingue a teoria mediata e imediata e a imprescindibilidade ou não de intermediação legislativa para a concretização dos direitos fundamentais.

> Todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. O fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição. a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material. Como parte do movimento de constitucionalização do direito infraconstitucional, merece destaque o advento do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), o Código prevê que o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil. Nele foram positivados os ideais de celeridade, boa-fé, efetividade e justiça das decisões, o princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, legalidade, publicidade e eficiência. Também foram reforçadas as garantias constitucionais da isonomia processual, do contraditório e da fundamentação das decisões judiciais, entre várias outras disposições influenciadas pelo texto da Constituição. (BARROSO, 2020, 227-229)

3.2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

Sob o horizonte do princípio da dignidade da pessoa humana (LENZA, 2021), que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e princípio basilar de todos os direitos fundamentais (art. 1.º, III, da CF/88), é correto mencionarmos um direito civil-constitucional, analisado o direito privado sob a ótica das regras constitucionais e sendo possível, em diversos casos, reconhecer a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

A Constitucionalização do Direito Privado, a norma suprema atinente aos direitos fundamentais, só justifica sua irradiação, a extensão dos preceitos fundamentais nas relações privadas quando uma atividade humana tenha relevância sob o ponto de vista da dignidade da pessoa humana.

Não podemos sucatear o valor dos direitos fundamentais (SARMENTO, 2020) e nem banalizar a dignidade da pessoa humana, interfe-

rindo na ação do particular, por questões que não gere dano, ou não tenha importância sob o ângulo da dignidade humana.

Sarmento (2020, p.162) destaca um exemplo que elucida o fato que a constitucionalização do direito privado, sob a ótica da dignidade humana, não se faz necessária em questões de menor relevância: "Não há problema constitucional em o Poder Público proibir que se jogue futebol em praias movimentas durante o dia, para proteger banhistas de boladas indesejadas."

A questão da ação do poder público, sobre questões particulares, sob a alegação da dignidade da pessoa humana, a aplicabilidade de preceitos fundamentais na ação do indivíduo, também precisa passar pelo crivo da relevância e proporcionalidade nas questões atreladas a liberdade religiosa; podemos inferir isto com o pensamento de Reale (2002, p. 54-55):

> Cada chefe de Estado passou a se atribuir o direito de intervir na vida particular dos cidadãos, a fim de indagar das suas convicções religiosas: uns queriam que seus súditos fossem católicos, outros que fossem protestantes. Houve, então, a necessidade de uma delimitação clara da zona de interferência do poder público – o que só seria possível através de uma distinção entre o mundo jurídico e o mundo moral e religioso. Nenhum cidadão pode ser processado pelo simples fato de pensar, nem pode ser obrigado a ter esta ou aquela crença. A coação somente surge no momento em que a atividade do indivíduo se projeta sobre a dos demais indivíduos a ponto de causar-lhes dano.

A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique o próximo, ações de indivíduos que repercutem sobre outros indivíduos podem ser limitadas pelo Direito. (NERY JUNIOR E ABBOUD, 2020)

O princípio da dignidade da pessoa humana, também é aplicado em matérias que abarcam a liberdade religiosa (BARROSO, 2020), envolvendo questões de igualdade e escolhas existenciais.

Em relações as compressões religiosas (SARMENTO, 2020), se faz necessário a neutralidade, e esta está atrelada a laicidade; todavia o Estado, frente a certas situações, em prol a dignidade da pessoa humana, é preciso intervir nas relações particulares, em situações ligadas ao direito fundamental da liberdade religiosa.

Podemos, portanto, inferir que o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamenta a constitucionalização do direito privado, abarcando questões de liberdade religiosa também.

Acompanhando o raciocínio supradito, isto não minimiza a autonomia privada, esta autonomia não se limita ao campo negocial, "há searas que não se restringe a esfera negocial, ou ao campo das obrigações, e sim abarcar questões existências da vida da pessoas, em diversos campos, afetivo, religioso, profissional, etc." (SARMENTO, 2020, p.142)

A ligação entre autonomia privada e dignidade é constantemente posto em voga na jurisdição constitucional de todo mundo. A ideia de autonomia traz o preceito que as pessoas são livres para postular seus planos de vida (SARMENTO, 2020), esta autonomia é exercida quando o indivíduo exerce seu direito de liberdade religiosa e se filia a uma igreja.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

Não vamos neste momento, adentrar nas teorias que delimitam se o direito do trabalho é ramo do direito público ou privado, de forma acentuada o entendimento majoritário é que tal ramo do direito é privado, passivo e necessário passar pelo fenômeno da constitucionalização.

Como já supra destacado (TAVARES, 2020), o povo hebreu, estabeleceu limites ao poder político, por meio da observação da Lei de Deus, todavia se trate de um movimento bem limitado se comparado a seu atual estágio de desenvolvimento, é preciso aceitar que os hebreus se deve a primeira aparição do constitucionalismo.

É válido destacarmos que o repouso semanal tem origem religiosa atinente ao povo hebreu (NASCIMENTO, 2014); povo este como já destacado foi o precursor da constitucionalização, a descansavam semanalmente de seus a fazeres nos dias de sábado. Segundo as Escrituras Sagradas, Deus, ao criar o mundo, repousou no sétimo dia (Genesis 2:2,3). Com Moises esta determinação do descanso semanal no dia de sábado ficou positivada (Êxodo 20:4-11).

> O descanso nos sábados subsistiu entre os hebreus e primeiros cristãos, pelo menos até a morte de Cristo, e a partir dessa época a celebração dos sábados, proveniente da voz hebraica *sabbath*, que significa descanso, foi substituída pela Igreja Católica pelo descanso no domingo, do latim dies *domini,* que quer dizer celebrar o dia do Senhor para recordar a Ressurreição de Jesus Cristo, ocorrida num domingo. O primeiro preceito civil que reconhece o descanso dominical provém, segundo os historiadores, do Imperador Constantino, no ano de 321, ao proibir, nos domingos, toda e qualquer espécie de trabalho, exceto as atividades agrícolas. (NASCIMENTO, 2014, p. 695)

Os direitos fundamentais do cidadão não mais se limitam a liberdades negativas destinadas a impedir a ingerência do Estado. "A evolução do constitucionalismo assegurou que aos diretos fundamentais fossem agregados direitos de natureza sociais que permitem exigir prestações positivas, surgindo também novos direitos de natureza inclusive difusa." (NERY JR, ABBOUD, 2020, p.352-353)

Com as reflexões supraditas, com base nos aludidos autores, é concreta a influência que podemos ter que a constitucionalização do direito privado, mormente nas relações trabalhista é imprescindível, para resguardar o direito fundamental de liberdade religiosa.

A constitucionalização do direito privado, onde os preceitos fundamentais irradiam na relação entre particulares, sob a ótica da liberdade negativa, engloba sem tosquenejar as relações laborais, podemos inferir isto com o pensamento de Sarmento (2020, p.152):

> A liberdade negativa é concebida como um direito a uma abstenção. Porém, se pensarmos na perspectiva das relações privadas, há o dever positivo do Estado de proteger a autonomia das pessoas, quando, ela esteja ameaçada ou limitada por outros particulares.

O empregado, como deveras, se encontra em uma posição de hipossuficiência na relação trabalhistas, em diversos contextos poderá sofrer limitação em sua autonomia em face de outro particular, no caso, o empregador; esta situação pode ser evidenciada de modo cristalino nas questões atinentes a liberdade religiosa.

O termo eficácia vertical não retrata com fidelidade o tema (CAMARGO, 2007), pois nas relações entre particulares, seja nas relações trabalhistas ou nas consumeristas, não vemos um situação de igualdade, parece mais uma relação verticalizada, igual a que existe entre o poder público e o particular.

A constitucionalização do direito nas relações de trabalho, não se faz prescindível, ela é imperiosa para tutelar o exercício da liberdade religiosa nas questões trabalhistas; podemos destacar em princípio duas vertentes: os dias de culto, dias os quais o trabalhador tem como crença e consciência que é dia santo; e o direito de não aderir a uma determinada crença ou religião.

Os dias de guarda, dias considerados como santos, podemos destacar entre as religiões do livro, as religiões monoteístas, três grupos: os católicos e maioria cristã seria o domingo, sendo este o grupo majoritário; os judeus e os cristãos sabatistas, seria o dia de sábado; para o islamismo a sexta-feira.

Mister se faz, para o empregador, adaptar dentro de suas possiblidades, flexibilizar, facilitar para o trabalhador, condições para que este exerça suas práticas de crença no dia que considera como santo, como dia de guarda.

A facilitação, a flexibilidade susodita, pode ocorrer de diversas formas de acordo com a realidade da empresa; seja por alteração do turno de trabalho ou de plantões, seja por meio do remanejamento de função ou até transferência de setor.

A Suprema Corte Brasileira, já proferiu posicionamento da aplicabilidade da constitucionalização do direito privado na seara trabalhista, exemplo disto está no Recurso Extraordinário n. 161243-6 a questão trazida ao Pretório Excelso dizia respeito a uma reclamação trabalhista proposta por Joseph Halfin em face da *Compagnie Nationale Air France*:

> CONSTITUCIONAL - TRABALHO - PRINCÍPIO DA IGUALDADE - TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO - Constituição Federal, 1967, art. 153, s 1'; Constituição Federal, 1988, art. 5º, caput - 1. Ao recorrente, por

> não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: Constituição Federal, 1967, art. 153, s 1"; Constituição Federal, 1988, **art.** 5º, caput). 2. A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., e inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Celio Borja, RTJ 1191465.3. Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. R.E. conhecido e provido. (CARMAGO, 2007, p.155)

O STF, evidenciou a constitucionalização do direito em questões trabalhistas ligada a liberdade religiosa, nos julgados:

> O primeiro caso julgado (RE 611874) originou-se do Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF. O recorrido foi o adventista Geismário Silva dos Santos, que impetrou o MS perante o TRF da 1ª Região, contra ato da presidente daquela corte, visando a garantir sua participação na prova prática de capacidade física, em um local que previa a realização do mesmo exame em um domingo, de modo que não ofendesse sua crença. O segundo caso (ARE 1099099) iniciou-se com a impetração do mandado de segurança pela adventista Margarete da Silva Mateus Furquim contra ato do prefeito municipal de São Bernardo do Campo (SP), por ter sido exonerada, acusada de não ter cumprido requisito da assiduidade, por faltas no período de sua guarda religiosa. Por essas razões, solicitava a decretação de nulidade do ato exoneratório e a reintegração ao cargo de professora da educação básica (EJA). [3]

Extraindo parte do inteiro teor da decisão proferida pelo STF, referente aos processos susoditos, a corte em síntese concluiu:

> No caso da prestação de concursos públicos, questão ligada o candidato Geismario, a suprema corte garantiu: "que é possível a realização de etapas de concursos públicos em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca escusa de consciência e crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da operação e a preservação da igualdade entre todos os candidatos".
>
> Na situação que envolve o estágio probatório, demanda ligada a Margarete, a tese final declarou: "é possível à administração pública, inclusive em estágio probató-

[3] https://www.conjur.com.br/2020-dez-01/opiniao-liberdade-religiosa-sabatistas-administracao#_edn4

> rio, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da operação e não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções"[4]

A Constitucionalização do direito nas relações de trabalho, já foi aplicada pela Suprema Corte Brasileira, como evidenciado no acordão supradito, em relação laboral que está ligada ao direito fundamental da liberdade religiosa, regida por preceitos dominantes de direito público, eficácia vertical.

Todavia a constitucionalização do direito privado, eficácia horizontal, nas relações trabalhistas se faz necessária também, pois os mesmos princípios fundamentais atinentes a liberdade religiosa adotados na relação trabalhista diante o Estado, devem ser aplicados também entre particulares.

> Não seria possível abrigar na sociedade uma dupla, em que um mesmo comportamento, com implicações morais relevantes, é exigido do Estado nas suas relações com os indivíduos, mas é deixado ao arbítrio dos indivíduos, quando em contato mútuo." (CAMARGO, 2007, p.141)

"Os direitos fundamentais apresentam duplo âmbito de vinculação, ao mesmo tempo que os particulares são sujeitos ativos, em determinadas situações são sujeitos passivos" (NERY JUNIOR e ABBOUD, 2020, p.370)

No que tange a eficácia, como susodito a reflexão de SCHERKER-KEWITZ, a constitucionalização do direito privado, a irradiação das garantias e tutelas ao direito fundamental da liberdade religiosa, abarca todas as religiões, não é direito exclusivo de uma religião majoritária.

Neste sentido, no que diz respeito as relações trabalhistas, o empregador deverá promover de forma empenhada adaptações para atender o exercício da religiosidade de seus funcionários, incluindo os que são adeptos à religiões minoritárias, no contexto cultural e social as quais estão inseridas.

[4] Acórdãos, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/ sjur443931/ false> Acesso em: 16 abr. 2021

Em relação a proteção dos grupos minoritários os direitos fundamentais tem um papel preponderante no que diz respeito a função contramajoritária (NERY JUNIOR e ABBOUD, 2020); função esta que assegura um posicionamento jurídico, dando garantia contra as decisões políticas de grupos maioritários.

No que tange o repouso semanal, o grupo majoritário é o dia de domingo; a própria Constituição Federal em seu art.7, inciso XV, da preferência para este repouso acontecer aos domingos; dentro do conceito de função contramajoritária, não podemos deixar de lado o direito à liberdade religiosa nas relações trabalhistas dos grupos minoritários, daqueles que por motivos de crença ou consciência tem a necessidade de realizar seu repouso em outro dia, que não seja o domingo.

A Liberdade Religiosa abrange o direito de não querer aderir, participar de uma crença ou de uma religião; a constitucionalização do direito nas relações trabalhistas, possibilita o respeito por parte do empregador a este direito.

Podemos imaginar a seguinte situação, onde há empregadores que são adeptos a uma determinada religião ou crença, e dentro da jornada laboral remunerada, abre um espaço para praticar atividades de crença, seja um culto ou um estudo doutrinário de sua religião.

Neste contexto, o trabalhador pode até passar por constrangimentos, recebendo a determinação de participar daquele momento de manifestação de crença ou de culto de seu empregador ou superior hierárquico; sob a alegação que tal ato está sendo praticado dentro do expediente de trabalho e o empregado está sendo remunerado para participação do mesmo.

O proselitismo (NETO, 2007) seria um outro desdobramento do direito fundamental de liberdade religiosa, que compreende a liberdade de divulgar crenças, manifestar e difundir a fé. Divulgar as convicções religiosas, sem o qual não faria sentido a liberdade de mudar de religião.

O empregador tem o direito de praticar o proselitismo, difundir suas convicções de crença em sua empresa, em momentos específicos, todavia não possui o direito de coibir o empregado a participar destes momentos de exteriorização de sua crença, e nem alegar que está sendo pago para tanto.

Como analisemos, necessário se faz a constitucionalização do direito privado na relações trabalhistas, em questões que estão ligadas a liberdade religiosa, principalmente no contexto de dias de guara e proselitismo religioso.

5. CONCLUSÃO

A Constitucionalização do Direito Privado é uma realidade na sociedade hodierna, imperiosa se faz para salvaguardar direitos fundamentais, abarcando o direito fundamental da liberdade religiosa.

Em diversas situações, e principalmente em situações de hipossuficiência, e em questões ligadas a grupos minoritários, a Constitucionalização do Direito Privado se faz imprescindível, para tutelar e garantir direitos fundamentais.

Em diversas questões privadas, como por exemplo nas relações educacionais, e nas relações de trabalho, indeclinável se faz a constitucionalização do direito privado, para dar o devido respaldo para que o educando ou trabalhador possa exercer seu direito de liberdade religiosa, tendo a possibilidade de exteriorizar sua crença, manifestar sua consciência.

A dignidade da pessoa humana é um alicerce imperioso que justifica a necessidade da Constitucionalização do Direito Privado.

Nas questões trabalhistas, a constitucionalização se mostra relevante, principalmente no que diz respeito ao direito de liberdade religiosa, envolvendo dias de guarda e questões de proselitismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALTAFIN, Juarez. **O Cristianismo e a Constituição**.1. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARBOSA, Rui. **O Papa e o Concílio**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elos, 1877.

BARROSO, Luiz Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BATISTA NETO, Dílson Cavalcante. MARQUES, Igor Emanuel de Souza Marques. **A liberdade religiosa dos sabatistas e a Administração Públi-**

ca. Consultório Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-01/opiniao-liberdade-religiosa-sabatistas-administracao#_edn4>. Acesso em: 16/04/2021.

BÍBLIA, de Estudo Arqueológica. Nova Versão Internacional. Antigo e Novo Testamento. Tradução: Claiton André Kunz. São Paulo: Vida, 2014.

BOBBIO, Noberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Batista. 2. Ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BRASIL. Lei Federal N. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Portal da Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/ L9394.htm. Acesso em: 05/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº **1099099** / DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Dias Toffoli**. Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 26 de novembro de 2020. Disponível em: < https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443869/false>. Acesso em 16 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611874/SP– São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli**. Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudenv cia.stf.jus.br/pages/search/sjur443931/ false> Acesso em: 16 abr. 2021.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras Complementares de Constitucional.** 2. Ed. São Paulo: Juspodivm, Editora, ano de publicação, 2007.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. (Trad. Hermínio A. Carvalho). 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Fernanda Mendonça dos Santos. **Direitos fundamentais aplicam-se a relações privadas.** Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-fev-05/stf-reconhece-aplicacao-direta-direitos-fundamentais-relacoes-privadas>. Acesso em: 22/04/2021.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 3. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 18. ed. São Paulo, Saraiva, 2020. v.1.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do tra-

balho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NETO, Jayme Weingartner. **Liberdade Religiosa na Constituição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NERY JR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Brasileiro:** Curso Completo. 2.ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Nóbrega Moura. **A primeira das liberdades: O debate político sobre a liberdade religiosa no Brasil Imperial**. Revista Desigualdade & Diversidade. Publicada em: 13/09/2007 às 18:21 Seção: Nº 1, jul./dez.2007 Disponível em: https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Rodrigo+da+N%C3%B3brega+-Moura.+A+primeira+das+liberdades%3A+O+debate+pol%C3%ADtico+sobre+a+liberdade+religiosa+no+Brasil+Imperial.+Revista+Desigualdade+&btnG=. Acesso em: 27/04/2021.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Eder Bomfim. **Estado Laico e Símbolos Religiosos no Brasil.** Curitiba: Juruá, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **O Direito de Religião no Brasil**. Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: Centro de Estudos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo5.htm#:~:text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%2C%20no%20artigo,culto%20e%20as%20suas%20liturgias>. Acesso em: 26/04/2021.

SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional,** 18. Ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

SEGUNDA PARTE

DIREITOS HUMANOS

CAPÍTULO TRÊS

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO PARA A ERRADICAÇÃO DOS LIXÕES NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

THE AGREEMENT OF CRIMINAL PERSECUTION AS AN INSTRUMENT FOR THE ERADICATION OF DUMPLINGS IN BRAZILIAN MUNICIPALITIES

ÁUREA EMÍLIA BEZERRA MADRUGA DE OLIVEIRA

Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Promotora de Justiça do Estado do Piauí.
E-mail: aureaemilia@mppi.mp.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Condições e pressupostos para oferta do acordo de não persecução penal. 2. Da política nacional de resíduos sólidos. 3. Atuação dos ministérios públicos estaduais na celebração dos acordos de não persecução penal. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo buscou demonstrar a necessidade de utilização do Acordo de Não Persecução Penal inserido pelo "Pacote Anticrime" como um instrumento efetivo para a erradicação dos lixões nos Municípios brasileiros. Entendendo as condições e pressupostos para conceção do Acordo de Não Persecução Penal inseridos no art. 28-A, do Código de Processo Penal, bem como a política nacional de aplicação dos resíduos sólidos, pôde-se explanar como se dá a atuação dos Ministérios Públicos Estaduais na celebração dos Acordos de Não Persecução Penal, notadamente através da atuação dos Centros de Apoio Operacionais de cada núcleo ministerial. O percurso metodológico do estudo em questão se ampara na observação pessoal da pesquisadora, recorrendo-se ao método de análise de conteúdo, bem como revisão bibliográfica de legislações esparsas e artigos de revistas e, ainda, de doutrinas jurídicas que tratam acerca do tema. Ao fim, conclui-se que A prática dos delitos ambientais nos Municípios que ainda possuem os chamados "lixões" para destinação dos seus resíduos sólidos é uma realidade que os órgãos de proteção ambiental vêm buscando erradicar. Associar o Acordo de Não Persecução Penal ao roteiro de atuação dos membros do Ministério Público supera as perspectivas meramente processuais e demandistas de atuação, onde se busca uma solução judicial negativa apenas após esgotadas todos os meios administrativos, políticos e extrajudiciais de superação dos delitos ambientais.
Palavras-chaves: Despenalizador. Dano. Vegetação. Poluição. Crimes. ANPP. Ministério Público.

ABSTRACT: This article sought to demonstrate the need to use the Penal Non-Persecution Agreement iserted by the "Anti-crime Package" as na effective instrument for the eradicacion of landfills in Brazilian municipalities. Undestanding the conditions and presuppositions for the design of the Penal Non-Persecution Agreement inserted in art. 28-A, f the Code of Criminal Procedure, as well as the national policy for the application of solid waste, it was possible to explain how the action of the State Prosecutors' Offices in the execution of Penal Non-persecution Agreements takes place, notably througt the action of the Centers of Operational Support of each ministerial nucleus. The methodological path os the study in question is supported by the researcher's personal observation, using the method of contente analysis, as well as a loterature review of sparse legislation and jornal articles, as well as legal doctrines dealing with the subject. At the end, it is concludend that the practice of environmental crimes in municipalities that still have the socalled "dumps" for the disposal of theis solid wast is a reality that enviromental protection agencies have been seeking to eradicate. Associating the Penal Non-Persucation Agreement with the action script of the members of the Public Prosecutor's Office goes beyond the merely procedural and demanding perspectivies of action, Where a negative judicial solution is sought Only after exhausting all administrative, political and extrajudicial means to overcome environmental crimes.
Keywords: Depenalizer. Damage. Vegetation. Pollution. Crimes. ANPP. Public ministry.

INTRODUÇÃO

O novel acordo de não persecução penal (ANPP) é uma das inovações mais importantes trazidas pela Lei nº 13.964/2019, norma legal que introduziu alterações no Código de Processo Penal e no Código Penal, sendo denominado como "Pacote Anticrime". Tendo como diretriz a justiça penal consensual, o ANPP, segundo Cunha (2020)[1] é:

> um ajuste obrigacional entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado (CUNHA, 2020).

Antes do advento da Lei nº 13.964/2019, o Conselho Nacional do Ministério Público havia editado a Resolução nº 81/2017, regulamentando a possibilidade de acordo de não persecução penal. Contudo, essa situação ensejou impugnações, através da Associação dos Magistrados Brasileiros e também da Ordem dos Advogados do Brasil, através de ações declaratórias de inconstitucionalidade (respectivamente, ADINs nº 5.793 e 5.790, ambas de 2017), cuja fundamentação era pautada no argumento de que matérias dessa natureza eram reservadas ao campo legal. Tal discussão perdeu importância com o advento do "Pacote Anticrime", que regulou o acordo de não persecução penal desde dezembro de 2019.

1. CONDIÇÕES E PRESSUPOSTOS PARA OFERTA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ANPP trouxe mudança de paradigma no tocante à atuação penal processual por parte do Ministério Público brasileiro. Afinal, no caso de uma ação penal pública, vigora o princípio da obrigatoriedade. Ou seja, o membro do *Parquet* tem o dever de oferecer denúncia, desde que provada a materialidade e que haja indícios de autoria. *Nec delicta maneant impunita,* isto é, nenhum crime deve ficar impune. O agente ministerial só pode deixar de denunciar se fundamentar o arquivamento.

[1] CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO/ Editora Juspodivm, 2020.

Desta maneira, este dever só não ocorre quando for caso de arquivamento fundamentado ou mediante autorização legal, que, neste caso, por exemplo, são os casos da transação penal, da suspensão condicional do processo, instrumentos advindos pela Lei nº 9.099/95, e pelo acordo de não persecução penal, criado legalmente pelo Pacote Anticrime.

Nesse sentido, a preciosa lição de Guilherme de Souza Nucci (2020)[2]:

> No Brasil, com a inserção do art. 28-A, atingimos cerca de quatro oportunidades para evitar a aplicação (ou do cumprimento) da pena, mediante certo requisitos e determinadas condições: a) um dos instrumentos mais antigos é a suspensão condicional da pena (*sursis*), que hoje perdeu o sentido pois a maioria dos condenados têm preferido o regime aberto – onde cumprem prisão albergue domiciliar, sem qualquer vigilância; b) transação, autorizada pela Constituição Federal (art.98, I) exclusivamente para infrações consideradas pela lei como de menor potencial ofensivo (hoje, aqueles delitos cuja pena máxima não ultrapassa dois anos ou seja contravenção penal); c) suspensão condicional do processo, voltado a crimes cuja pena mínima é de um ano (art.89, Lei 9.099+95); recebe-se a denúncia e suspende-se o feito; cumpridas as condições, julga-se extinta a punibilidade; d) atinge-se agora o *acordo de não persecução penal* , que deverá funcionar *antes* do ingresso da ação penal em juízo, mas também não envolve uma transação, pois esta somente para delitos de menor potencial ofensivo. É indiscutível ter sido perspicaz, não nomeando esse novo instituto de *plea bargain,* conferindo-lhe o caráter de acordo definitivo, sem o devido processo legal, pois seria questionada a sua constitucionalidade. (NUCCI, 2020)

Trata-se, portanto, de predomínio da jurisdição consensual sob a jurisdição conflitiva. Contudo, essa discricionariedade ministerial é regrada, de caráter limitado, tendo em vista que o Ministério Público está subordinado a alguns pressupostos legais para promover a concessão do benefício, conforme estabelece o art. 28-A do Código de Processo Penal[3], com redação trazida pela Lei nº 13.964/2019:

---

[2] NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado:** Lei 13.964, de 24.12.2019, 1 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020, pág. 60.

[3] BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h11.

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (BRASIL, 1941)

Logo, são esses os requisitos para a oferta do ANPP pelo Ministério Público[4]:

[4] Ibidem., p. 04.

> 1. Deve haver um procedimento investigatório formalizado;
>
> 2.Não pode ser caso de arquivamento (deve haver suporte probatório mínimo indiciário da autoria e prova da materialidade);
>
> 3.Que seja cominada pena mínima abstrata inferior a 4 (quatro) anos;
>
> 4.Que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa;
>
> 5.Investigado tenha confessado a prática do crime (admissão da prática da infração penal para fins de celebração do acordo). (BRASIL, 1941)

Há também pressupostos negativos, conforme prevê o § 2º do art. 28-A. Assim, não cabe o acordo de não persecução penal, de acordo com o CPP[5]:

> 1. Se for cabível a transação penal prevista na Lei nº 9.099+95, para crimes de menor potencial ofensivo, uma vez que essa situação é mais favorável ao acusado do que o ANPP;
>
> 2. Se o investigado for reincidente ou se houver elementos que indiquem que se trata de um criminoso habitual;
>
> 3. Se já foi beneficiado nos últimos cinco anos com medidas despenalizadoras (acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo);
>
> 4. Se for caso de crime que envolva violência doméstica ou crime contra a mulher, em razão do gênero feminino. (BRASIL, 1941)

Preenchidos todos os requisitos e vencidos todos os pressupostos negativos, o Ministério Público propõe o acordo de não persecução penal com o investigado, acompanhado de seu defensor, e o juiz homologa, haja vista a submissão ao controle judicial – tal controle recai sobre a voluntariedade do investigado e a legalidade do ato.

Cumpridas todas as condições do acordo de não persecução penal por parte do investigado, o órgão julgador declarará extinta a punibilidade do agente, sem quaisquer implicações quanto a antecedentes criminais e reincidência. Em caso de descumprimento, o Ministério Público deverá requerer

[5] Ibidem., p. 04.

ao juiz a rescisão do acordo, com o consequente oferecimento da denúncia criminal. Importante destacar que durante a vigência do acordo, o prazo de prescrição fica suspenso, nos termos do art. 116, IV, do Código Penal.

2. DA POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Os "lixões" urbanos a céu aberto constituem-se num sério problema ambiental e sanitário. Especificamente em relação às consequências para o meio ambiente, os danos atingem não somente o local de intervenção, mas sim toda a área de influência de seu entorno, trazendo riscos à fauna, flora e para as pessoas usuárias diretas dos recursos naturais contaminados pela ação danosa praticada.

Entre os possíveis impactos ambientais compreendem-se a poluição do solo e a possível contaminação das águas subterrâneas, pela infiltração no solo de líquidos resultantes da decomposição dos resíduos, que, ao não serem coletados, drenados e tratados, infiltram pelo solo desprotegido, alcançando os lençóis subterrâneos de água, comprometendo sua qualidade ambiental.

Afora o resíduo comum, existe ainda uma preocupação com materiais altamente contaminantes que são descartados inadvertidamente no lixo doméstico. Um exemplo disso é o das pilhas, que são comumente colocadas dentro dos sacos de lixo (que são de plástico). As pilhas contêm mercúrio, substância que representa um dos mais sérios e graves problemas de contaminação do homem e do meio ambiente. Ao ser depositado no "lixão", o mercúrio contamina a terra e a água, entrando com facilidade na cadeia alimentar, o que representa um perigo potencial para a sociedade.

Outra situação originada pelos "lixões" é a da decomposição do lixo com pouco ou nenhum oxigênio, que contribui para a formação do gás metano, representando um sério risco de incêndio nestas áreas. Como estes resíduos são apenas lançados em um local qualquer, existe também uma necessidade natural da expansão do "lixão", com a consequente derrubada gradativa da vegetação circunvizinha. Os aspectos de poluição do ar e visual também devem ser considerados, pois os "lixões" a céu aberto são fétidos e visualmente repugnantes.

Visando reverter esses fatos, há diversas formas de se obter o tratamento e destinação ambientalmente adequada dos resíduos sólidos urbanos, como a reciclagem, compostagem, incineração, criação de centros de triagens ou construção e operacionalização de aterros sanitários, tudo isso de acordo com o volume de lixo produzido e a realidade de cada Município.

A Lei nº 12.305/2010 [6]é o instrumento legal que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS e dispõe sobre os princípios, objetivos, metas, instrumentos, diretrizes e ações que devem ser observados pelos agentes sociais envolvidos (entidades públicas, sociedades empresárias e consumidores, entre outros), bem como as consequências jurídicas de não se observarem as determinações ali contidas.

Tal enunciado legal diferenciou, de forma expressa, os conceitos de resíduo e rejeito, sendo este os "resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada".

Com isso, a ideia do legislador é a de que somente cheguem aos aterros sanitários aqueles resíduos considerados rejeitos. Com fundamento nessa importante distinção, entre os muitos objetivos da Política, destacam-se o estímulo à não geração e a redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos, bem como disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos; adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas como forma de minimizar impactos ambientais; incentivo à indústria de reciclagem; integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada e estímulo ao consumo sustentável, entre outros.

O entendimento contido na lei é a de que os resíduos possuem valor econômico, de forma que o incentivo à separação dos materiais recicláveis e reaproveitáveis, reduz o volume a ser disposto nos aterros, aumentando a sua vida útil. Assim, a implantação da coleta seletiva é instrumento

[6] BRASIL. **Lei nº 12.305/2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília-DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h30min.

essencial para se atingir a meta de disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos (Art. 9°, Decreto 7404/2010[7]).

O mesmo poderia ser dito com relação à reciclagem e à compostagem, instrumentos com íntima relação com a coleta seletiva. Desta forma, a lei enfatiza que entre o pós-uso de um produto e o seu descarte final, ainda existe toda um potencial cadeia produtiva que deve ser explorada adequadamente, resultando em geração de emprego e renda, promovendo a cidadania e diminuindo os impactos ambientais negativos nos pontos de disposição final.

Os conceitos, princípios, instrumentos e objetivos trazidos pela Lei da PNRS foram expressos de forma clara, justamente para evitar dúvidas e discussões judiciais, bem como interpretações erradas ou de desconhecimento para o não cumprimento da Lei.

Com o advento da Lei nº 12.305 no ano de 2010[8], foram estabelecidos prazos para que os municípios e estados brasileiros começassem a implantar a Política Nacional de Resíduos Sólidos. O primeiro prazo legal consistia na obrigação dos municípios, até 2 de agosto de 2012, de elaborar seus planos de gestão integrada de resíduos sólidos, com as respectivas identificações ou diagnósticos de todos os resíduos gerados no município e os quantificassem para, então, planejar o que fazer com cada resíduo. O mesmo valendo para a elaboração, por parte dos estados, de seus planos estaduais de gestão ambiental.

Outro prazo estabelecido na lei se referia a 2 de agosto de 2014 e dizia respeito à implantação dos instrumentos da política nacional de resíduos sólidos e a erradicação dos lixões.

Especificamente em relação à disposição final ambientalmente adequada, uma alteração legislativa extremamente relevante acerca desse tema ocorreu em 14 julho de 2020, data em que foi sancionada a Lei 14.026/2020[9],

[7] BRASIL. Regulamenta a **Lei nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h32min.

[8] Ibidem., p. 06.

[9] BRASIL. Lei 14.026/2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)

que atualiza o marco legal do saneamento básico. Além de promover alterações em diversas legislações correlatas, esse diploma legal estabeleceu novos prazos para a adequação às disposições da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a Lei Federal 12.305/2010[10], nos seguintes termos:

> Art. 54. A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos deverá ser implantada até 31 de dezembro de 2020, exceto para os Municípios que até essa data tenham elaborado plano intermunicipal de resíduos sólidos ou plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos e que disponham de mecanismos de cobrança que garantam sua sustentabilidade econômico-financeira, nos termos do art. 29 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para os quais ficam definidos os seguintes prazos: (Redação dada pela Lei nº 14.026, de 2020)
>
> I - até 2 de agosto de 2021, para capitais de Estados e Municípios integrantes de Região Metropolitana (RM) ou de Região Integrada de Desenvolvimento (Ride) de capitais; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
>
> II - até 2 de agosto de 2022, para Municípios com população superior a 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010, bem como para Municípios cuja mancha urbana da sede municipal esteja situada a menos de 20 (vinte) quilômetros da fronteira com países limítrofes; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
>
> III - até 2 de agosto de 2023, para Municípios com população entre 50.000 (cinquenta mil) e 100.000 (cem mil) habitantes no Censo 2010; e (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)
>
> IV - até 2 de agosto de 2024, para Municípios com população inferior a 50.000 (cinquenta mil) habitantes no Censo 2010. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020) (BRASIL, 2010).

Assim, tal alteração recebeu o nome de novo marco legal, e previu também outros prazos no tocante a temas relacionados com o

competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Poder Executivo, Planalto – Brasília/DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h37min.

[10] Ibidem., p. 06.

saneamento básico, como por exemplo universalização dos serviços de esgotamento sanitário.

De acordo com Nascimento (2021):[11]

> A aprovação do novo marco regulatório de saneamento básico (Lei nº 14.026/2020) é, de fato, uma tentativa para se alcançar mudanças. Ele envolve desde propostas que versam sobre alterações de contratação, legitimando o acesso das empresas privadas às prestações de serviços, até a autonomia das agências reguladoras. É uma lei bastante polêmica. (…) Apesar de ser vista por muitos como uma "tábua de salvação" que vem para suprir uma defasagem de décadas de ineficiência de um sistema, a nova lei só vai funcionar de fato caso ocorra uma mudança de paradigma, um enfrentamento real das condições insalubres da maioria da população brasileira e uma mudança de prioridades das ações voltadas para a gestão, encarando o fato que não é apenas o montante monetário que irá resolver todas as questões.

No tocante à prestação do serviço público de gerenciamento de resíduos sólidos, a Constituição Federal prevê que a titularidade é do Município. Essa conclusão é uma decorrência do art. 30, V, da Constituição Federal[12], que impõe aos Municípios a organização e prestação, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, dos serviços públicos de interesse local, incluindo-se aí o saneamento básico, que contempla o tratamento dos resíduos urbanos.

A Lei da Política Nacional de Resíduos Sólidos, por sua vez, estabeleceu, em seu art. 10, de forma induvidosa, que os Municípios são os responsáveis pela gestão integrada dos resíduos sólidos gerados nos seus respectivos territórios, sem prejuízo das competências de controle e fiscalização dos órgãos federais e estaduais, bem como da responsabilidade do gerador pelo gerenciamento de resíduos. Logo, o Município assume dois papéis: o de gerenciar a limpeza urbana e o manejo de resíduos sólidos e o de gerir os resíduos gerados por terceiros em seu território, atuando como

[11] NASCIMENTO, Ingrid Graziele Reis do. **O 'país das maravilhas' do marco legal do saneamento**. Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2021/O-%E2%80%98pa%C3%ADs-das-maravilhas%E2%80%99-do-marco-legal-do-saneamento. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h42min.

[12] BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

verdadeira "autoridade ambiental" com relação a esses empreendimentos geradores, sem afastar, é claro, a competência dos órgãos ambientais, de vigilância sanitária e de sanidade agropecuária, assim como fazendo observar a responsabilidade de cada gerador.

Fixada a legitimidade ativa do Município para exercer esse importante serviço público, cabe destacar que, a depender da gravidade dos fatos, a responsabilidade por danos ambientais decorrentes da disposição irregular pode gerar implicações jurídicas nas esferas cível, penal e administrativa, dado que a responsabilidade ambiental engloba a indenização civil e sanções administrativas e penais.

Cabe ressaltar que essas penalidades são independentes e podem ser impostas de forma cumulativa e solidária, tanto à pessoa jurídica de direito público, quanto à pessoa física do gestor municipal. A responsabilidade civil abrange o conjunto de princípios e normas que regem uma obrigação de indenizar, sendo a expressão utilizada em qualquer situação na qual uma pessoa, natural ou jurídica, deva arcar com as consequências de um ato, fato ou negócio danoso.

Especificamente com relação ao descumprimento da PNRS, como por exemplo a disposição inadequada de resíduos sólidos, todos os agentes econômicos (sejam eles públicos ou privados) que tenham seus atos relacionados a uma ação ou omissão, estarão sujeitos a responsabilidade ambiental civil caso sejam constatados danos ao meio ambiente. De acordo com a Lei Federal 9.605/1998[13], em seu art. 70, considera-se infração administrativa ambiental toda a ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

O Decreto Federal 6.514/1998[14], em seu art. 62, estabelece que a penalidade administrativa pela não observância nas regulamentações relacionadas a resíduos sólidos (seja ela a ocorrência de qualquer tipo de

[13] BRASIL. **Lei Federal Nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998.
Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/**leis**/L9605.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h44min.

14 BRASIL**. Decreto Federal nº 6.514**, de 22 de julho de 1998. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo **federal** para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2008/2010-2007/decreto/d6514.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h46min.

poluição ou disposição inadequada de resíduos), será a imposição de multa que poderá variar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

Já com relação à responsabilidade penal, a Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal 9.605/1998[15]) tipifica quais as condutas (ações ou omissões) que constituem crime ambiental e as suas respectivas sanções, sendo que tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas (quando os crimes resultam de decisões tomadas por seus representantes ou órgão colegiado em benefício da empresa) podem ser consideras como infratoras e serem penalizadas. Nesse sentido, a Lei de Crimes Ambientais possui dispositivos com relação ao não cumprimento da PNRS:

> Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. […] Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.
>
> [...] §2º Se o crime:
>
> (...) V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos;"
>
> [...]
>
> Art. 68. Deixar, aquele que tiver o dever legal ou contratual de fazê-lo, de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental:
>
> Pena - detenção, de um a três anos, e multa.

À luz do art. 29, X, da Constituição Federal, o Prefeito Municipal possui prerrogativa de foro perante o Tribunal de Justiça. Por esse motivo, reserva-se ao Procurador-Geral de Justiça a legitimidade ativa para promover eventual processo criminal em face do gestor, e, por conseguinte, para celebrar o respectivo acordo de não-persecução penal.

[15] BRASIL. **LEI Nº 9.605**, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h48min.

Há ainda a possibilidade de responsabilização direta do Prefeito Municipal por crime de responsabilidade, como prevê o art. 1º, inciso XIV, do Decreto Lei nº 201/67[16]:

> Art. 1º, XIV: Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipal, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores: XIV - Negar execução a lei federal, estadual ou municipal, ou deixar de cumprir ordem judicial, sem dar o motivo da recusa ou da impossibilidade, por escrito, à autoridade competente;

Essa situação também pode ensejar a prática de improbidade administrativa, nos termos do art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92[17]:

> Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
>
> I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;.

Como se vê, sérias são as consequências jurídicas para o gestor municipal que descumpre os mandamentos contidos na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

3. ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS NA CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Utilizando-se do instrumento do Acordo de Não Persecução Penal, alguns Ministérios Públicos Estaduais têm celebrado com prefeitos municipais, em razão da existência de encaminhamento dos resíduos sólidos a lixões a céu aberto, sem qualquer forma de tratamento, em total des-

[16] BRASIL. **DECRETO-LEI Nº** 201, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h49min.

[17] BRASIL. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis os agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 29 de setembro de 2021, às 19h52min.

cumprimento às diretrizes estabelecidas na Política Nacional de Resíduos Sólidos, previstas na Lei nº 12.305/2010[18].

São exemplos dessa atuação os Ministérios Públicos dos Estados de Alagoas, de Pernambuco e da Paraíba, como se destacam, respectivamente, os endereços eletrônicos a seguir:

> - Encerramento dos Lixões – por uma Alagoas mais verde[19]
>
> - Projeto Institucional Lixão Zero – executado pelo CAOP Meio Ambiente, o projeto tem como proposta erradicar os locais irregulares de destinação (denominados Lixões), reduzindo os malefícios produzidos como a poluição do solo, a contaminação dos lençóis freáticos e situações sociais de risco ligadas à atividade econômica desenvolvida nestes locais.[20]
>
> - O número de municípios paraibanos que fazem a destinação correta dos resíduos sólidos aumentou de 28, em 2018, para 156, em 2021, um crescimento de mais de 550%. Esse aumento é resultado do projeto "Fim dos Lixões", desenvolvido pelo Ministério Público da Paraíba em parceria com o MPF, a Sudema, o Ibama, a Federação das Associações dos Municípios da Paraíba (Famup) e IFPB. E esse número tende a aumentar já nos próximos dias porque a situação de alguns municípios está em processo de validação. (…) O projeto consistiu na proposição aos prefeitos de acordo de não persecução penal (ANPP) no qual eles se comprometiam a parar de enviar os resíduos sólidos aos lixões no prazo de um ano e na assinatura de termo de ajustamento de conduta se comprometendo a recuperar a área degradada.[21]

O Ministério Público, nesses Estados, buscou o caminho da conciliação como forma de solucionar o problema histórico envolvendo o crime ambiental de manutenção dos lixões. Por meio dos acordos de não persecução penal, o Ministério Público agiu diante da lei infringida, mas o caminho não foi o ajuizamento de uma ação. A intenção era conciliar e encontrou-se a melhor saída jurídica para dar fim a esse grave dano ao meio

[18] Ibidem., p. 06.

[19] Disponível em <https://www.mpap.mp.br/images/CAOP-meio-ambiente/Cartilhas/ENCERRAME.pdf> Acesso em 29 de outubro de 2021.

[20] Disponível em <https://www.mppe.mp.br/mppe/comunicacao/noticias/12047-mppe-propoe-acordo-de-nao-persecucao-penal-aos-prefeitos-para-adocao-de-medidas-que-erradiquem-os-lixoes> Acesso em 29 de outubro de 2021.

[21] Disponível em <http://www.mppb.mp.br/index.php/31-noticias/meio-ambiente/23583-fim-dos-lixoes-projeto-aumenta-de-13-para-70-percentual-de-municipios-com-destinacao-correta-de-residuos> Acesso em 29 de outubro de 2021.

ambiente. Foram assinados acordos e, mesmo os gestores que preferiram não formalizar o documento, atenderam a esse chamamento coletivo.

CONCLUSÃO

O advento do Acordo de Não Persecução Penal trouxe para a atuação ministerial mais uma possibilidade de efetivar as medidas diversas da judicialização, alinhando-se com os objetivos de aliviar a quantidade de processos em trâmite no Poder Judiciário e trazendo maior resolutividade e rapidez à casos sensíveis, especialmente as demandas ambientais, de difícil perseguição judicial.

A prática dos delitos ambientais nos Municípios que ainda possuem os chamados "lixões" para destinação dos seus resíduos sólidos é uma realidade que os órgãos de proteção ambiental vêm buscando erradicar. Associar o Acordo de Não Persecução Penal ao roteiro de atuação dos membros do Ministério Público supera as perspectivas meramente processuais e demandistas de atuação, onde se busca uma solução judicial negativa apenas após esgotadas todos os meios administrativos, políticos e extrajudiciais de superação dos delitos ambientais.

Dessa forma, havendo a constatação da prática das infrações penais previstas no art. 54, § 2º, inciso V , e art. 68, *caput,* da Lei nº 9.605/98, ou seja, com a ocorrência da poluição ambiental e o descumprimento de uma obrigação ambiental legítima, abre-se a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, buscando a destinação adequada dos resíduos sólidos, com a consequente desativação do respectivo "lixão municipal", com uma remediação da área e apresentação de um plano de recuperação da área degradada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h11.

_____. **Decreto Federal nº 6.514**, de 22 de julho de 1998. Dispõe so-

bre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo **federal** para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h46min.

_____. **DECRETO-LEI Nº** 201, DE 27 DE FEVEREIRO DE 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0201.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h49min.

_____. **Lei 14.026/2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, a Lei nº 10.768, de 19 de novembro de 2003, para alterar o nome e as atribuições do cargo de Especialista em Recursos Hídricos, a Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, para vedar a prestação por contrato de programa dos serviços públicos de que trata o art. 175 da Constituição Federal, a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, para aprimorar as condições estruturais do saneamento básico no País, a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, para tratar dos prazos para a disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, a Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole), para estender seu âmbito de aplicação às microrregiões, e a Lei nº 13.529, de 4 de dezembro de 2017, para autorizar a União a participar de fundo com a finalidade exclusiva de financiar serviços técnicos especializados. Poder Executivo, Planalto – Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h37min.

_____. **Lei Federal Nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/**leis**/L9605.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h44min.

_____. **Lei nº 12.305/2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder

Executivo, Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h30min.

_____. **Lei nº 8.429**, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis os agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm.> Acesso em 29 de setembro de 2021, às 19h52min.

_____. **LEI Nº 9.605**, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h48min.

_____. Regulamenta a **Lei nº 12.305**, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm.> Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h32min.

_____. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019**: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEO/ Editora Juspodivm, 2020.

NASCIMENTO, Ingrid Graziele Reis do. **O 'país das maravilhas' do marco legal do saneamento**. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/ensaio/2021/O-%E2%80%98pa%C3%ADs-das-maravilhas%E2%80%99-do-marco-legal-do-saneamento>. Acesso em: 29 de setembro de 2021, às 19h42min.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado:** Lei 13.964, de 24.12.2019, 1 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CAPÍTULO QUATRO

ORIENTAÇÃO SEXUAL E DOAÇÃO DE SANGUE: UMA ANÁLISE DESCRITIVA DO JULGADO ADI 5543 PELO STF NO CASO DE DOAÇÃO DE SANGUE POR HSHs: DIFERENTES VISÕES

SEXUAL ORIENTATION AND BLOOD DONATION: A DESCRIPTIVE ANALYSIS OF THE JUDGMENT ADI 5543 BY THE STF IN THE CASE OF BLOOD DONATION FOR MSM: DIFFERENT VIEWS

FRANCISCO FERNANDEZ GONZALEZ JUNIOR

Mestrando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Bacharel em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado.
E-mail: fernandez@fernandezadvocacia.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Apresentação do caso ADI 5543; 1.1. Pela inconstitucionalidade das regras impugnadas; 1.1.1. Da ofensa à Dignidade da Pessoa Humana; 1.1.2. O princípio da proporcionalidade; 1.1.3. O direito constitucional à igualdade (art. 5º, *caput*, CF/88); 1.1.4. O propósito federativo de construir uma sociedade livre e solidária (art. 3o, I, CF/88), bem como o de promover o bem de todos (art. 3o, IV, CF/88); 1.1.5. A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), o Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013); 1.2. Pela constitucionalidade das regras impugnadas; 1.2.1. Ausência de discriminação; 1.2.2. Da necessidade de proteção da saúde pública; 2. Resultado final. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo apresenta uma análise descritiva das correntes jurisprudenciais formadas durante o julgamento proferido na ADI 5543 – que trata sobre a (in) constitucionalidade de regras administrativas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) que restringem o direito dos HSHs, e/ou com relação a suas parceiras sexuais, de realizarem a doação de sangue.
Palavras-chave: Igualdade, discriminação, inconstitucionalidade, proporcionalidade e saúde pública.

ABSTRACT: This article presents a descriptive analysis of the jurisprudential currents formed during the judgment handed down in ADI 5543 - which deals with the (un)constitutionality of administrative rules of the Ministry of Health and the National Health Surveillance Agency (ANVISA) that restrict the right of MSMs to perform the blood transfusion.
Keywords: Equality, discrimination, unconstitutionality, proportionality and public health

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa realizar uma análise descritiva do acórdão proferido na ADI 5543, trazendo as correntes jurisprudenciais formadas neste julgado, quais trataram da (in)constitucionalidade de regras jurídicas que impõem limitação temporal aos homens que mantém atividade sexual com outros homens para o ato de doação de sangue.

Assim, inicialmente, serão apresentados os referidos textos normativos impugnados, com os fundamentos da petição inicial pela inconstitucionalidade.

Posteriormente, traremos a primeira corrente jurisprudencial que se formou no julgamento do presente caso, defendendo a inconstitucionalidade das regras limitadoras do direito dos HSHs de exercerem o ato da doação de sangue.

Na sequência, apresentaremos a segunda corrente formada pelos Ministros que entendem pela constitucionalidade das regras apontadas pelo fato de ser necessária a proteção da saúde pública e pela inexistência de qualquer discriminação no caso em tela.

Por fim, será trazido o resultado final da presente demanda com as conclusões do trabalho.

1.APRESENTAÇÃO DO CASO ADI 5543

Trata-se de Ação Direita de Inconstitucionalidade apresentada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), em 07/06/2016, com o fim de ser reconhecida a inconstitucionalidade da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e da Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), que determinam a restrição ao ato de doação de sangue dos homens que mantem relações sexuais com outros homens (HSHs) e/ou com suas parceiras sexuais, sendo necessário que permaneçam 12 meses sem terem relações sexuais anteriormente à doação do sangue.

> Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde
>
> Art. 64. Considerar-se-á inapto temporário por 12 (doze) meses o candidato que tenha sido exposto a qualquer uma das situações abaixo:
>
> (…)
>
> IV – homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes.
>
> Resolução da Mesa Diretora Colegiada 34/2014 da ANVISA:
>
> Art. 25. O serviço de hemoterapia deve cumprir os parâmetros para seleção de doadores estabelecidos pelo Ministério da Saúde, em legislação vigente, visando tanto à proteção do doador quanto a do receptor, bem como para a qualidade dos produtos, baseados nos seguintes requisitos:
>
> (...)
>
> XXX - os contatos sexuais que envolvam riscos de contrair infecções transmissíveis pelo sangue devem ser avaliados e os candidatos nestas condições devem ser considerados inaptos
>
> temporariamente por um período de 12 (doze) meses após a prática sexual de risco, incluindo-se:
>
> (…)
>
> d) indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo e/ou as parceiras sexuais destes.

O que é defendido na exordial, resumidamente, é que os mencionados documentos abalroam diversos dispositivos constitucionais, quais sejam, (a) a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); (ii) o princípio constitucional da proporcionalidade; (iii) o direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CF/88) e (iv) o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, consubstanciado na promoção do bem de todos sem preconceitos ou formas de discriminação (art. 3º, IV, CF/88).

A seguir apresentaremos as duas teses propostas pelo Tribunal para a análise do presente caso:

Uma primeira que estuda o reconhecimento da dignidade da pessoa humana do homem que mantém relações sexuais com outros homens (HSHs) e/ou com suas parceiras sexuais e a aplicação do princípio constitucional da igualdade às normas legais impugnadas, impedindo as restri-

ções em tela. Uma segunda que parte da necessidade de proteção da saúde pública e, por consequência, estuda os dados estatísticos de HSHs portadores de HIV e a maior possibilidade do sangue, objeto da doação, estar contaminado, exigindo restrições.

1.1.PELA INCONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS IMPUGNADAS

Pelos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia foi defendido que o artigo 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde e o art. 25, XXX, 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) são normas jurídicas inconstitucionais porque ofendem**: (i) a Dignidade da Pessoa Humana; (ii) o princípio da proporcionalidade; (iii) o direito constitucional à igualdade (art. 5o, caput, CF/88); (iv) o propósito federativo de construir uma sociedade livre e solidária (art. 3o, I, CF/88), bem como o de promover o bem de todos (art. 3o, IV, CF/88); (v) a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Civis e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância**.

Neste momento, o artigo se propõe a analisar cada um dos fundamentos pela inconstitucionalidade desta linha de pensamento, trazendo aspectos da pesquisa, bem como dos próprios Ministros.

1.1.1. Da ofensa à dignidade da pessoa humana

Observamos que a dignidade da pessoa humana possui, segundo as Lições de Ingo Sarlet (2016, p. 130), dupla dimensão: uma relacionada ao seu aspecto interno e outra de caráter externo.

Com relação ao seu aspecto interno, no sentido Kantiano, entende-se a dignidade da pessoa humana como sendo a essência máxima do ser humano que permite o exercício da autonomia da vontade, o que permite a pessoa se auto governar e se auto determinar, sendo a dona e senhora do seu destino. A aptidão de se manifestar distingue o ser humano das coisas, visto que estas últimas apresentam apenas o desejo, como sendo o impulso

pelo preenchimento de suas pulsões fisiológicas. Já os primeiros são dotados de uma razão que permite a realização de boas vontades fundadas em livres deliberações e possibilitam, inclusive, o domínio de seus desejos. Em outras palavras, compreender a dignidade da pessoa humana significa distanciar o ser humano de qualquer processo de coisificação, visto que o ser humano é um fim em si mesmo, sendo que as demais coisas estão condicionadas a ele.

Retirar a aptidão que cada ser humano possui de exercer livremente a sua autonomia da vontade tem o condão de extirpar a sua essência de pessoa, de colocá-lo em uma posição secundária, típica do mundo das coisas. Assim, deve ser reconhecida e protegida a essência de cada ser humano no "querer", no "se manifestar livremente" de acordo com as suas próprias convicções.

Com relação ao aspecto externo, pode-se extrair do pensamento de Hegel uma visão mais concreta (MASCARO, 2016, p. 214) mais prática da dignidade da pessoa humana no sentido de sua efetivação. Daí a importância das políticas públicas que obrigam a atuação do Estado no incentivo e na implementação de direitos que elevam a pessoa humana e a distancia da posição de coisas, bem como impedem que o Estado atue no sentido de minorar o exercício da autonomia da vontade do qual todo o ser humano é dotado. Associado à figura do Estado na implementação da dignidade da pessoa humana, temos, horizontalmente, a atuação dos particulares que, igualmente, devem respeito, incentivo e atuação na sua concretização.

No plano constitucional, a CF/88 expressamente menciona, em seu artigo 1º, 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 como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

Especificamente sobre o tema em tela, relevantes as palavras do Ministro Luis Edson Fachin:

> (...) 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada,

> pois se impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de doação de sangue.

Especificamente sobre o caso em tela, em resumo, ressalta-se que o estabelecimento de um grupo de risco a partir da orientação sexual de homens e a imposição de medidas restritivas a eles na doação de sangue é um ato altamente discriminatório, com a alegação de que homens homossexuais ou bissexuais sejam potenciais vetores de transmissão de doenças, como a AIDS. Sendo assim, para ocorrer a segurança dos bancos de sangue, coloca-se requisito praticamente inviabilizador do exercício do direito de realizar doação de sangue.[1] Defende-se que não se pode afirmar, de forma genérica, que os HSHs (homens que realizam sexo com outros homens) sejam um grupo de risco na transmissão de doenças, visto que a maior probabilidade de ser um vetor de doenças tem relação com a conduta descuidada dos HSHs em suas práticas sexuais propriamente ditas, não sendo possível a generalização, sob pena de se cometer grave injustiça àqueles cuidadosos. Em outras palavras, não se pode criar grupos de riscos, adotando visão utilitarista, ignorando que neste grupo há homens sendo indevidamente incluídos – aqueles que cuidam de si mesmos e de seus parceiros e de suas parceiras.

Em verdade, trata-se de questão de injustiça - a indevida inclusão de pessoas em estado diferenciado (as cautelosas e não cautelosas), em mesmo grupo – os tais considerados como "de risco", restringindo o pleno exercício da dignidade da pessoa humana[2], bem como da manifestação do direito fundamental à liberdade e à igualdade, expressos no ato de realizar a doação de sangue.

---

[1] Voto prolatado pelo Ministro Luis Edson Fachin – na ADI 5543.
Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126 > Acesso em 04 de jun, 2021.

[2] "(...) O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana é aqui conclamado porque, mais do que fonte e fundamento de outros direitos fundamentais (como, por exemplo, o direito fundamental à igualdade), tem seu conteúdo nitidamente violado e, portanto, torna-se passível de aplicação direta ao caso em análise (...) O princípio da dignidade da pessoa humana busca, assim, proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. O princípio é, portanto, uma imposição obrigativa no presente, mas também sempre um norte futuro, um vetor interpretativo (...). Voto prolatado pelo Ministro Luis Edson Fachin – na ADI 5543.

Assim, as normas impugnadas infringem a dignidade da pessoa humana por inibirem a expressão da autonomia da vontade dos HSHs que querem realizar a doação de sangue, na medida em que é imposta a exigência de lapso temporal de 12 meses sem relações sexuais anteriores ao ato da doação de sangue.

1.1.2. O princípio da proporcionalidade

Quando da análise do teor de determinada regra jurídica que restringe direitos fundamentais individuais em benefício da proteção coletiva é fundamental ser verificada se a referida determinação é proporcional, ou seja, se existe uma opção menos gravosa de restrição a um direito[3]. Trata-se de adequação proporcional entre a medida restritiva e o objeto de proteção.

No caso em tela, é fundamental saber se a restrição aos HSHs em realizar a doação de sangue, devendo aguardar o prazo de 12 meses sem relações sexuais é proporcional e adequada. Pode-se dizer que a resposta é negativa, visto que se o intuito da normativa é a proteção da saúde com relação à janela imunológica (prazo mínimo que o corpo humano precisa para criar os anticorpos necessários para indicar a contaminação para que posterior exame possa detectar a enfermidade) principalmente com relação à AIDS, deveria aguardar apenas o prazo de 10-12 dias e não de 12 meses. Igualmente deve ser observado se não haveria outro método menos gravoso a toda a comunidade de HSHs o enquadramento de todos como grupo de risco, quando pode, afirmativamente, ser objeto de análise as condutas de risco[4] a serem apreciadas de forma subjetiva – caso a caso.

Assim, a inconstitucionalidade está presente pelo desrespeito do princípio da proporcionalidade, visto que não há plena adequação entre o prazo de 12 meses requerido pelas normativas impugnadas e o prazo mínimo de dias para detecção de doenças como o HIV.

[3] Voto prolatado pelo Ministro Luís Roberto Barros – na ADI 5543.

[4] "(...) De fato, a regra que impede a doação de sangue por homossexuais/bissexuais sexualmente ativos deve ser tida por inconstitucional, vez que estigmatiza determinado grupo, atribuindo-lhe a prática de um determinado comportamento de risco, sob presunção absoluta. A inconstitucionalidade da restrição decorre da equiparação feita entre fatores de risco a grupos de risco." Voto prolatado pelo Ministro Luiz Fux – na ADI 5543.

1.1.3. O direito constitucional à igualdade (art. 5O, caput, cf/88)

Tratar da igualdade significa reconhecer que existem diversas dimensões em que ela se exprime, sendo que a primeira é aquela referente à igualdade por natureza. Importante responder se os seres humanos são iguais em sua estrutura fisiológica. O primeiro a trazer a ideia de igualdade de todos em sua dimensão natural foi Hobbes, na Idade Moderna, em sua obra O Leviatã[5], ao tratar sobre o estado natural, no qual todos os seres humanos são livres e iguais, indistintamente, incluindo-se, até mesmo, o rei. Menciona-se que neste estado as pessoas realizam todas as suas paixões, sendo que tal realizar decorre de um raciocínio lógico e evidente que surge logicamente do próprio estado de liberdade e igualdade que todas as pessoas ocupam. (SKINNER, 2010).

Todavia, a igualdade civil não é atingida com Hobbes visto que ele defendia que, antes mesmo de ocorrer a igualdade civil, haveria a necessidade de ser estabelecido um contrato social entre o rei e o particular, com o fim de se evitar as guerras civis, que surgem com todos exercendo suas paixões de forma concorrente e devastadora. Com o referente contrato seria estipulada a troca de parte liberdade e de parte da igualdade para que o Rei oferecesse proteção em contrapartida.

A igualdade civil ou formal é apenas alcançada no Estado Liberal e nele é manifestada a preocupação com a desigualdade e suas consequências nefastas, como a pobreza. Na igualdade absoluta e jurídica, sem que a desigualdade tivesse que ser suprida, traduz o sentimento de construção de uma sociedade política ordenada e justa. (ROUSSEAU, 2006).

A igualdade natural e a civil (ou formal) são manifestadas na Declaração dos Direitos Do Homem e do Cidadão proclamada em 26 de agosto de 1789, em seu artigo 1º.[6], e que, posteriormente, foi incorporada na Constituição Francesa de 03 de setembro de 1781. Ressalte-se que no Estado Liberal o princípio da igualdade (formal) adota um caráter ideal, programático e

[5] Leviatã ou Matéria, Palavra e Poder de um Governo Eclesiástico e Civil.

[6] Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

diretivo, de princípio "não justiciável" e, portanto, sem eficácia de limitar a atuação do Estado quando este cometesse o arbítrio no conteúdo da lei, permitindo o cometimento da discriminação, tratando igualmente os desiguais e/ou desigualmente os iguais. (BONAVIDES, 2001, p. 121).

Apenas com o Estado social é que se vislumbra a igualdade material e nas palavras de Paulo Bonavides:

> (...) o Estado Social se desfaz do conceito da igualdade logico-aritmética para abraçar-se ao critério geométrico-proporcional, pois ele é o agente mais ativo e poderoso da promoção igualitarista na Sociedade. Esse critério ínsito na justiça social e de aplicação indispensável para fazer a espécie de justiça que a Sociedade demanda, lhe serve de instrumento. Torna, assim, o Estado social, por essa via, ao conceito da justiça distributiva, de inspiração aristotélica, e que, ao efetivar-se, o principio da igualdade tem por complemento a própria desigualdade. (BONAVIDES, 2001, p. 123).

Neste contexto, a CF/88 traz conteúdo da igualdade material, em seu artigo 5º, *caput*:

> (...) 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: (...)

Especificamente sobre o caso em tela, importante observar que o princípio da igualdade deixa de ser resguardado quando apenas um determinado grupo de pessoas (os HSHs) é considerado para eventual proteção de saúde pública, sendo que outros não sofreram qualquer restrição [7]. Também não é respeitado o princípio da igualdade quando o critério está fundado em um determinado grupo de risco e não propriamente em condutas de risco a serem analisadas de forma subjetiva – caso a caso.

Salutares as palavras do Ministro Luis Edson Fachin:

[7] Os homens são vetores maiores de transmissão da AIDS em comparação às mulheres e não há qualquer restrição ou pré-requisitos a serem cumpridos por eles.

> (...) pois, imperioso modificar o critério de restrição fundado em grupo de risco (baseado no gênero, na orientação sexual) para condutas de risco (baseado no comportamento, nas práticas, ações arriscadas). No presente caso, agir com segurança e precaução em relação à doação de sangue, em relação aos doadores e aos receptores, é estabelecer políticas públicas que levem em conta as condutas, os comportamentos, as práticas e as ações das pessoas candidatas a doadoras, e no gênero com o qual a pessoa doadora se relacionou ou a sua orientação sexual.

1.1.4. O propósito federativo de construir uma sociedade livre e solidária (art. 3O, i, CF/88), bem como o de promover o bem de todos (Art. 3O, IV, CF/88)

A Carta Política de 1988 traz, em seu artigo 3º, os objetivos fundamentais federativos do Brasil:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
>
> (...)
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Com isto, fica estipulado que a conduta da política brasileira, seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, deverá se pautar no respeito de tais objetivos fundamentais e finalísticos, definindo um novo modelo de nação e estabelecendo novos padrões de relações sociais e humanas.

Nas palavras de Lenio Luiz Streck e de Jose Luis Bolzan de Morais:

> (...) Ou seja: o caráter compromissório do constitucionalismo vem expresso em sua opção finalística, a qual deve ser obtida pela persecução dos objetivos que indicam os fins da ação estatal, delimitando formal e substancialmente as decisões políticas. Além do mais, o estabelecimento de um conteúdo finalístico na Constituição de 1988 funciona como um critério da atividade hermenêutica de desvelamento do conteúdo constitucional, pelo qual todo e qualquer interprete deverá observar, navegando nas águas cristalinas da opção constituinte. (...) (STRECK; BOLZAN, 2018, 151).

Significa dizer que, para atingir seus fins econômicos e sociais, o Estado nacional, que possui em suas bases no Estado Democrático de Direito, bem como na defesa dos direitos humanos, deve ter seus objetivos fundados em políticas públicas com o fim de se efetivar uma sociedade livre, justa e solidária. Ressalte-se que, em outras palavras, são trazidos aqui os preceitos da Revolução Francesa, consubstanciada na liberdade, igualdade e fraternidade. Ao ser proposto pela Carta Política/88 o estabelecimento de um novo modelo de nação brasileira, com a efetivação de plena cidadania, prevendo que tais ações e reações estatais devem ser regidas com o fim de promoção do bem a todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, dentre outros[8].

Sábias as palavras da Ministra Rosa Weber[9] ao abordar o tema relacionado ao tratamento discriminatório da normativa:

> (...) entendo sim que essas normas impugnadas promovem em seu resultado um tratamento discriminatório quando elas elegem, como critério de inaptidão, a orientação sexual do doador, e não a conduta de risco. Porque, a rigor, desconsideram, por exemplo, o uso de preservativo ou não, o fato de o doador ter ou não um parceiro fixo, que, a meu juízo, faria toda a diferença para efeito de definição de uma conduta de risco, nos moldes em que foi posta.

Registre-se a lição do Ministro Luiz Fux[10]:

> Assim, ainda que dados epidemiológicos demonstrassem maior incidência de HIV entre os homens que fazem sexo com outros homens, não se justificaria a discriminação do sangue de homossexuais/bissexuais saudáveis que usassem preservativos. A medida, discriminatória, violaria o artigo 3º, IV, e o artigo 5º, caput, da CRFB.

---

[8] Uma das funções dos direitos fundamentais ultimamente mais acentuada pela doutrina (sobretudo a doutrina norte-americana) é a que se pode chamar função de não discriminação. A partir do princípio da igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados na constituição, a doutrina deriva esta função primária e básica dos direitos fundamentais: assegurar que o Estado trate os seus cidadãos como cidadãos fundamentalmente iguais. Esta função de não discriminação abrange todos os direitos. Tanto se aplica aos direitos, liberdade e garantias pessoais (...) (CANOTILHO, 2003, p. 409).

[9] Voto prolatado pelo Ministra Rosa Weber – na ADI 5543.

[10] Voto prolatado pelo Ministro Luiz Fux – na ADI 5543.

O caso em tela revela, inicialmente, uma normativa que visa a proteção da saúde pública, mas que, ao fim, trouxe um estado de discriminação aos HSHs, bem como impediu que os propósitos de criação de uma sociedade livre e solidária fosse implantada, não sendo promovido o bem de todos.

1.1.5. A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969); O Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013)

Inicialmente, importante mencionar que os direitos humanos, por força do artigo 5º, parágrafo 2º. da CF/88[11], advindos de tratados e convenções internacionais são considerados materialmente constitucionais, sendo equiparados aos direitos fundamentais sediados formalmente na Carta Política de 1988[12].

No caso em tela, sob o ângulo dos tratados e convenções internacionais descritos abaixo, as normativas impugnadas também vilipendiam o direito à igualdade e a não discriminação dos HSHs.

Vejamos:

A **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)** [13] [14] [15] traz, em seu preâmbulo, importante considerações quando reafirma o regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do ser humano, firmado no ideal de liberdade, isenção de temor e da miséria, permitindo que cada pessoa possa usufruir de seus direitos econômicos, políticos e culturais em associação aos direitos civis e políticos.

Relevante que a referida Convenção em seu artigo 1º., estipula regras relacionadas ao tratamento isonômicos, sem a existência de discriminação:

---

[11] Art.5º. da CF/88 (...)
§ 2º 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.

[12] Voto prolatado pelo Ministro Edson Luis Fachin - na ADI 5543.

[13] Também denominada Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969 e foi incorporado pelo direito interno em 06 de novembro de 1992, pelo Decreto 678.

[14] Disponível em: < http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm > Acesso em 04 de junho de 2021.

[15] Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992.

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

Além disso, releva-se o artigo 29 que traz normas de interpretação da referente Convenção, mencionando:

> Artigo 29. Normas de interpretação
>
> Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
>
> a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
>
> b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
>
> c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
>
> d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Observa-se que o **Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966)**[16] [17] menciona, em seu preâmbulo, o reconhecimento da dignidade inerente a todos e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Ressalta também a necessidade de se promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana.

[16] Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20 Direitos%20Civis%20 e%20Pol%C3%ADticos.pdf > Acesso em 04 de junho de 2021.

[17] Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 592, de 06 de julho de 1992.

Vale mencionar o teor dos seus artigos 2º e 26 que estipulam:

> Artigo 2º §1.
>
> Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação".

> "Artigo 26
>
> Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

Por sua vez, a **Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013)**[18] [19] traz como preceitos fundamentais: (i) o reconhecimento de que são princípios básicos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos o respeito à dignidade e a igualdade de todos; (ii) a reafirmação da erradicação total e incondicional de todas as formas de discriminação e intolerância, sendo que estas significam a negação dos valores universais e dos direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana primados pela Carta da Organização dos Estados Americanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na Carta Social das Américas, na Carta Democrática Interamericana, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos; (iii) necessidade de serem adotadas medidas práticas no sentido de se promover e incentivar o respeito e a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais todas as pessoas, sem distinção por motivo de gênero, idade, orientação sexual, idioma, religião,

[18] Disponível em: <https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-69_Convencao_Interamericana _disciminacao_intolerancia_POR.pdf> Acesso em 04 de junho de 2021.

[19] Incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto 65.810, de 08 de dezembro de 1969.

opinião política ou de outra natureza, origem social, posição econômica, condição de migrante, refugiado ou deslocado, nascimento, condição infectocontagiosa estigmatizada, característica genética, deficiência, sofrimento psíquico incapacitante ou qualquer outra condição social.

Relevante trazer o teor do seu artigo 1º que traz o conceito aplicado nesta Convenção sobre a discriminação:

> Artigo 1
>
> Para os efeitos desta Convenção:
>
> 1. Discriminação é qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência, em qualquer área da vida pública ou privada, cujo propósito ou efeito seja anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, de um ou mais direitos humanos e liberdades fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais aplicáveis aos Estados Partes. A discriminação pode basear-se em nacionalidade, idade, sexo, orientação sexual, identidade e expressão de gênero, idioma, religião, identidade cultural, opinião política ou de outra natureza, origem social, posição socioeconômica, nível educacional, condição de migrante, refugiado, repatriado, apátrida ou deslocado interno, deficiência, característica genética, estado de saúde física ou mental, inclusive infectocontagioso, e condição psíquica incapacitante, ou qualquer outra condição.

Assim, sob o ponto de vista da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), do Pacto de Direitos Civis e Políticos (1966) e da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância (2013) e considerando a incorporação de tais convenções ao direito brasileiro em nível constitucional, bem como observando-se os preceitos trazidos por elas de respeito à igualdade e à não discriminação, tem-se que as normativas apontadas são inconstitucionais.

1.2. PELA CONSTITUCIONALIDADE DAS REGRAS IMPUGNADAS

Os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello defendem a tese de que o artigo 64, IV, da Portaria 158/2016 do Ministério da Saúde e o artigo 25, XXX, 'd', da Resolução da Diretoria Colegiada RDC 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA são cons-

titucionais, visto que (i) não há arbitrariedade nas regras impugnadas; (ii) porque há a necessidade de proteção da saúde pública e (iii) porque há um grupo de pessoas que trazem maior risco de contágio na doação do sangue.

1.2.1. Ausência de Discriminação

Pode–se dizer que a discriminação está presente quando é dado um tratamento igualitário a pessoas diferentes ou quando o tratamento é desigual a pessoas iguais. Registre-se que outro elemento fundamental para a configuração da discriminação é que haja absoluta arbitrariedade na criação ou na aplicação da regra jurídica.

No caso em tela, defende-se que há justificativa plausível para que haja uma diferenciação de tratamento aos HSHs firmada no maior potencial de risco à saúde no grupo em que estas pessoas estão inseridas[20].

Relevante, para esta linha de pensamento, as palavras do Ministro Marco Aurélio[21] defendendo a inexistência de arbitrariedade tanto que há outros grupos que também receberam restrições no ato de doação de sangue:

> Tem-se presente, nas restrições versadas na Portaria nº 158/2016, preocupação das autoridades sanitárias no sentido de evitar possível contaminação do sangue coletado. A inaptidão temporal não é exclusiva à população masculina homossexual, sendo observada também quanto a cidadãos que se envolvam com prostituição, hajam feito tatuagem ou piercing em situações de risco, ou possuam parceiros sexuais diversos, ocasionais, desconhecidos ou que tenham contraído doenças sexualmente transmissíveis, dentro do mesmo período de doze meses.

Além disso, alegam que não se está, propriamente, a frente de uma discriminação, visto que não haja uma proibição dos HSHs na doação de sangue, mas há apenas o estabelecimento de uma quarentena ou inaptidão temporária[22].

---

[20] "(...) O Poder Público, diante de dados concretos a evidenciarem risco revelado ante determinadas condutas, possui o dever constitucional de implementar políticas protetivas." Voto prolatado pelo Ministro Marco Aurélio - na ADI 5543.

[21] Voto prolatado pelo Ministro Marco Aurélio - na ADI 5543.

[22] Voto prolatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski - na ADI 5543.

1.2.2. Da Necessidade de Proteção da Saúde Pública

Relevante observar que o direito fundamental à vida (incorporado o direito fundamental à integridade física e psicológica) tem relação umbilical ao direito social à saúde (SARLET, 2004, p. 834). Significa dizer que para se proteger com eficácia o direito à vida, é fundamental ser prestigiado direito social à saúde. A proteção da saúde é defendida, inclusive, como sendo um direito fundamental implícito, por expressa autorização firmada no art. 5º, § 2º. da CF/88[23], tamanha a interconexão que existe entre a saúde e a vida.

No CF/88 a saúde pública é retratada no artigo 6º e 196 e seguintes, sendo que especificamente para este trabalho citamos:

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.

> Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada
>
> (...)

[23] 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: (...)
§ 2º 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.

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

Pode-se dizer, nos termos do artigo 196 da CF/88, que o direito à proteção e promoção da saúde possui tripla dimensão: preventiva, promocional e curativa. O aspecto preventivo deriva da obrigação de proteção que o Estado deve adotar no objetivo de evitar o surgimento e a progressão de doenças em uma visão ampla e pública, com fundamento nos princípios da precaução e prevenção. Já a promoção da saúde se dá pela busca na qualidade de vida das pessoas, através de políticas públicas que melhore as condições de saúde. Com relação à noção curativa é observada a garantia das pessoas de terem acesso à cura da doença ou, ao menos, à melhora de seu quadro de saúde. (CANOTILHO *et al*, 2018, p. 2.014).

No caso prático, a defesa da proteção à saúde das pessoas que receberão o sangue doado é um dever do Estado, não se admitindo que o sangue a ser transfundido seja de alta probabilidade de estar contaminado diante dos altos patamares de contaminação dos HSHs com relação ao HIV. Para esta linha de pensamento, há um grupo de risco, que pode ser localizado através de dados estatísticos e também há, em associação, condutas de risco, que não são possíveis de serem verificadas no caso a caso como pretende linha de pensamento diverso. Em outras palavras, com o fim de se analisar condutas de risco que são efetivadas através de entrevistas realizadas aos HSHs no momento da doação de sangue, pode-se colocar em risco toda a saúde pública e isto porque em tais entrevistas não há qualquer garantia de que as informações fornecidas pelo doador HSHs correspondem à verdade.

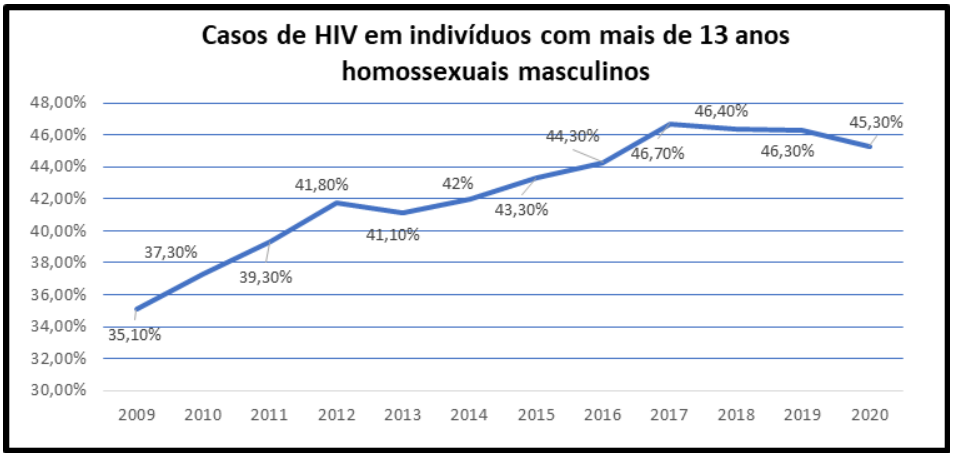
1.2.3. Do Maior Risco de Contágio na Doação do Sangue com Relação aos Hshs

As recentes publicações do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS[24], de 2020, indicam que o risco de infecção por HIV é: 26 vezes maior entre homens que fazem sexo com homens.

[24] Disponível em: <http://unaids.org.br/estatisticas> Acesso em 04 de junho de 2021.

Já o Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde[25] de dezembro de 2020 traz os seguintes dados que podem comprovar o alto percentual de casos de HIV no Brasil de 2009 a 2020.

Através do gráfico abaixo verificamos a crescente contaminação dos HSHs pelo HIV (de 2012 a 2020) no Brasil, mostrando, por exemplo, que em 2020, o percentual de HSHs contaminados era de 45,30% pelo HIV em comparação com todas as pessoas contaminadas no ano com mais de 13 anos que correspondem a 100%:



Fonte: MS/SVS/Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis

Neste sentido, para esta linha de pensamento, apesar das condutas das pessoas devam ser observadas no momento da doação de sangue, não se pode deixar de reconhecer que existe um grupo de HSHs que apresentam riscos muito maiores (26 vezes) quando comparados com os da população em geral e, em razão disto, deva ocorrer uma maior restrição no exercício da autonomia da vontade destes, sob pena de ser colocado em perigo a proteção da saúde pública.

Com relação ao prazo de 12 meses de resguardo sexual para posterior doação de sangue e eventual desproporção, alegam que não cabe ao poder judiciário estipular ou analisar prazos firmados pela ciência – defendem a adoção de uma postura autocontida.

[25] Disponível em: <file:///Volumes/Sandisk/boletim_hiv_aids_2020_com_marcas%20(1).pdf> Acesso em 04 de junho de 2021.

2. RESULTADO FINAL

Em 03 de setembro de 2020 transitou em julgado o acordão ora analisado e teve como resultado final o julgamento, por maioria, procedente do pedido formulado na ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, nos termos do voto do Relator (Edson Fachin), sendo acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, restando vencidos os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello e, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes.

Foi formada a seguinte ementa:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. ART. 64, IV, DA PORTARIA N. 158/2016 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE E ART. 25, XXX, "D", DA RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA – RDC N. 34/2014 DA ANVISA. RESTRIÇÃO DE DOAÇÃO DE SANGUE A GRUPOS E NÃO CONDUTAS DE RISCO. DISCRIMINAÇÃO POR ORIENTAÇÃO SEXUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.
>
> 1. A responsabilidade com o Outro demanda realizar uma desconstrução do Direito posto para tornar a Justiça possível e incutir, na interpretação do Direito, o compromisso com um tratamento igual e digno a essas pessoas que desejam exercer a alteridade e doar sangue.
>
> 2. O estabelecimento de grupos – e não de condutas – de risco incorre em discriminação e viola a dignidade humana e o direito à igualdade, pois lança mão de uma interpretação consequencialista desmedida que concebe especialmente que homens homossexuais ou bissexuais são, apenas em razão da orientação sexual que vivenciam, possíveis vetores de transmissão de variadas enfermidades. Orientação sexual não contamina ninguém, condutas de risco sim.
>
> 2. O princípio da dignidade da pessoa humana busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta. A restrição à doação de sangue por homossexuais afronta a sua autonomia privada, pois se

> impede que elas exerçam plenamente suas escolhas de vida, com quem se relacionar, com que frequência, ainda que de maneira sexualmente segura e saudável; e a sua autonomia pública, pois se veda a possibilidade de auxiliarem àqueles que necessitam, por qualquer razão, de doação de sangue.
>
> 3. A política restritiva prevista na Portaria e na Resolução da Diretoria Colegiada, ainda que de forma desintencional, viola a igualdade, pois impacta desproporcionalmente sobre os homens homossexuais e bissexuais e/ou seus parceiros ou parceiras ao injungir-lhes a proibição da fruição livre e segura da própria sexualidade para exercício do ato empático de doar sangue. Trata-se de discriminação injustificável, tanto do ponto de vista do direito interno, quanto do ponto de vista da proteção internacional dos direitos humanos, à medida que pressupõem serem os homens homossexuais e bissexuais, por si só, um grupo de risco, sem se debruçar sobre as condutas que verdadeiramente os expõem a uma maior probabilidade de contágio de AIDS ou outras enfermidades a impossibilitar a doação de sangue.

4. Não se pode tratar os homens que fazem sexo com outros homens e/ou suas parceiras como sujeitos perigosos, inferiores, restringido deles a possibilidade de serem como são, de serem solidários, de participarem de sua comunidade política. Não se pode deixar de reconhecê-los como membros e partícipes de sua própria comunidade.

> 5. Ação direta julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 64 da Portaria n. 158/2016 do Ministério da Saúde e da alínea "d" do inciso XXX do art. 25 da Resolução da Diretoria Colegiada – RDC n. 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo apresentou as duas correntes jurisprudenciais formadas no julgamento da ADI 5543 pelo Supremo Tribunal Federal que apreciou a inconstitucionalidade do art. 64, IV, da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e do art. 25, XXX, "d", da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

O resultado final pela inconstitucionalidade do referido regramento demonstra a valorização e a defesa da essência dos HSHs que se manifesta na decisão fraterna de quererem doar sangue, independentemente de estigmas que possam ser atribuídos a eles e relacionados ao eventual pertencimento a algum grupo de risco, sendo, assim, fortalecida a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

Também prevaleceu a ausência de proporcionalidade no referido regramento ao exigir o período de 12 meses de inexistência de relacionamentos sexuais dos HSHs e com suas parceiras, considerando as janelas imunológicas de no máximo 14 dias.

Associado a isso, teve fundamental relevância a aplicação do direito fundamental à igualdade (art. 5º, caput, CF/88) entendendo que há condutas de risco, não existindo grupo de risco a ser considerado, sob pena de cometimento de discriminação, não autorizada pela Carta Política de 1988 (art. 3º, IV, CF/88).

Observa-se que a proteção da saúde tem a sua relevância no sistema constitucional brasileiro, todavia isto pode ser superado pela análise caso a caso, através de entrevistas no momento da doação de sangue.

Finalmente, foi considerado que há HSHs que adotam condutas cuidadosas em suas práticas íntimas e estes homens não podem ser esmagados, em pleno século XXI, por uma defesa fictícia da saúde pública sendo praticamente impedidos de realizarem um ato de grande fraternidade consubstanciado na doação de sangue - é a valorização da solidariedade como antídoto à doença do preconceito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa, 0s5 de out. 1988. **Diário da República Federativa do Brasil**, 06 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 04 de junho de 2021.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 - Distrito Federal.

Diário da República Federativa do Brasil, 26 de agosto de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 04 de junho de 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HOBBES, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. Col. Os Pensadores.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Lisboa, Portugal: Edições 70, 2009.

_____. **A Metafísica dos Costumes.** Trad. José Lamego. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 5.ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

MAURER, Beatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. *In*: SARLET, Ingo Wolfgan (Org.). **Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 61-87.

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

RIBEIRO, Renato Janine. **Ao leitor sem medo. Hobbes escrevendo contra o seu tempo**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. (Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. **Notas Sobre a Dignidade (da pessoa) Hu-**

mana no Âmbito da Evolução do Pensamento Ocidental. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.249-267, jan./dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. Revista de Direito Administrativo, n. 212, p. 89-94, abr. – jun./1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**, 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SKINNER, Quentin. **Hobbes e a liberdade republicana**. São Paulo: Unesp, 2010.

STRECK, Lenio Streck e MORAIS, José Luis Bolzan. Comentário ao artigo 3º. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 149- 154.

CAPÍTULO CINCO

INSERÇÃO NOS CURSOS DE DIREITO E PARTICIPAÇÃO FEMININA NOS CARGOS DE COMANDO DAS PRINCIPAIS CARREIRAS JURÍDICAS NA ATUALIDADE

INSERTION IN LAW COURSES AND FEMALE PARTICIPATION IN COMMAND POSITIONS OF THE MAIN LEGAL CAREERS OF THE CURRENTLY

LAURA MARIA SANTIAGO LUCAS

Advogada. Mestranda em Função Social do Direito na FADISP/SP. Graduada em Direito pela Uninorte/AM. E-mail: laura@lauralucasadv.com.br.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A criação dos cursos jurídicos no brasil. 2. A inserção de mulheres nos cursos de direito. 3. A proliferação dos cursos de direito no Brasil e a participação das mulheres nas carreiras jurídicas. Conclusão.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo realizar um breve estudo histórico acerca da instalação dos cursos de Direito no Brasil. Será abordado os aspectos políticos que influenciaram na tomada de decisão desde a escolha da localização geográfica da primeira faculdade de Direito, às escolhas referentes às disciplinas que comporiam a grade curricular do curso e a quais interesses estava vinculado. Após essa análise histórica e política, será demonstrado como se deu a inclusão das mulheres nas faculdades de Direito, os aspectos discriminatórios para sua inserção e permanência no curso e as dificuldades encontradas para o exercício da profissão no início de sua jornada profissional. Por último, será analisada a explosão dos cursos jurídicos no Brasil, à formação precária dos estudantes e seus reflexos na praxe jurídica. Será analisado também como mercantilização, a ausência de uma formação crítica e humana contribuem para que ainda hoje as mulheres não exerçam sua profissão de forma igualitária.
Palavras-chave: Ensino Jurídico. Patriarcado. Feminismo. Crise. Formação jurídica.

ABSTRACT: This article aims to conduct a brief historical study about the installation of law courses in Brazil. It will be addressed the political aspects that influenced decision-making from the choice of geographical location of the first law school, to the choices related to the disciplines that would make up the curriculum of the course and to which interests it was linked. After this historical and political analysis, it will be demonstrated how women were included in law schools, discriminatory aspects for their insertion and permanence in the course and the difficulties encountered for the exercise of the profession at the beginning of their professional journey. Finally, the explosion of legal courses in Brazil, the precarious training of students and their reflexes in legal practice will be analyzed. It will also be analyzed as commodification, the absence of a critical and human formation contribute so that even today women do not exercise their profession equally.
Keywords: Legal Education. Patriarchate. Feminism. Crises. Law training

INTRODUÇÃO

O Presente artigo visa realizar um breve estudo histórico acerca da criação, instalação e proliferação dos Cursos de Direito no Brasil e demonstrar como aumento da participação feminina nas faculdades é desproporcional a ocupação de mulheres nos cargos de poder do Judiciário, na Ordem dos Advogados do Brasil e no Ministério Público.

A criação do curso de direito teve um cunho elitista e patriarcal cujo objetivo precípuo era a ocupação de cargos administrativo em repartições públicas pelos novos bacharéis, homens.

Serão abordados, inicialmente, quais os motivos que levaram o Império a discutir sobre a necessidade de criação do Curso, a decisão acerca da localização geográfica da primeira faculdade e as disciplinas que seriam incluídas no curso.

> Em primeiro lugar, a história da instalação dos cursos jurídicos no Brasil, como demonstraremos, é basicamente a história das conciliações que se deram entre as elites imperiais e determinadas frações das elites civis; e, em segundo lugar, a fração derrotada das elites cíveis sempre esteve numa posição optativa entre a sua proposta e as propostas oficiais da elite imperial ou as da sua fração que tinha acesso direito ao Estado (BASTOS, 2000).

No segundo capítulo será tratado em que momento histórico foi oportunizado as mulheres o ingresso e quais os critérios e dificuldades encontradas para que elas pudessem cursar a faculdade de Direito, bem como será apresentado o registro da primeira mulher a cursar e exercer a profissão. Busca-se retratar a luta histórica travada pelas mulheres para o exercício da profissão.

No último capítulo será analisado como se deu a proliferação de cursos de Direito no Brasil, o quantitativo de mulheres formadas em Direito e o quantitativo de mulheres que ocupam cargos de comado na Magistratura, no Ministério Público e na Ordem dos Advogados do Brasil. Com a verificação dos dados pretende-se analisar se a proliferação de cursos com formação deficitária de acadêmicos, desprovidos de uma visão humanista acabam por

contribuir para perpetuação da cultura do patriarcado e da desigualdade das mulheres no exercício das funções no judiciário.

1. A CRIAÇÃO DOS CURSOS JURÍDICOS NO BRASIL

A criação dos cursos de Direito no Brasil teve como objetivo a formação de uma elite política e administrativa local. Porém, houve mudanças nesse processo e os objetivos educativos do currículo foram mudando ao longo da história o que levou ao impedimento da formação multidisciplinar, especialmente após a revolução de 30.

As discussões ultrapassaram as questões referentes ao local de instalação dos cursos no Brasil (São Paulo ou Olinda), mas sobretudo ao rompimento com as formas físicas e acadêmicas dos estudantes brasileiros que estudavam em Coimbra, ainda marcado por uma cultura colonial.

Em 1823 houve a indicação de um projeto de Lei da Comissão de Instrução Pública em que se pretendia ser criados os cursos de ciências e belas letras em São Paulo e Olinda e em São Paulo o curso de direito, porém ainda vinculado a Coimbra. A primeira tentativa de criação dos cursos foi frustrada, assim como também o fracasso constituinte, pois a criação dos cursos se deu em meio à assembleia constituinte.

Um importante documento para a formação dos cursos de direito foi um estatuto elaborado por Luís José de Carvalho Melo, Visconde de Cachoeira e mesmo sofrendo resistência tanto das elites civis e liberais brasileiras influenciou os currículos e programas até 1831. No referido projeto não resta dúvida de que a instalação dos cursos além da formação de uma elite política e administrativa local, correspondia aos anseios de uma sociedade elitista e patriarcal, conforme se verifica no trecho da Lei em que fica claro que o curso será voltado à formação de homens.

> Tendo-se decretado que houvesse, nesta Corte, um Curso Jurídico para nele se ensinarem as doutrinas de jurisprudência em geral, a fim de se cultivar este ramo da instrução pública, e se **formarem homens** hábeis para serem um dia sábios Magistrados, e peritos Advogados, de que tanto se carece; e outros que possam vir a ser dignos Deputados e Senadores, e aptos para ocuparem os lu-

> gares diplomáticos, e mais empregos do Estado, por se deverem compreender nos estudos [...] Sem estatutos, em que se exponham, e se acautelem todas estas circunstâncias, não se poderá conseguir o fim útil de tal estabelecimento. De que serviriam Bacharéis formados, dizendo-se homens jurisconsultos na extensão da palavra, se o fossem só no nome? Não tendo conseguido boa, e pura cópia de doutrinas de são jurisprudência em geral, por maneira que utilmente para si, e para o estado pudessem vir a desempenhar os empregos, para que são necessários os conhecimentos desta ciência. (ESTA-TUTO..., 1978, p. 140).

Durante a Assembleia Constituinte as discussões dos cursos jurídicos sempre estiveram associadas a um controle mais próximo do Estado e uma distância do parlamento. A negativa de instalação da universidade no Rio de Janeiro foi vista como negativa aos negócios daquele estado, como entendia, Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, um dos parlamentares importantes da época, de onde se conclui que aspectos econômicos também tangenciaram a escolha do local de instalação.

Nesse sentido, conclui-se que as elites políticas brasileiras tiveram muita influência tanto na criação como implantação de cursos jurídicos.

Observa Bastos, que:

> A história da instalação dos cursos jurídicos no Brasil, como demonstraremos, é basicamente a história das conciliações que se deram entre as elites imperiais e determinadas frações das elites civis; e, em segundo lugar, a fração derrotada das elites civis sempre esteve numa posição optativa entre a sua proposta e as propostas oficiais da elite imperial ou as da sua fração que tinha acesso ao estado (2000, p. 8).

Os estudos permitem comparar que a rediscussão da criação de cursos jurídicos em julho de 1826 baseou-se na viabilidade de se discutir o projeto aprovado pela Constituinte. Como dito, o projeto da Constituinte aprovou a criação das faculdades em São Paulo e Olinda e o Decreto de 9 de janeiro propunha a criação no Rio de Janeiro.

O projeto legislativo confirmou a propositura mais liberal da constituinte e prevaleceu o entendimento de uma lacuna proposital na lei quanto à competência para gerir as escolas.

Durante a Constituinte os liberais radicais aprovaram um projeto que demonstrava certa independência do Estado e a Assembleia geral acabou por aprovar um projeto com visíveis vínculos entre as elites políticas e civis. O projeto de 1926 criou um curso jurídico mais voltado à sociedade civil, muito embora os cursos jurídicos tenham sido organizados no afã de atender aos interesses do Estado.

Com relação ao currículo dos cursos foram discutidas a questão de inclusão e necessidade de estudo de Direito Romano e Canônico, mas prevaleceu o entendimento de que deveriam ser incluídas disciplinas que pudessem contribuir com a administração do Estado. Também se chegou a discutir que algumas disciplinas fossem tratadas apenas em algumas províncias e os estudantes teriam que viajar para poder cursá-las.

Os parlamentares tiveram ainda divergência quanto à inclusão de prática forense e história do direito brasileiro, por exemplo, sob o argumento que não teriam um direito pátrio e que o estudo da história do Direito português seria a alienação ao estado nacional.

A Lei que criou os cursos jurídicos em 1827 reflete a composição políticas das elites imperiais haja vista ser composta por um currículo voltado ao direito eclesiástico, em deferência à igreja; a formação jurídico romana em deferência à elite conservadora.

Aliado a isso o curso aprovado em 1827 desprezou à prática e inclinou-se para a teoria e desaguou em um ensino sem método. A instalação do curso contribuiu para a manutenção do patriarcado e as mulheres estavam totalmente alijadas desse processo. A criação do primeiro curso de direito no Brasil além de representar a os interesses das oligarquias da época, mantinham padrões de cultura, política e religião alheios aos anseios femininos.

2. A INSERÇÃO DE MULHERES NOS CURSOS DE DIREITO

Apesar de a criação dos cursos jurídicos ter se iniciado em 1826, a discussão sobre a inserção feminina deu-se apenas em abril de 1879, quando ocorreu a reforma do Ensino Primário e Secundário do Município da Corte, chamada de Reforma de Leôncio de Carvalho - Decreto n. 7.247 de 19 de abril de 1879.

O diploma legal traz em seus artigos, trechos que demonstram preconceito não somente relativo a gênero, como também à idade. No original há limitação de idade para as mulheres ingressarem nos cursos de obstetrícia, como também se percebe segregação das mulheres, posto que deverão acompanhar as aulas em locais isolados:

> § 18. Para a inscripção no curso obstetrico:
>
> 1º Idade maior de 18 annos, sendo homem, e de menos de 30 e mais de 18, sendo mulher;
>
> § 20. E› facultada inscripção de que tratam os §§ 16, 17, 18 e 19 aos individuos do sexo feminino, para os quaes haverá nas aulas logares separados. (DECRETO 7247,1879)

Quanto à inserção nos cursos jurídicos, este somente se oficializou por intermédio do Decreto 3890 de 1º de janeiro de 1901, porém a inserção de mulheres encontrava mais um obstáculo, o obstáculo financeiro, considerando que a maioria delas não possuía renda própria e precisariam arcar com o pagamento de taxa e a maioria delas à época, se dedicavam a tarefas domésticas.

> Art. 154. Os candidatos a exame deverão dirigir um requerimento ao director, satisfazendo ás seguintes condições: (DECRETO 3890, 1901)
>
> 1ª Apresentar certidão de habilitação na fórma dos regulamentos especiaes ou de approvação nas materias que antecedem ás dos exames requeridos, segundo a ordem do programma official;
>
> 2ª Provar identidade de pessoa;
>
> 3ª Pagar a importancia da taxa;

A cobrança de taxa constitui-se em impedimento quase proposital para que as mulheres encontrassem mais um obstáculo para ocupar um curso que foi criado com o objetivo de ser frequentado por homens. As dificuldades femininas para ingresso e permanência em cursos superiores, pode ser vista quando apenas em 1887 uma mulher se graduou em ensino superior.

> Segundo Motta (2014), a pesquisa realizada pela professora Nailda Marinho – que coordena um estudo sobre a inserção e permanência feminina nos cursos superiores do Rio de Janeiro ao longo dos séculos XIX e XX junto à Universidade Federal do estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), aponta que a primeira mulher a possuir diploma de ensino superior foi Maria Augusta generoso estrela, que se graduou em Medicina nos Estados Unidos, em 1881, tendo sido entretanto, Rita Lobato Velho Lopes, em 1887, a primeira mulher a se graduar no Brasil. No Brasil a primeira mulher a ingressar na Faculdade de Direito no Largo São Francisco, segundo Alcantara, (2002)

Os registros históricos apontam, segundo Ferraz, que somente a partir de 1888, aparecem figuras femininas que apesar de terem estudado e se graduado em Recife nunca exerceram a profissão, são elas: Maria Fragoso, Maria Coelho, Delmira Secundina Costa e Maria Augusta Meira Vasconcelos.

O exercício da profissão por mulheres era considerado um desatino, pois para a cultura patriarcal, as mulheres deveriam cozinhar para os maridos e cuidar dos filhos. Em 1898, Myrthes Gomes de Campo, foi a primeira mulher a concluir o curso de Direito na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro e a exercer a profissão, contudo foi rejeitada pela própria família, pois na época, a advocacia era considerada um "ofício viril", o Mister de advogado parecia facultado apenas aos homens, já que era qualificado como "ofício viril" pelo Direito Romano (FERREIRA, 2009).



Myrthes Gomes de Campos, primeira mulher inscrita no antigo Instituto dos Advogados do Brasil (atual OAB do Brasil).
Fonte: Portal da memória.
Disponível em www.oabsp.org.br

A trajetória da advogada foi marcada por luta e resistência, não somente nos Tribunais, como também no próprio Instituto da Ordem do Advogados Brasileiros (IOAB), posto que sua inscrição no instituto ocorreu apenas em 1906, após pressão da imprensa e simpatizantes do feminismo.

A dificuldade da advogada passou pelo reconhecimento do diploma que somente foi possível com a ajuda de um homem:

> "Não bastasse todos os obstáculos enfrentados desde a decisão de frequentar as classes de Direito, após a conclusão do curso, Myrthes teria de enfrentar outros tantos: precisava reconhecer seu diploma de bacharel no Tribunal da Relação do Rio de janeiro, o que só conseguiu porque contou com a ajuda de um colega (homem) da faculdade" (FERRAZ, 2019).

No judiciário, a inserção de mulheres ocorreu apenas em 1939, segundo Graça Figueiredo. Em sua obra Senhoras da Justiça, aponta Auri Moura Costa, como tendo sido a primeira mulher nomeada a Juíza de Direito na Comarca de Várzea Verde, do Tribunal do Ceará. Thereza Grisólia Tang a primeira mulher a assumir o cargo de desembargadora em Santa Catarina.



Auri Moura Costa foi a primeira Juíza do Brasil, em 1939.
Fonte: Editora Valer.

A juíza, Auri Costa Moura somente foi nomeada ao cargo, em virtude de ter sido confundida, em razão de seu nome, com um homem. Apesar das condições em que fora nomeada não resta dúvida do que foi um marco na história do judiciário brasileiro.

De fato, além das dificuldades enfrentadas pelas primeiras mulheres no ingresso e permanência nos cursos jurídicos, após sua formação, ainda enfrentaram dificuldades para o exercício da profissão. A atividade profissional ocorreu de forma lenta e tímida, após longas décadas da instalação dos cursos no Brasil.

3. A PROLIFERAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL E A PARTICIPAÇÃO DAS MULHERES NAS CARREIRAS JURÍDICAS

A implementação dos cursos se constitui em verdadeira "fábrica de bacharéis" e historicamente, os modelos do ensino jurídico seguiram três modelos: o do estado liberal, social e neoliberal.

À luz de um estudo da gênese da implementação do ensino jurídico pode-se concluir que o intuito inicial era formar bacharéis para compor a elite administrativa e política do país e que a criação se deu em um momento marcado por disputas políticas relacionadas à consolidação da independência.

De fato, a implantação se deu a partir do estado nacional Imperial brasileiro, em 1823, por iniciativa de um projeto de Visconde de São Leopoldo, deputado à época no Rio Grande do Sul, contudo foi D. Pedro I quem criou o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Academia de São Paulo e o Curso de Ciências Jurídicas e Sociais em Olinda. Iniciava-se aí os debates acerca dos objetivos do curso, cujo finalidade precípua era formar bacharéis para compor e elite administrativa e política do país.

Os séculos seguintes foram marcados por duas reformas. A primeira se deu em 1854 por intermédio do Decreto 1386 em que os cursos passaram a chamar-se Faculdade de Direito e se transferiu o curso, inicialmente instalado em Olinda, para a cidade de Recife e em 1879 houve a reforma para o "ensino livre", em que as "faculdades livres" deveriam seguir as regras das "faculdades oficiais."

Na obra de Rodrigues foi identificado as seguintes características do ensino jurídico durante o império:

> 1. controle centralizado pelo governo, do currículo, metodologia, nomeação de professores e programas de ensino; 2. Predomínio do direito natural até 1870, com a introdução do positivismo; 3. Metodologia com aulas em estilo conferência, semelhante à Coimbra;4. Local para a formação de elites econômicas no intuito de ocuparem postos importantes no país; 5. Descompasso com mudanças sociais (apud SILVA, 2017).

O século XX foi marcado pelo declínio da escola de Recife e desponta a escola de Bevilaqua e o Código Civil de 2016. Com a Reforma de Rivadávia que se baseava nas ideias de ensino livre, em 1927, por exemplo, já havia 14 cursos e 3200 alunos matriculados. Como não havia uma preocupação coma formação dos discentes houve um aumento quantitativo na mão de obra.

Com a criação do Ministério da Educação na Era Vargas, houve a restruturação do ensino superior e a elaboração de um estatuto das universidades por intermédio do Decreto 19.851/1931, nesse cenário as universidades estavam mais voltadas para a pesquisa, difusão da cultura, com maior autonomia pedagógica.

A Escola Nova trouxe à reflexão o papel transformador da escola que por óbvio se chocou com os tradicionalistas e todas as tentativas foram infrutíferas quanto à inovação pedagógica. Em virtude disso de 1930 a 1945 o conteúdo dos cursos permaneceu inalterado.

Já em 1961 com a Criação da LDB – Lei de Diretrizes e Bases da Educação houve uma supervalorização do tecnicismo em decorrência da criação de um currículo mínimo que acabou por ser o máximo e por esse motivo desaguou na maior crise do ensino brasileiro.

Atenta a esse cenário a OAB em 1963 estabeleceu o estatuto da OAB apresentando algumas exigências para a profissão, incluindo o estágio. Em 1972 houve uma nova modificação curricular, que em síntese manteve os métodos tradicionais.

As limitações pedagógicas acabaram por propiciar uma estagnação de duas décadas e já na década 90 havia 186 cursos de Direito, com es-

truturas curriculares idênticas a de 1973, tendo como resultado um ensino legalista, deformador e insatisfatório.

Em 1992 a OAB em mais uma tentativa de mudar esse quadro passou a editar diretrizes curriculares incluindo estágio, criação de núcleos de prática jurídica e a obrigação do exame de ordem.

A Resolução 9/2004 alterou as bases dos cursos de direito e introduziu disciplinas de formação humanista, porém segundo Martinez, a pedagogia tradicionalista permaneceu.

Atualmente, a crise no ensino jurídico pode ser analisada sob três enforques: científico ideológico, político institucional e metodológico à luz de Gomes (2008).

Permanece ancorado em uma ideologia científica (estatalista e legalista), havendo distanciamento científico, desconexão com a realidade e dogmático; além de haver um mercantilismo do curso, haja vista a proliferação de cursos e banalização do curso.

Os programas do governo como (ProUni e Fies) consolidam um modelo de ensino que prioriza o lucro em detrimento da qualidade de ensino. Nesta toada os currículos operam à técnica em detrimento do saber:

> Os professores não têm dedicação exclusiva e muitas vezes são escolhidos para atuarem com "cases" de sucesso e assim atraírem mais alunos (SILVA, Artenira da Silva 2017).

O resultado disso é pouca pesquisa, pouca produção acadêmica, estudo desconectado e repetição de velhos paradigmas.

O sistema que vigora no Brasil é técnico legalista e os alunos visam apenas concluir o curso, sendo a formação despolitizada e disciplinadora. Não se prestigia as disciplinas zetéticas e sim as dogmáticas. Além do que o próprio currículo é apresentado de forma fragmentada e desconexa.

O currículo de ensino jurídico por ter uma concepção legalista do direito forma não somente advogados, mas também juízes que aplicam a norma de forma dedutivista - lógico formalmente em um processo de subsunção do fato à norma, formando um ciclo vicioso e maléfico à sociedade, pois se privilegia as desigualdades sociais seculares, pois não há neutralida-

de no discurso dogmático e tecnicista.

No que tange à formação precária em direito e seus reflexos na praxe jurídica apontam que há uma indústria cultural de fabricação do senso comum do direito com o aumento da privatização, mercantilização e massificação das obras de direito, que em suas conclusões são "resumos de dogmas jurídicos".

A Resolução 9/2004 que alterou as bases curriculares dos cursos de graduação como ferramenta que busca uma nova proposta pedagógica, voltada para uma formação multidisciplinar, humanista, axiológica e conciliadora, além de defender a necessidade de uma nova formação pedagógica que prestigiará a participação e reflexão dos alunos e incentivará a pesquisa e a dedicação acadêmica.

Emerge uma mudança de paradigma voltado para a justiça, democracia, comprometimento com a sociedade civil e com as desigualdades sociais e de gênero. A manutenção dos paradigmas de hoje é inadequada para a atual sociedade complexa e os processos avaliativos atuais são incapazes de assegurar a formação profissional, de modo que estes profissionais possam apresentar respostas à sociedade, à concretização da justiça ao invés de ter mera função mercadológica.

O resultado dessa formação deficitária é que o curso continua sendo elitista e patriarcal, de modo que a formação dos novos bacharéis não corresponde aos interesses da nossa sociedade.

Pesquisas realizadas pelo INEP, disponibilizada no site, www.portaldogoverno.inep.gov.br apontam que dentre os vinte maiores cursos em número de matrícula de graduação, a participação de mulheres nos cursos de direito em 2019 é de 55,2%, conforme gráfico abaixo:

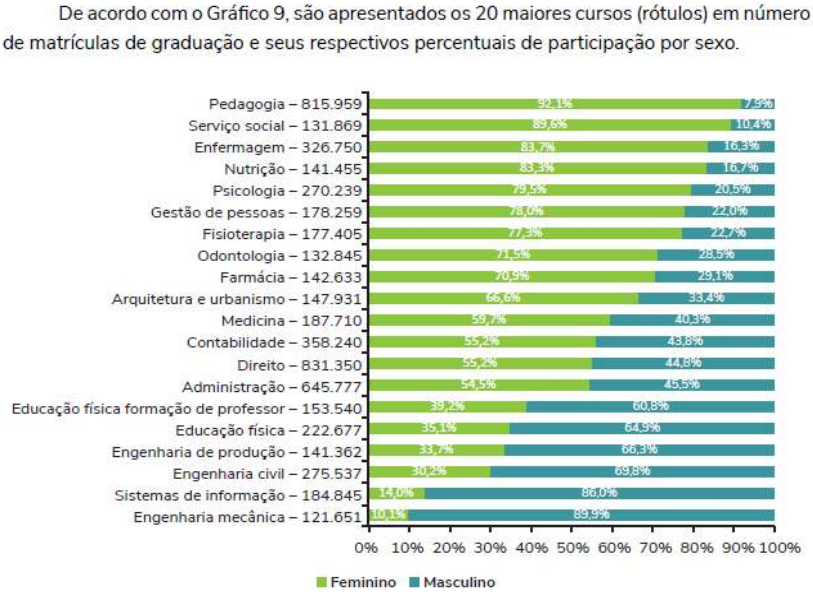


GRÁFICO 9

Os 20 maiores cursos (rótulos) em número de matrículas de graduação e os respectivos percentuais de participação, por sexo – Brasil – 2019

Gráfico 9 – Censo de educação Superior – Os 20 maiores cursos (rótulos) em número de matrículas de graduação e os respectivos percentuais de participação, por sexo – Brasil – 2019[1].

Muito embora a participação de mulheres nos cursos jurídicos seja de mais de cinquenta por cento, quando se trata de ocupação em cargos de liderança ou gestão o número de ocupação é bem menor.

De acordo com o diagnóstico elaborado pelo CNJ, em 2019, as magistradas ocuparam, em média, de 21% a 30% dos cargos de Presidente, Vice-Presidente, Corregedor ou Ouvidor, nos últimos 10 anos, enquanto a ocupação feminina nos cargos de Juiz Substituto aproximou-se de 41,9%.

[1] Fonte: www.Inep.gov.br (acesso set 2021).

Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário

JUSTIÇA	TRIBUNAL	% MAGISTRADAS (10 ANOS)	% MAGISTRADA ATIVAS	% MAGISTRADAS EM 1988	% SERVIDORAS	% FUNÇÕES PARA SERVIDORAS	% CARGOS DE CHEFIA PARA SERVIDORAS
Eleitoral	TRE-RN	41%	37%	-	45%	44%	42%
Eleitoral	TRE-RO	31%	0%	0%	38%	40%	35%
Eleitoral	TRE-RR	24%	0%	-	32%	32%	30%
Eleitoral	TRE-RS	50%	43%	-	55%	44%	45%
Eleitoral	TRE-SE	46%	38%	-	53%	46%	47%
Eleitoral	TRE-SP	17%	13%	-	70%	57%	57%
Eleitoral	TRE-TO	25%	33%	-	51%	41%	35%
Federal	TRF1	26%	25%	-	50%	53%	49%
Federal	TRF2	39%	38%	32%	51%	53%	54%
Federal	TRF3	36%	37%	38%	53%	55%	55%
Federal	TRF4	31%	33%	-	49%	52%	49%
Federal	TRF5	22%	24%	-	47%	49%	45%
Trabalho	TRT1	53%	53%	37%	59%	59%	57%
Trabalho	TRT11	52%	44%	41%	51%	54%	52%
Trabalho	TRT12	41%	41%	41%	49%	50%	52%
Trabalho	TRT14	45%	45%	40%	47%	42%	43%
Trabalho	TRT16	43%	41%	40%	47%	50%	38%
Trabalho	TRT17	44%	45%	-	51%	55%	55%
Trabalho	TRT18	46%	47%	-	57%	58%	42%
Trabalho	TRT2	57%	58%	43%	53%	56%	55%
Trabalho	TRT21	41%	41%	-	44%	46%	44%
Trabalho	TRT22	48%	44%	-	47%	52%	44%
Trabalho	TRT23	53%	49%	-	-	-	-
Trabalho	TRT3	43%	42%	18%	60%	63%	60%
Trabalho	TRT5	58%	61%	43%	54%	56%	53%
Trabalho	TRT6	55%	55%	46%	48%	51%	37%
Trabalho	TRT7	43%	46%	25%	50%	53%	53%
Trabalho	TRT8	43%	52%	28%	42%	45%	43%
Trabalho	TRT9	48%	46%	17%	53%	51%	52%
Superior	TSE	30%	50%	-	50%	50%	51%
Superior	TST	23%	18%	0%	55%	54%	45%

Na Ordem dos Advogados a realidade não é diferente, somente em dezembro de 2020, a OAB aprovou a Resolução 5/20 em que prevê o percentual de 50% de mulheres para o registro das chapas nas próximas eleições. A OAB possui 27 seccionais e atualmente somente uma mulher ocupa o Cargo de Presidente da OAB, de forma interina, enquanto as mulheres ocupam mais de 50% dos quadros de OAB.

SECCIONAL	Advogados (as)		Estagiários		Suplementares		TOTAL
	F	M	F	M	F	M	
TOTAL	**614.053**	**610.995**	**9.977**	**8.639**	**17.055**	**37.386**	**1.298.105**
AC	1.601	1.944	5	15	98	287	3.950
AL	5.787	6.562	13	21	196	516	13.095
AM	6.062	6.035	4	23	291	643	13.058
AP	1.678	1.729	5	6	134	317	3.869
BA	26.143	24.515	142	202	860	1.795	53.657
CE	15.359	16.861	38	33	264	647	33.202
DF	22.006	21.976	360	405	1.381	3.441	49.569
ES	12.007	11.337	60	80	411	965	24.860
GO	22.840	21.749	155	203	928	2.069	47.944
MA	8.319	9.194	4	34	441	1.120	19.112
MG	62.049	63.749	2.311	1.960	1.258	2.820	134.147
MS	7.538	8.297	76	95	323	863	17.192
MT	10.767	10.197	543	409	436	1.196	23.548
PA	11.154	10.408	182	202	381	897	23.224
PB	8.445	9.874	19	62	158	418	18.976
PE	17.766	18.347	77	111	387	932	37.620
PI	6.876	8.029	26	41	185	496	15.653
PR	37.545	38.954	22	48	948	2.024	79.541
RJ	75.871	70.764	3.000	2.290	1.763	3.567	157.255
RN	6.683	7.259	27	75	218	541	14.803
RO	4.551	4.165	22	11	227	571	9.547
RR	1.106	1.141	12	19	96	223	2.597
RS	45.262	43.626	711	571	570	1.057	91.797
SC	21.266	21.744	49	59	1.218	2.490	46.826
SE	5.443	5.183	9	21	200	516	11.372
SP	166.313	163.663	2.072	1.590	3.418	6.274	343.330
TO	3.616	3.693	33	53	265	701	8.361

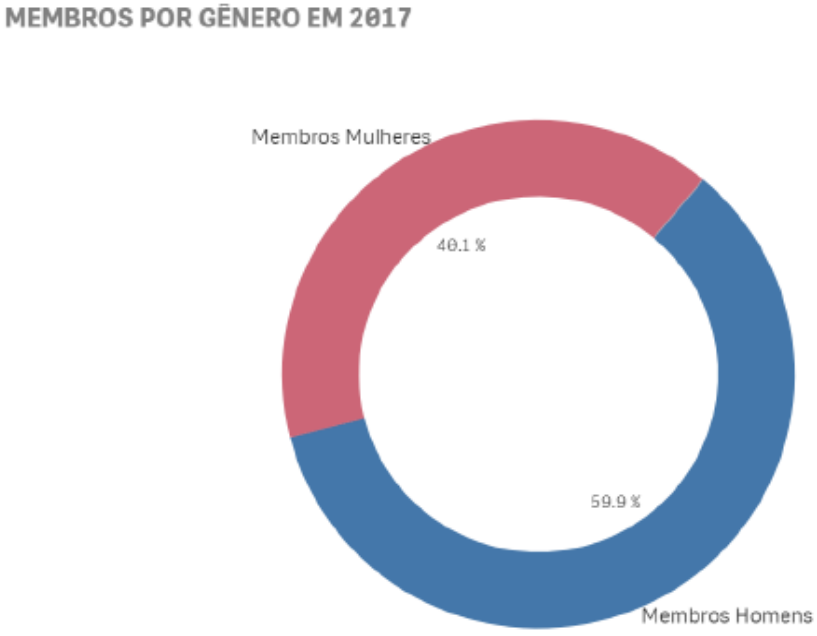
QUADRO DA ADVOCACIA REGULARES E RECADASTRADOS[2]

Importante registrar que hoje existem setenta e oito Conselheiros Federais na OAB que representam as seccionais, dos quais apenas dezoito, são mulheres. A estatística demonstra que muito embora as mulheres ocupem mais da metade dos quadros, quando se trata de funções de liderança a ocupação é de apenas 23% (FONTE: oab.org.br).

[2] Fonte: oab.org.br

No Ministério Público os dados não destoam, O Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP realizou um estudo em 2017 para levantamento de dados nos ramos e unidades do Ministério Público brasileiro relativos à participação feminina nos cargos de liderança.

Os dados nacionais revelaram que, na atualidade, os quatro ramos do Ministério Público da União – Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – e as vinte e seis unidades dos Ministérios Públicos dos Estados têm 5219 promotoras e procuradoras e 7802 promotores e procuradores, na proporção de cerca 40% de mulheres e 60% de homens.



Da análise dos dados colacionados acima, fruto de trabalhos de pesquisa realizados pelo Judiciário, Ministério Público e dados coletados do site da OAB permanece em nosso país flagrante desproporcionalidade na ocupação de cargos de comando por mulheres das carreiras jurídicas, que são frutos de uma formação acadêmica que permanece cega às necessidades de uma formação humanista e que continua formando operadores que privilegiam desigualdades seculares.

CONCLUSÃO

Ao término deste estudo percebe-se que desde a criação e instalação dos cursos de direito no Brasil, este atendeu aos interesses das elites, advindo de uma cultura patriarcal, cujo objetivo inicial era "**formar homens**" hábeis para serem sábios Magistrados, e peritos Advogado, às mulheres sequer era oportunizada a formação.

Apesar de a história apontar que desde 1941, já se refletia acerca da necessidade de uma "Renovação do Direito", pois passados mais de cem anos de sua instalação os cursos mantinham os conteúdos alterados, até os dias de hoje, apesar de alguns avanços como a inclusão de conteúdos de Antropologia, Ciências Políticas, Economia, Ética e Filosofia, somente para citar alguns, permanece a reprodução de uma ideologia tradicionalista.

Os cursos jurídicos desde seu projeto até os dias atuais repetem um ideal conservador, sexista e limitado. A explosão dos cursos de direito no Brasil acaba por repetir antigos conceitos, não atende às novas realidades da sociedade e pouco evoluiu para uma formação mais humanista, interdisciplinar, voltada para o desenvolvimento de um senso ético e atento aos direitos humanos, incluindo a valorização das mulheres nas carreiras jurídicas.

Essa deficiência na formação repete antigos conceitos e pode ser notada quando se analisa os dados estatísticos. Muito embora as mulheres sejam mais de cinquenta por cento que frequentam e estudam Direito, sejam mais de cinquenta nos quadros da OAB, ainda ocupam de forma bastante desigual os cargos de comando em todo o judiciário, incluindo a Magistratura e o Ministério Público.

Diante deste estudo, conclui-se que se repetem antigos paradigmas, que a explosão de cursos de direito, atendem aos interesses mercantilistas e que não tem contribuído de forma efetiva para a redução das desigualdades entre homens de mulheres na ocupação de cargos de comando do judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Aurelio Wander. **O ensino jurídico no Brasil**. Rio de Janeiro. 2ª ed. Lucen Juris, 2000.

BRASIL. Decreto nº 7.247, de 19 de abril de 1879. **Reforma o ensino primário e secundário no município da Côrte e o superior em todo o Império**. Coleção de Leis do Império do Brasil – Rio de Janeiro, 1879. Página 196 Vol. 1 pt. II (Publicação Original).

BRIÃO FERRAZ, Deise; CAMPOS OLEA, Thais. Apontamentos históricos sobre o ingresso e permanência das mulheres no ensino jurídico brasileiro. RJLB, Ano 5 (2019), nº 4.

Cenários, Reflexão, Pesquisa e Realidade: Cenário de Gênero. CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/>. Acesso em: 14 de setembro de 2021.

Diagnóstico da participação feminina no Poder Judiciário. CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/>. Acesso em: 14 de setembro de 2021.

FIGUEIREDO, Graça. Senhora da justiça - **A trajetória das mulheres no Poder Judiciário**. Manaus: Valer, 2012.

OAB NACIONAL - **Institucional / Quadro da Advocacia: Quantitativo por gênero**. Ordem dos Advogados do Brasil - Nacional, 2021. Disponível em: <https://www.oab.org.br/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

Resumo técnico do Censo da Educação Superior 2019. INEP – Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2021. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

SILVA, Arthenira da Silva, SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. - **Juristas ou Técnicos Legalistas? Reflexos sobre o Ensino Jurídico no Brasil**. Vol.10; Rio de Janeiro. Quaestio Iuris, 2017.

CAPÍTULO SEIS

A AUSÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS POR TRÁS DOS MUROS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

THE ABSENCE OF HUMAN RIGHTS BEHIND THE WALLS OF THE BRAZILIAN PRISON SYSTEM

ROBERTA MUCARE PAZZIAN

Mestre em Direito pela Fadisp. Pós Graduada em Direito Empresarial pela FGV/SP. Especialista em Processo Civil pela FGV/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Membra da Comissão de Processo Civil da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Pinheiros. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Das penas e das prisões. 1.1. Evolução histórica e finalidade das penas. 1.2. Evolução histórica e finalidade dos modelos prisionais. 2. Do direito de punir e da legitimidade do Estado para tanto. 3. O problema das penitenciárias no Brasil: evolução das prisões e os índices brasileiros. 4. Dos Direitos Humanos na Constituição Brasileira de 1988. 4.1. Evolução dos Direitos Humanos no Brasil. 4.2. Relativização dos Direitos Humanos. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar o sistema prisional brasileiro, o qual enfrenta sérios problemas de superlotação, sendo em sua maioria decorrentes não só da falta de vagas em relação ao elevado número de detentos, como também o número altíssimo de presos provisórios que aguardam um julgamento, muitas vezes por um período tão longo que praticamente podemos considerar que o inicio do cumprimento da pena já se iniciou antes de mesmo de sua eventual condenação. Todo este cenário deve ser observado sob a ótica dos Direitos Humanos que visam a proteção da pessoa como ser humano digno, bem como a proteção de direitos fundamentais dos cidadãos, preservados pela própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, como por exemplo os incisos III e LVII, os quais preveem, respectivamente, que ninguém será submetido a tratamento desumano, bem como ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.
Palavras-chave: Prisão. Sistema prisional. Superlotação carcerária. Direitos Humanos. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the Brazilian prison system, which faces serious problems of overcrowding, mostly resulting not only from the lack of vacancies in relation to the high number of detainees, but also the extremely high number of pre-trial prisoners awaiting a trial, often for such a long time that we can practically consider that the beginning of serving the sentence has already started even before his eventual conviction. This whole scenario must be observed from the perspective of Human Rights that aim to protect the person as a dignified human being, as well as the protection of fundamental rights of citizens, preserved by the Federal Constitution of 1988 in its article 5, as for example the items III and LVII, which stipulate, respectively, that no one will be subjected to inhuman treatment, as well as no one will be found guilty until the final sentence of the conviction.
Keywords: Prison. Prison system. Prison overcrowding. Human rights. Dignity of human person.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda um tema muito polêmico e bastante discutido atualmente perante todo o mundo, mas principalmente no Brasil. Refere-se ao problema do sistema prisional brasileiro, o qual encontra-se abarrotado e totalmente fora dos padrões e condições mínimas estabelecidas pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. O problema das prisões já é algo que a humanidade enfrenta desde a antiguidade e que se agravou nos tempos modernos devido ao aumento da criminalidade que assusta e inquieta a sociedade.

Antiga é a criação das penitenciárias, que segundo definição do renomado De Plácido e Silva, deriva do latim *penitência,* que quer dizer "*arrependimento, contrição, ou conforme a aplicação religiosa, a pena imposta pelo confessor ao penitente, para remissão ou expiação de seus pecados*"[1]. Contudo, há de se considerar que são necessárias condições mínimas para os encarcerados, conforme assegura a Constituição, preservando assim sua dignidade e impedindo qualquer meio de tortura ou tratamento desumano. Logo, não se pode relativizar os direitos humanos, pois são condição *sine qua non* de qualquer cidadão.

Para Foucault, a prisão moderna é antes de tudo, uma empresa de modificação de indivíduos que operacionaliza a racionalização de justiça penal[2]. Conforme o próprio sistema penal brasileiro e segundo a Lei de Execuções Penais, a prisão é vista como sendo uma forma de ressocializar os indivíduos que por ela passam, porém a realidade carcerária é bem diferente do que propõe a legislação.

Na verdade, o que vemos hoje nas penitenciárias brasileiras são celas lotadas, sem nenhuma condição de estadia ou qualquer condição para que seja possível a ressocialização do indivíduo que passa por ela. Em suma, temos um sistema prisional falido. Ademais, não é possível falarmos em ressocialização em um país onde uma considerável parcela da população não foi nem sequer socializada.

[1] SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 32. Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro - 2016. P. 3356.

[2] FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 43ª Edição. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 2008. P. 73.

No presente artigo, portanto, abordarei o fato de que o Estado não está preparado para atender a demanda de presos, seja pelo aumento do índice de criminalidade, seja pela falta de vagas nos presídios, seja pela demora do sistema judiciário em dar uma resposta efetiva, mantendo um elevado número de presos provisórios encarcerado por tempo indeterminado, sendo certo que todos estes fatores ferem brutalmente os direitos humanos constitucionalmente garantidos.

1. DAS PENAS E DAS PRISÕES

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FINALIDADE DAS PENAS

As penas tiveram como raiz as causas religiosas, sendo que as sanções eram aplicadas em situações em que o homem ofendia aos deuses, que eram tidos como curadores da justiça e da moralidade. A partir do momento em que os seres humanos se unem para viver em sociedade, criam-se as leis, ou seja, as regras que vão reger a convivência social. Se, caso alguém viesse a descumprir tais leis, este seria devidamente punido. Segundo Franz Von Liszt, desde suas origens históricas, a pena foi uma reação social contra o membro da comunidade que transgrediu as regras de convivência e com isso colocou em perigo os interesses da comunidade[3].

No primeiro período a pena era exclusivamente vingativa, ou seja, o mais forte se sobressaía ao mais fraco e a justiça, portanto, pendia para o lado daquele, ou seja, a justiça estava sempre do lado do que era mais forte. Não havia qualquer relação entre o crime cometido e a pena aplicada, tratava-se simplesmente de autotutela, em que aquele que sofria algum prejuízo causado por outrem, consertaria tal prejuízo com as próprias mãos, a chamada Lei do Talião (olho por olho e dente por dente).

Nas palavras de Franz Von Liszt:

> A pena é originariamente, ou seja, naquelas formas primitivas que se podem reconhecer nos começos da história da cultura humana, uma reação da so-

[3] LISZT, Franz Von apud OLIVEIRA, William Terra de; OLIVE, Juan Carlos Ferre; PAZ, Miguel Angel Nunez; BRITO, Alexis Couto de. Direito Penal Brasileiro – parte geral. Editora RT, 2011. p. 122.

> ciedade frente a perturbações externas das condições de vida, tanto do indivíduo como do grupo de indivíduos[4].

Somente depois de algum tempo é que surgiram as penas de prisão, deixando de lado as penas corporais com fundamento vingativo. Cesare Beccaria, pertencente a escola Clássica e principal defensor das penas humanitárias, traz ideias neste sentido iniciando assim o período humanitário, defendendo o fim das penas corporais que antes eram aplicadas pelos monarcas, freando, portanto, o poder absoluto de reis e nobres. Beccaria afirmou em seu livro que o fim, portanto, não é outro que o de impedir que o réu cometa novos danos aos seus cidadãos e de demover os outros de fazerem o mesmo[5].

Neste sentido, para tentarmos entender qual seria a finalidade da pena e o que justificaria sua aplicação, devemos considerar a relevante indagação levantada por Claus Roxin:

> Com base em que pressupostos se justifica que o grupo de homens associados no Estado prive de liberdade algum dos seus membros ou intervenha de outro modo, conformando a sua vida?[6]

Augusto Thompson propõe como finalidade da pena de prisão, a obtenção não de um, mas de vários objetivos concomitantes, tais como: punição retributiva do mal causado pelo delinquente; prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas; regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não criminoso[7].

Atualmente, assim como estabelece o artigo 59 do Código Penal, a pena será fixada e aplicada:

> (...) pelo juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do

[4] Idem.

[5] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Editora Quartier Latin, 2005. P. 57.

[6] ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais do Direito Penal. Lisboa, Vega, 2004. P. 05.

[7] THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Editora Forense, 1998. P. 03.

> crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A partir disto, temos que a finalidade da pena é a reprovação, que dá ao Estado poder de punir aquele que descumprir as leis, aplicando uma sanção penal ao infrator e restringindo sua liberdade por um tempo determinado e a prevenção, em que segundo disposto no artigo 10 da Lei de Execuções Penais o Estado deve preparar o condenado ao retorno à vida em sociedade, proporcionando assistência adequada a fim de que este se torne reabilitado.

Ocorre que, há cada vez mais seres humanos privados de liberdade, cumprindo a sanção criminal em condições cada vez mais árduas e deploráveis. Portanto, torna-se quase que impossível se falar em reabilitação do indivíduo que fora encarcerado[8].

Diante disso, podemos dizer que em nosso sistema penal a pena possui duas finalidades diferentes, uma abstrata, ou até mesmo ideológica, que é a de ressocialização, tornando o indivíduo capaz de retornar ao convívio social, e a outra concreta que seria praticamente um regresso ao século das trevas, em que o delinquente pagava com o seu próprio corpo.

Na realidade, a pena não tem alcançado o que dela se espera, tornando-se motivo de grandes frustrações para a sociedade, o que leva o Estado a perder o respeito e a confiança da população que se torna descrente no sistema, uma vez que este Estado perde seu caráter de garantidor da segurança.0

1.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FINALIDADE DOS MODELOS PRISIONAIS

O que hoje podemos considerar como sendo um absurdo, tempos atrás poderia ser algo comum e corriqueiro. O escritor estoniano Ignace Lepp nos mostra isso com perfeição quando diz:

[8] DIAS, Jorge de Figueiredo. Execução da pena de prisão e direitos humanos hoje e amanhã. P. 328.

> Se acusamos Hitler de genocídio e não Luis XIV, isso se deve simplesmente a que a cabo de três séculos se operou um progresso gigantesco da consciência moral.[9] (traduzimos)

Saímos de uma época de aplicação de penas corporais em que a grande maioria das penas se resumiam na pena de morte, seja por enforcamento, seja por apedrejamento, seja por qualquer outra forma de fazer com que o indivíduo pagasse corporalmente pelo mal cometido e passamos para uma época em que começam a surgir os primeiros confinamentos de que se tem notícia, as chamadas masmorras. Mesmo assim, ainda não se conhecia a pena privativa de liberdade, pois não era essa a finalidade da masmorra, uma vez que abrigava indivíduos apenas provisoriamente. Não é que nessa época deixou de se aplicar a pena de morte, mas agora surge uma nova forma de punir; o encarceramento.

Como já dito inicialmente, as penas de prisão tiveram suas origens na igreja, sendo esta, uma forma de se redimir dos pecados cometidos. Devido a isso, até o século XIII as penas privativas de liberdade eram cumpridas em mosteiros ou conventos. O que para Erving Goffman, hoje, na sociedade moderna tais instituições (manicômios, prisões e conventos) ainda servem para tal fim. É o que ele chamou de instituições totais, tendo ele as dividido em cinco grupos, sendo que um destes grupos "trata-se de estabelecimentos destinados a servir de refúgio do mundo, embora muitas vezes sirvam também como locais de instrução para os religiosos.[10]" Ainda, nas palavras do mesmo, tais instituições "em nossa sociedade, são as estufas para mudar pessoas; cada um é um experimento natural sobre o que se pode fazer ao eu.[11]" As prisões, assim como os conventos e os manicômios, tiram nossa identidade, nos tornamos todos idênticos e passamos a fazer parte da massa, sendo tratados apenas como objetos.

Porém, a privação da liberdade, como pena, surgiu somente no século XVI com a construção do *Rasphuis* em Amsterdã, no ano de 1595. Tratava-se de um estabelecimento carcerário destinado à execução das con-

[9] LEPP, Ignace. La nueva moral. Editora: Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1964. P. 40.

[10] GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 7ª Edição. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2001. P. 17.

[11] Idem.

denações. Em tal instituição procurava-se alcançar o fim educativo por meio do trabalho ininterrupto e constante, do castigo corporal e da instrução religiosa. Na época, acreditava-se que a partir de tais medidas haveria uma reeducação do detento a fim de que este pudesse ser reinserido na sociedade. Esse modelo de instituição influenciou diversos países da Europa, o que fez com que surgissem diversas casas deste tipo no continente europeu.

Assim, a pena de morte se tornava cada vez mais desgastada e menos eficaz. A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz de controle social[12].

O modelo mais famoso e tradicional de aplicação da pena privativa de liberdade foi o chamado modelo panóptico, que inclusive, é utilizado até hoje em diversos países.

A partir de então, começam a surgir os chamados sistemas penitenciários, ou seja, agora há uma organização interna, com regras previamente estabelecidas a serem cumpridas. Há uma organização em seu funcionamento.

Os primeiros sistemas penitenciários surgiram nos Estados Unidos. Esse sistema penitenciário criado pelos norte-americanos passa a ser desenvolvido e aperfeiçoado, ganhando novas características principalmente na Europa. Primeiramente temos o sistema pensilvânico que era baseado no isolamento total do preso, negando a ele o direito, inclusive, de se comunicar e a oração era vista como uma forma de ressocializá-lo. Em seguida, o sistema auburiano previa apenas o isolamento noturno dos presos, sendo que durante o dia eles trabalhavam em conjunto e no período da noite eram isolados. Tal sistema adotava a filosofia de que o trabalho era, por si só, um instrumento reabilitador do preso[13]. Ambos os sistemas vieram à falência, sendo o primeiro, devido ao próprio isolamento, uma vez que, ao se tratar de seres humanos há uma necessidade em se viver em comunidade, já que o contrário leva qualquer um à loucura, ou seja, não foi uma forma adequada para a ressocialização. Já o segundo sistema, não

[12] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisã*o: causas e alternativas. Editora Saraiva, 2001. p. 29.

[13] SUN, Érika. *Regimes da pena e arquitetura prisional.* Disponível em: <http://www.erikasun.com/2011/06/14/regimes-da-pena-e-arquitetura-prisional/> Acesso em: 2 abr..2020.

deu certo, pois o que ocorria era uma exploração do trabalho do preso, remetendo novamente à tortura.

É nesse contexto que surge então o chamado sistema inglês progressivo ou *mark sistem,* desenvolvido pelo Capitão Alexander Maconochie, no ano de 1840, na Ilha Norfolk, na Austrália. Aludido sistema veio a dar origem ao sistema que utilizamos atualmente. Este sistema consistia em medir a duração da pena por uma soma de trabalho e de boa conduta imposta ao condenado. Referida soma era representada por certo número de marcas ou vales, de maneira que a quantidade de vales que cada condenado necessitava obter antes de sua liberação deveria ser proporcional à gravidade do delito[14].

Ocorre que, se analisarmos a aplicação da pena de prisão nos dias atuais verificamos que a mesma encontra-se em crise e um dos fatores que nos mostra claramente essa crise é o alto índice de reincidência. A maioria das pessoas, uma vez presas, voltam a cometer crimes. Isso geralmente é causado pelo sentimento de revolta provocado pelo descaso com que são tratadas nas penitenciárias, em que direitos fundamentais e direitos humanos constitucionalmente garantidos são deixados de lado e muitas vezes esquecidos.

Diante do elevado índice de reincidência, fica claro que a função ressocializadora da prisão não tem produzido os efeitos desejados. Para Foucault, a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro[15].

Ainda, um modelo que merece destaque e que é utilizado até hoje é o modelo Panóptico de Bentham. Tal modelo tornou-se aplicável nos mais diversos tipos de estabelecimentos, quais sejam, penitenciárias, escolas, fábricas, dentre outros. Arquitetonicamente, o modelo panóptico criado por Bentham consistia no seguinte: na periferia uma construção em anel com várias celas que possuem duas janelas uma para o interior e outra para o exterior. No centro, uma torre com várias janelas que abrem para o interior do anel, onde o vigia possui visibilidade sobre os detentos sem estes o enxergar[16].

[14] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*: causas e alternativas. Editora Saraiva, 2001. p. 97.

[15] FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 43. ed. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 2008. p. 13.

[16] BENTHAM, Jeremy. O Panóptico. São Paulo: Editora Autêntica, 2019. p. 67.

O panóptico constitui um aparelho arquitetural, onde os detentos são vistos e devem ter certeza que são o tempo todo vigiados e nunca veem nada, pois haveria persianas na sala central e separações que são biombos através de um método inverificável, qual seja o detento nunca deve saber se está sendo observado, mas deve ter certeza de que sempre pode sê-lo.

Nota-se então, que o sistema prisional é formado por um conjunto de elementos. Neste caso, o poder disciplinar mostra-se presente através de uma simples ideia arquitetural, onde a principal característica é o poder de observação sobre os detentos. Essa observação ao mesmo tempo é tida como uma forma de punição, pois provoca uma sensação terrível de total invasão de privacidade.

2. DO DIREITO DE PUNIR E DA LEGITIMIDADE DO ESTADO PARA TANTO

Mais de três séculos antes de Cristo, Aristóteles afirmou que o homem é um ser social. A partir daí, surge a ideia de que devemos abrir mão de parte de nossa liberdade a fim de que possamos viver em sociedade, pois seria impossível vivermos isolados. Ocorre que, ao agrupar pessoas, passam a surgir também inúmeros conflitos; conflitos estes, próprios de uma sociedade, em que as pessoas são diferentes, possuem ideias diferentes, modos de vida diferentes, mas que procuram sempre o melhor para si mesmas.

Somente séculos depois, o Estado chegou à conclusão de que a melhor forma para resolver os conflitos seria organizando-se juridicamente. Em primeiro lugar, organizou-se politicamente, criando os três poderes em que se consubstancia a sua soberania: Executivo, Legislativo e Judiciário. Num segundo plano, estabeleceu as normas de conduta social, que permanecem *in abstracto*, exigindo a sua observância por todos os membros da coletividade. Para os que infringem tais regras de comportamento social foram criadas sanções, que também vigem em abstrato. E, finalmente, como instrumento e meio para fazer atuar o seu Poder Jurisdicional, o Estado criou o processo, forma racional de composição dos conflitos.

O processo autêntico surgiu quando o Estado, proibindo a justiça privada, avocou para si a aplicação do direito como algo de interesse público em si mesmo e, além disso, estruturando o sistema de direitos e garantias individuais, interpôs os órgãos jurisdicionais entre a administração e os direitos dos cidadãos, tornando-se, então, o Poder Judiciário um poder político, indispensável ao equilíbrio social e democrático, e o processo um instrumento dotado de garantias para assegurá-lo. Com isso, as partes passaram a permitir que um terceiro, o Estado, decidisse a lide.

O direito de punir pode ser definido como sendo o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário, causando um dano ou lesão jurídica.

Falamos em *jus puniendi* quando ocorre uma transgressão da norma penal. Se uma pessoa atinge um bem jurídico de outra, surge então o *jus puniendi in concreto*, no qual o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Logo, o Estado é indubitavelmente o único titular do direito de punir.

Contudo, devido ao elevado número de processos que abarrotam o sistema judiciário atualmente, a morosidade e a falta de uma resposta eficaz para que se alcance uma tutela jurídica justa também tem causado grandes transtornos no que diz respeito a aplicação punitiva do Estado.

Por fim, cabe salientar que a aplicação do direito deverá ser a mais justa possível, sendo que a pena aplicada ao sujeito será de acordo com o mal causado por ele, ou seja, haverá uma relação de proporcionalidade entre o dano causado pelo agente e a pena a ele aplicada. Isso é explícito em nosso ordenamento jurídico, uma vez que o Código Penal, conforme já mencionado anteriormente em seu artigo 59, estabelece penas diferentes para os diferentes tipos penais.

3. O PROBLEMA DAS PENITENCIÁRIAS NO BRASIL: EVOLUÇÃO DAS PRISÕES E OS ÍNDICES BRASILEIROS

3.1 EVOLUÇÃO DAS PRISÕES NO BRASIL

O primeiro Código Penal brasileiro foi criado em 1830 e tinha fortes influências das ordenações portuguesas, prevendo, inclusive, a aplicação da pena de morte. Somente anos mais tarde, em 1940 é que conseguimos elaborar um Código Penal mais humanitário e que busca uma punição mais justa. Tal código é o que utilizamos até os dias de hoje.

Não muito depois da descoberta do Brasil, aproximadamente por volta de 1551, já se ouvia falar por aqui da existência de uma cadeia, localizada mais precisamente no estado da Bahia. Nessa época, nas cidades e vilas, as prisões se localizavam no andar térreo das Câmaras Municipais e faziam parte constitutiva do poder local. Elas serviam para recolher desordeiros, escravos fugitivos e criminosos à espera de julgamento e punição. Não eram cercados e os presos mantinham contato com transeuntes através das grades; recebiam esmolas, alimentos, informações.

Podemos perceber, já desde essa época, que no quesito de aplicação da lei penal o Brasil nunca se destacou. Como um exemplo mais atual, podemos citar o Aljube, um antigo cárcere eclesiástico do Rio de Janeiro, que em 1829 abrigava 390 detentos, sendo que cada um dispunha de uma área de aproximadamente 0,6 por 1,2 m^2, e para piorar, em 1831 o número de detentos passaria para 500.

Há uma séria contradição entre a teoria e a prática que sempre foram visíveis neste país. Neste sentido, podemos encontrar na Lei de Execuções Penais (LEP – Lei 7210/84), que diga-se de passagem é uma lei muito boa na teoria, algo como o artigo 88 que diz:

> O condenado será alojado em cela individual que conterá dormitório, aparelho sanitário e lavatório.
>
> Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:
>
> a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;
>
> b) área mínima de 6,00m2 (seis metros quadrados).

Também já presente na Constituição Imperial de 1824 tínhamos, da mesma forma, tal preocupação:

> As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza dos seus crimes.[17]

A pena de morte estava presente em nosso ordenamento, mas ficou reservada para os casos de crimes mais graves como o homicídio, o latrocínio e a insurreição de escravos. Além da pena de morte, também estava presente a pena de galés, que significava fazer trabalhos forçados em obras públicas.

O Código Criminal de 1830 teve como principal novidade a aplicação das penas de prisão com trabalho, ou seja, os detentos teriam que trabalhar diariamente dentro do recinto dos presídios. Posteriormente, juristas começaram a se preocupar com o estudo científico da personalidade do delinquente. O criminoso passa a ser visto "como um doente, a pena como um remédio e a prisão como um hospital.[18]"

Foi somente por volta de 1889, com a proclamação da República, que desapareceram do cenário punitivo a pena de morte e a galés. Ficou estabelecido, ainda, o caráter temporário das penas restritivas de liberdade individual, sendo que estas não poderiam exceder a 30 anos, princípio que prevalece até a atualidade[19].

Finalmente, em 1920, o Brasil passa a ser visto com outros olhos com a inauguração da penitenciária de São Paulo que foi tida como modelo para o Brasil e o mundo, como sendo um marco na evolução das prisões, ou como bem disse Carvalho Filho "um instituto de regeneração modelar". Construída para 1200 presos, oferecia o que havia de mais moderno em matéria de prisão: oficinas, enfermarias, escola, corpo técnico, acomodações adequadas, segurança.

---

[17] Constituição Federal, 1824. P. 34.

[18] SALLA, Fernando Afonso. *As prisões em SP*: 1822-1940. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999. p. 134.

[19] CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. *A prisão*. Editora Publifolha, São Paulo, 2002. P. 43.

Já no Código Penal de 1940, o cárcere é a espinha dorsal do sistema. Cerca de 300 infrações penais são punidas em tese com pena privativa de liberdade (reclusão e detenção).

Outro símbolo da história das prisões brasileiras, mas também com problemas de superlotação, foi a Casa de Detenção de São Paulo, que chegou a hospedar mais de 8 mil homens, apesar de só ter 3250 vagas, o que demonstra que problemas como este já são antigos em nosso sistema. Inaugurada em 1956 para presos à espera de julgamento, sua finalidade se corrompeu ao longo dos anos, pois a Casa de Detenção passou a abrigar também condenados.

Conforme já dito anteriormente, o Brasil, no que diz respeito a aplicação da lei penal, nunca teve muitos motivos para se orgulhar. A penitenciária de São Paulo, denominada "Carandiru", inicialmente elogiada por ser um modelo para o mundo, não deu certo, sendo desativada em 2002. A Casa de Detenção de São Paulo, também considerada um exemplo, teve sua finalidade corrompida ao abrigar em torno de 8 mil homens quando só havia capacidade para abrigar 3250, isso sem contar que esta fora construída com o intuito de abrigar apenas presos provisórios, ou seja, aqueles que aguardavam julgamento, mas acabou por abrigar também presos já sentenciados, o que levou a sua desativação pelo governo estadual em 2002.

Assim, é visível que a superlotação carcerária não é um problema dos dias de hoje, mas sim algo que já vem se alastrando por muitos anos e que parece só piorar, o que é cada vez mais preocupante.

Diante disso, realizaram-se diversas modificações na lei penal a fim de tentar reduzir o número de encarcerados e tentar amenizar o problema da superlotação. Como principais mudanças, podemos apontar a ampliação dos casos de sursis, a instituição da prisão albergue e a criação de medidas alternativas.

Contudo, nas últimas décadas, os índices crescentes de criminalidade, os episódios marcantes de violência e o sentimento de impunidade, tem feito com que a sociedade desacredite da eficácia da lei penal e do poder punitivo do Estado. As prisões estão cada vez mais lotadas e, por outro lado, o sentimento de impunidade parece ser cada vez maior. Claramente há algo errado no sistema penal brasileiro.

3.2 DOS ÍNDICES BRASILEIROS

Os números do sistema carcerário brasileiro são no mínimo assustadores. Quando analisamos basicamente o número de estabelecimentos prisionais, o número de vagas, o número de presos condenados e o número de presos provisórios, podemos perceber claramente que a conta não fecha.

É certo que a população brasileira é uma das mais numerosas do mundo contendo, segundo dados do IBGE, consultados em abril de 2020 o número de 211.349.249 de habitantes[20]. Com isso, o Brasil ocupa a 6ª posição no ranking de países mais populosos do mundo, perdendo apenas para China, Índia, Estados Unidos, Indonésia e Paquistão[21]. Ocorre que, o número de habitantes não está diretamente ligado ao número de encarcerados, não servindo, portanto, como forma de justificar os índices altíssimos de pessoas encarceradas.

Por outro lado, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça atualmente temos 2.774 estabelecimentos prisionais que somam o total de 435.294 vagas[22]. Contudo, de acordo com dados fornecidos pelo Depen no período de julho a dezembro de 2019, o número de presos no Brasil era de 748.009, sendo 222.558 presos provisórios,[23] ou seja, praticamente 30% dos presos ainda não haviam sido condenados, sequer tiveram um julgamento.

Isso significa dizer que o número de presos é praticamente o dobro do número de vagas. Neste cenário, percebe-se que o número de vagas não acompanha o número de presos, sendo estes muito maiores que aqueles, gerando um déficit, conforme se verifica no gráfico a seguir:

[20] Dados fornecidos pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acesso em 06.04.2020 às 15:09.

[21] Pesquisa World Population Prospects 2019, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU) divulgada pela revista Exame em 17.06.2019. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/por-72-mil-pessoas-paquistao-supera-brasil-de-paises-mais-populosos/. Acesso em 06.04.2020 às 15:24.

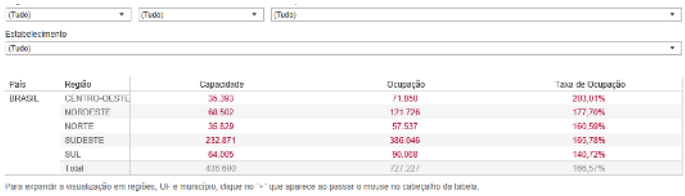
[22] Relatório mensal do CNIEP. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php> Acesso em 08.06.2020.

[23] Departamento Penitenciário Nacional (Depen). Presos em unidades prisionais no Brasil – período de julho a dezembro de 2019. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN. Acesso em: 09.06.2020.



Como se não bastasse, outro dado que chama atenção, é o fato de que, segundo informações do CNJ, há em todo o país 366,5 mil mandados de prisão pendentes de cumprimento[24].

Em contrapartida, devemos considerar que essas vagas, bem como o número de presos não estão distribuídos igualmente ou proporcionalmente entre os estados e regiões do Brasil. Conforme se verifica abaixo nos dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público em 2019[25], a pior região é a Centro- Oeste que apresenta uma taxa de ocupação de mais de 200%.



[24] Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Cadastro Nacional de Presos. Site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>. Acesso em 06.04.2020.

[25] Sistema Prisional em Números. Dados fornecidos pelo CNMP referente ao 2º trimestre de 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em 06.04.2010 às 15:56.

Não só São Paulo, cujo estado é o mais populoso do Brasil, mas também os demais estados brasileiros, de todas as regiões, já há tempos, apresentam índices assustadores quando se trata de população carcerária.

Importante dizer ainda que segundo o Depen, em números absolutos o Brasil ocupa o 3º lugar dentre os países com maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para os Estados Unidos que ocupam o 1º lugar com 2,1 milhões e a China que ocupa o 2º lugar com 1,7 milhão.

Ademais, convém mencionar que a situação torna-se ainda mais chocante quando analisamos o orçamento que é repassado para as penitenciárias. Segundo o Fundo Penitenciário Nacional – Funpen o orçamento inicial para o ano de 2019 era de R$353,42 milhões os quais seriam destinados a criação de 22 mil vagas, sendo que posteriormente houve uma nova previsão orçamentária no valor de R$912 milhões. Porém, até agosto de 2019 só haviam sido criadas 6.300 vagas, bem como até novembro do mesmo ano só havia sido utilizado 22% do orçamento[26].

Por fim, ao analisarmos os dados concretos percebemos que há um descaso muito grande por parte do Estado em investir neste setor. Cumpre esclarecer que investir no setor penitenciário significa investir em duas questões de extrema importância, quais sejam, de um lado significa investir em segurança pública, a qual esta devidamente prevista na Constituição Federal. Por outro lado, significa investir em direitos humanos dos presos, os quais também são cidadãos e, portanto, dotados de direitos, previstos na Constituição e tidos como direitos fundamentais.

Assim, se o Estado abandona essas duas questões constitucionais de extrema importância está também negando direitos constitucionais aos cidadãos, sejam eles encarcerados ou livres, o que não se pode permitir.

[26] Depen – Departamento Penitenciário Nacional – Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/funpen-1. Acesso em 06.04.2020 às 16:27.

4. DOS DIREITOS HUMANOS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

4.1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Ao longo da evolução histórica da humanidade, o tratamento e reconhecimento do ser humano nem sempre foi o mesmo. Episódios de violações massivas de direitos e absolutas afrontas à dignidade de pessoas exigiram que a própria humanidade reconhecesse direitos inerentes a todas as pessoas[27].

Para Hannah Arendt, o primeiro direito é o direito a ter direitos, o que, antes de mais nada, quer dizer dar a uma pessoa um lugar no mundo por meio do acesso a uma ordem jurídica e política que assegure o "viver numa estrutura onde se é julgado pelas próprias ações e opiniões" (Arendt, 1989, p. 330). Com isso percebemos que o direito a ter direitos é o primeiro direito humano, pois assegura a cada indivíduo o direito de pertencer a uma comunidade e ter acesso a uma ordem jurídica justa.

A Organização das Nações Unidas (ONU) foi responsável por proclamar a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a qual tem como objetivos principais evitar guerras, promover a paz mundial e fortalecer os direitos humanitários e principalmente, manter tratamento digno e igualitário a todos os povos. Este mesmo documento afirma ainda que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Segundo a ONU, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos[28]. O que significa dizer também que visam a proteção dos direitos dos cidadãos ou grupos contra o abandono dos governos que deixam de lado os direitos humanos.

Neste diapasão, temos que um dos pilares dos direitos humanos é o princípio da dignidade humana, o qual é de extrema relevância na manu-

[27] PETRI, Bruno Del e LÉPORE, Paulo. Manual de Direitos Humanos. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. P. 25.

[28] Organização das Nações Unidas (ONU). Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshuUmanos/. Acesso em 08.04.2020.

tenção dos direitos humanos. Tamanha sua importância que é reconhecida nos principais documentos internacionais, muitas vezes inclusive como fundamento de proteção dos direitos, como na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981, além de contar com positivação expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – em que reconhecida como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III)[29].

Assim, conforme esclarecem Bruno Del Petri e Paulo Lépore, temos que os direitos humanos se encontram em posição central dos ordenamentos jurídicos, funcionando não só como paradigma de validade dos atos estatais e particulares, mas também como instrumento de pulverização da cultura de respeito aos valores essenciais à dignidade humana[30].

No Brasil, demos um grande salto com relação aos direitos humanos. Passamos de um período de violência arbitrária do Estado e total desrespeito às garantias fundamentais, no qual destacamos a tortura e assassinatos de dissidentes e presos políticos, bem como as condições gritantes das prisões brasileiras**,** durante a ditadura militar nas décadas de 60 e 70, para a inclusão do tema de forma abrangente na Constituição Federal de 1988, principalmente após a Emenda Constitucional 45 que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 5º.

Além disso, avançamos com a criação de comissões de direitos humanos, merecendo destaque o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), lançado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, em 13 de março de 1.996, o qual foi o primeiro programa para proteção e promoção de direitos humanos da América Latina, e o terceiro no mundo.

Contudo, se por um lado temos a população defendendo os direitos humanos durante o período da ditadura militar, por outro lado, importante mencionar que os direitos humanos também passam por um "movimento pendular", que ora oscila a favor, ora oscila contra os aludidos direitos. Isto porque nas décadas de 80 e 90, já sob a vigência do regime democrático, vimos um aumento da criminalidade e da insegurança o que levou indivíduos

[29] PETRI, Bruno Del e LÉPORE, Paulo. *Manual de Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 51.

[30] Idem. p. 52.

e coletividades a se voltarem contra a defesa dos direitos humanos, alegando que esses serviam mais aos criminosos do que às vítimas.

Embora tenhamos avançado muito na proteção destes direitos desde a Constituição de 1988, certo é que graves violações de direitos humanos continuam a ocorrer em todo território nacional, seja com a omissão de governos estaduais, o descaso e o abandono de tais direitos, seja com a própria ação do Estado como um todo. Isso se faz muito claro quando analisamos as condições degradantes em que se encontram as prisões brasileiras atualmente, principalmente no que se refere a superlotação e condições degradantes e desumanas em que se encontram os encarcerados.

Assim, ao que parece, os direitos humanos avançaram consideravelmente no Brasil e tem um papel de extrema importância em todo o mundo, porém parecem não adentrar no sistema carcerário nacional. Muito embora, os índices de criminalidade se apresentem cada vez maiores e a sensação de insegurança seja cada vez maior, faz-se necessária a observação e aplicação de tais direitos também no âmbito prisional, visando inclusive o cumprimento de lei federal que prevê a ressocialização do preso, o que me parece impossível diante das condições atualmente impostas.

4.2. RELATIVIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O sistema prisional brasileiro, conforme já mencionamos, enfrenta sérios problemas dentre os quais podemos destacar a superlotação dos presídios de todo país. Celas lotadas, com capacidade muito acima do permitido fazem com que os indivíduos ali inseridos sequer tenham condições mínimas de higiene, espaço e acomodação. Tal situação reflete um sistema prisional falido cujo Estado já há muito tempo abandonou. Com isso, os direitos humanos parecem não fazer parte do universo prisional do Brasil, uma vez que os indivíduos encarcerados se encontram em condições degradantes e muitas vezes desumanas.

A questão prisional no Brasil, por ordem da Constituição, possui dois vieses, sendo um deles a garantia da segurança pública e o outro a garantia dos direitos fundamentais e direitos humanos. Porém, o que vemos é uma falha em ambos os lados, pois se por um lado o índice de crimina-

lidade aumentou, por outro, direitos e garantias constitucionalmente assegurados à todos os indivíduos são quase inexistentes no universo prisional.

O governo brasileiro e os estados da federação obrigam-se a proteger não apenas os direitos humanos definidos nas constituições nacional e estaduais, mas igualmente os direitos humanos definidos em tratados internacionais, reconhecidos como válidos para aplicação interna pela Constituição de 1988[31].

Segundo relatório elaborado pela Anistia Internacional no informe referente ao ano de 2017/2018:

> O sistema prisional continuou superlotado e os presos eram mantidos em condições degradantes e desumanas. A população carcerária era de 727.000 pessoas, das quais 55% tinham entre 18 e 29 anos e 64% eram afrodescendentes, segundo o Ministério da Justiça. Uma parcela significativa dos internos – 40% no âmbito nacional – estava detida provisoriamente, situação em que costumam permanecer por vários meses até serem julgados[32].

Outro ponto que chama atenção refere-se ao número de presos mortos dentro das penitenciárias do Brasil. Conforme relatório da Anistia Internacional, as condições caóticas, superlotadas e perigosas das prisões brasileiras resultaram em mais de 120 mortes de presos durante motins registrados em janeiro[33].

Assim, diante de todo o exposto, é visivelmente perceptível que há um problema muito sério que assola o sistema prisional brasileiro em diversos aspectos. Não só em relação aos números que foram apresentados ao longo deste trabalho residem os problemas, mas também na falta de atuação do Estado e na ausência de aplicação dos direitos humanos e direitos fundamentais constitucionalmente garantidos à população encarcerada. É preciso fazer com que tais direitos cheguem a essa população, pois só assim poderemos ter uma sociedade mais justa e igualitária conforme previsto na Constituição Federal de 1988.

---

[31] PINHEIRO, Paulo Sérgio e NETO, Paulo de Mesquita. *Direitos Humanos no Brasil*: perspectivas no final do século. Disponível em: https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down111.pdf. Acesso em 13 abr. 2020.

[32] Anistia Internacional – Informe 2017/2018. O Estado dos Direitos Humanos no mundo. p. 90/91.

[33] Idem. p. 29.

CONCLUSÃO

O presente artigo abordou questão atual e de extrema relevância para o mundo jurídico e social. O paralelo traçado entre o sistema prisional brasileiro e os direitos humanos mostrou que muitas vezes tais direitos são relativizados no Brasil ou até mesmo esquecidos e deixados de lado. Quando analisamos as penitenciárias brasileiras o que vemos é um sistema falido, com celas abarrotadas, sendo certo que os direitos humanos não adentram os muros do encarceramento. Faltam vagas, condições mínimas de higiene, saúde, espaço e principalmente, falta atuação do Estado como garantidor de direitos em todos os sentidos.

A restrição da liberdade é algo muito sério e não é à toa que está incluída na Constituição Federal em seu artigo 5º no rol dos direitos fundamentais. Também no artigo 144 desta mesma Constituição é garantida a segurança pública, a qual é considerada um dever do Estado e um direito de todos. Logo, se o Estado tolhe de seus cidadãos um desses direitos está ferindo gravemente a Constituição e favorecendo uma justiça privada, a qual teoricamente já há muito tempo não é permitida.

Ademais, é preciso saber qual o objetivo se pretende alcançar quando se coloca um indivíduo dentro de uma cela. Se a legislação brasileira prevê que a pena tem o objetivo de restringir a liberdade de locomoção de uma pessoa e tem como finalidade ressocializá-la, é preciso que haja um meio ideal para atingir tais pontos, pois em penitenciárias como as do Brasil, onde quinze, vinte ou mais pessoas são colocadas em uma cela com capacidade para cinco ou seis, não dá para dizer que a finalidade da pena é a ressocialização e muito menos dá para dizer que os direitos humanos estão sendo respeitados.

Há uma enorme discrepância entre a legislação constitucional e infraconstitucional e o que é colocado em prática. Isto porque, o que vemos no Brasil é que a quantidade de vagas é muito inferior à quantidade de presos, o que gera uma superlotação carcerária resultando numa relativização dos direitos humanos para estes indivíduos, o que é inadmissível.

Também quando falamos da prisão como forma de ressocializar o indivíduo, provado está que há uma incompatibilidade entre a legislação e

a prática. Não há que se falar em ressocialização quando os indivíduos são tratados como se não tivessem quaisquer direitos, quando veem seus próprios direitos fundamentais violados. Isso faz com que percam o respeito pelo próprio sistema e perdem a confiança no Estado punitivo e garantidor da segurança.

Para encerrar, é nítido que o sistema prisional brasileiro precisa melhorar muito, mas para que isso ocorra é necessário que se façam altos investimentos neste setor. Não só isso, mas também são necessárias mudanças no judiciário brasileiro para evitar que problemas como a morosidade desencadeiem problemas como a ocupação de diversas vagas com presos provisórios que aguardam, sem qualquer perspectiva, por um julgamento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Anistia Internacional – Informe 2017/2018. **O Estado dos Direitos Humanos no mundo.** Disponível em: https://anistia.org.br/direitos-humanos/informes-anuais/

Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – **Cadastro Nacional de Presos.** Site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/bnmp-2-0/>.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico.** São Paulo: Editora Autentica, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas.** Editora Saraiva, 2001.

BRASIL, **Código Penal de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>.

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

_____, **Lei Federal 7.210 de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>.

CARVALHO FILHO, Luiz Francisco. **A prisão.** 1ª Edição. Editora Publifolha, São Paulo, 2002.

CNIEP – Cadastro Nacional de Inspeções nos Estabelecimentos Penais. Relatório mensal. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php>.

CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público. **Sistema Prisional em Números. Relatório referente ao 2º trimestre de 2019**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>.

DEPEN - Departamento Penitenciário Nacional. **Presos em unidades prisionais no Brasil – período de julho a dezembro de 2019.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN>.

_____. **Ministério da Justiça e Segurança Pública.** Disponível em: http://depen.gov.br/DEPEN/funpen-1.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Execução da pena de prisão e direitos humanos hoje e amanhã.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 43ª Edição. Editora Vozes: Rio de Janeiro, 2008.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. 7ª Edição. São Paulo: Editora Perspectiva S.A., 2001.

IBGE – **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>.

LEPP, Ignace. **La nueva moral**. Editora: Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1964.

LISZT, Franz Von apud OLIVEIRA, William Terra de; OLIVE, Juan Carlos Ferre; PAZ, NUNEZ, Miguel Angel; BRITO, Alexis Couto de. **Direito Penal Brasileiro – parte geral**. Editora RT, 2011.

ONU - **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/

PETRI, Bruno Del e LÉPORE, Paulo. **Manual de Direitos Humanos.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

PINHEIRO, Paulo Sérgio e NETO, Paulo de Mesquita. **Direitos Humanos no Brasil: perspectivas no final do século.** Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2015/01/down111.pdf>. Acesso em 13.04.2020.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais do Direito Penal. Lisboa: Vega, 2004.

SALLA, Fernando Afonso. **As prisões em SP: 1822-1940**. São Paulo: Annablume/Fapesp, 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 32ª Edição. Editora Forense, Rio de Janeiro - 2016.

SUN, Érika. **Regimes da pena e arquitetura prisional.** Disponível em: <http://www.erikasun.com/2011/06/14/regimes-da-pena-e-arquitetura-prisional/>

THOMPSON, Augusto. **A Questão Penitenciária**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense Ed., 1998.

TERCEIRA PARTE

DIREITO CIVIL

CAPÍTULO SETE

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO UMA ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET (O CASO UNITED STATES V. STEVENS E A EXPERIÊNCIA ALEMÃ DO NetzDG)

CIVIL RESPONSIBILITY OF APPLICATION PROVIDERS
AN ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF ARTICLE 19
OF THE INTERNET CIVIL FRAMEWORK (THE UNITED STATES V. STEVENS
CASE AND THE GERMAN EXPERIENCE OF NETZDG)

FRANCISCO FERNANDEZ GONZALEZ JUNIOR

Mestrando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Bacharel em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado.
Email: fernandez@fernandezadvocacia.com.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do surgimento da internet e os diversos tipos de provedores. 2. Da responsabilidade civil subjetiva e da responsabilidade civil objetiva. 3. Os conflitos na rede de computadores e da formação das correntes jurisprudenciais no direito brasileiro. 3.1. Da jurisprudência pela responsabilidade objetiva. 3.2. Da jurisprudência pela responsabilidade subjetiva. 3.3. Da decisão precedente - do resp 1.308.830-rs, relatora ministra nancy andrighi, j. 08/05/2012. 4. Do marco civil da internet – lei 12.965/2014. 4.1. A responsabilidade civil dos provedores de aplicação no marco civil da internet. 4.2. Recurso extraordinário 1.037.396 - repercussão geral 987 – relator ministro dias toffoli. 4.2.1. Os argumentos pela inconstitucionalidade do art. 19 da lei 12.965/14: da liberdade de manifestação de pensamento e da rede social como órgão não regulador. 4.2.2. Os argumentos pela constitucionalidade do art. 19 da lei 12.965/14: do direito da personalidade – direito à intimidade e da necessidade de limitação do direito à manifestação do pensamento. 4.3. Do caso *United States v. Stevens*. 4.4. No Brasil – do inquérito 4.781 ("inquérito das *fake news*") no STF. 5. Da NETZDURCHSETZ- uma experiência alemã. Conclusão.

RESUMO: O artigo apresenta análise sobre a responsabilidade civil dos provedores de aplicação. Para tanto, expõe o histórico jurisprudencial e demonstrações da mudança legislativa com o advento do Marco Civil da Internet. Nessa linha, o estudo traz abordagem específica da discussão sobre a constitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, baseados os principais argumentos favoráveis e contrários. Com o fito de trazer elementos de outras jurisdições, o texto aborda o caso ESTADOS UNIDOS V. STEVENS, bem como a experiência alemã do NetzDG que são formas diferentes de atuação do Estado diante de possível restrição ao direito de livre expressão.
Palavras-chave: Responsabilidade civil; provedores; marco civil da internet; direito intimidade

ABSTRACT: The article presents an analysis of the civil liability of Application providers. To this end, it exposes the historical jurisprudence and demonstrates the normative changes derived from Marco Civil da Internet. In this vein, the study takes a specific approach to the discussion on the constitutionality of Article 19 of the Marco Civil da Internet, based on the main pros and cons arguments. In order to bring elements from other jurisdictions, the text addresses the case of UNITED STATES V. STEVENS, as well as the German experience of NetzDG, which are different forms of State action in the face of possible restrictions on the right to free expression.
Keywords: Civil responsability; providers; internet civil framework; right to privacy.

INTRODUÇÃO

Desde os tempos pré-históricos a evolução humana, que parte dos *Australopithecus*, passando pelo *Homo habilis*, *Homo erectus*, *Homo neanderthales*, chegando no *Homo sapiens sapiens*, traz em seu bojo o surgimento e evolução da linguagem como forma de comunicação com estruturação verbal complexa que propicia a obtenção de informações[1].

O *homo sapiens sapiens* em sua trajetória desenvolveu diversas linguagens, aperfeiçoou sua comunicação e desenvolveu a escrita, criando os papiros e os pergaminhos. Formas cada vez mais eficientes e rápidas de se comunicar foram sendo criadas, como as cartas, o telégrafo, o telefone, o rádio, a televisão e, mais modernamente, o computador.

Deve ser dito que na década de 60 do século XX, no ápice da Guerra Fria, foi criado um sistema eletrônico de comunicação com fins militares, que é realizada através de computadores. Este sistema foi denominado internet.

Fato é que este meio de comunicação também se desenvolveu e propiciou a comunicação das pessoas por meio de plataformas com conteúdo (os provedores de aplicação) que permitem a interação entre elas. Ocorre que é preciso estudar a responsabilidade civil destes provedores de aplicação quando seus usuários causam danos a terceiros à luz do Marco Civil da Internet, sendo que é também necessário analisar a formação da jurisprudência sobre este tema até se chegar à decisão precedente no Resp 1.308.830-RS da relatoria da Ministra Nancy Andrighi (j. 08/05/2012) do STJ, bem como urge analisar os diversos aspectos constitucionais relacionados ao recurso extraordinário 1.037.396, com repercussão geral 987, da relatoria do Ministro Dias Toffoli que trata do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965/14 feito pelo Facebook Brasil. Por fim, é preciso analisar as novas regulamentações e tendências trazidas pelo Parlamento Europeu em sua Diretiva 2000, bem como pela Alemanha, na lei denominada Netzdurchsetzunggesetz.

[1] *Cf.* Chris Stringer. Lone Survivors: How We Came to Be the Only Humans on Earth, Nova Iorque: St. Martin's Griffin, 2013. _____ The Origin of Our Species, Nova Iorque, Penguin Group, 2012.

1. DO SURGIMENTO DA INTERNET E OS DIVERSOS TIPOS DE PROVEDORES

Patricia Peck (2016, p. 62) bem destaca sobre o surgimento da internet:

> (...) Basicamente, tratava-se de um sistema de interligação de redes dos computadores militares norteamericanos, de forma descentralizada. À época, denominava-se "Arpanet". Esse método revolucionário permitiria que, em caso de ataque inimigo a alguma de suas bases militares, as informações lá existentes não se perderiam, uma vez que não existia uma central de informações propriamente dita.
> Posteriormente, esse sistema passou a ser usado para fins civis, inicialmente em algumas universidades americanas, sendo utilizado pelos professores e alunos como um canal de divulgação, troca e propagação de conhecimento acadêmico-científico. Esse ambiente menos controlado possibilitou o desenvolvimento da internet nos moldes os quais a conhecemos atualmente.
> Entretanto, o grande marco dessa tecnologia se deu em 1987, quando foi convencionada a possibilidade de sua utilização para fins comerciais, passando-se a denominar, então, "Internet".
> Na década de 90, a Internet passou por um processo de expansão sem precedentes. Seu rápido crescimento deve-se a vários de seus recursos e facilidades de acesso e transmissão, que vão desde o correio eletrônico (e-mail) até o acesso a banco de dados e informações disponíveis na World Wide Web (WWW), seu espaço multimídia. (...)

Os provedores de acesso disponibilizam ao usuário, a cada vez que o sistema for conectado, um número chamado *Internet Protocol* (IP), o qual permitirá que através dele o usuário possa fazer uso da rede do próprio provedor de acesso e de outros estruturais (*back bones*), podendo ser usada a rede de telefonia, de fibra ótica, dentre outros.

Podemos dizer que além dos ***provedores de acesso*** e os ***provedores estruturais*** (*back bones*), também há os ***provedores de correio eletrônico***, sendo aqueles que permitem que as comunicações por e-mail sejam estabelecidas; os ***provedores de hospedagem,*** que armazenam dados em seus servidores próprios de acesso remoto, possibilitando acesso de terceiros a esses dados; os ***provedores de conteúdo***, que disponibilizam na internet informações do próprio provedor ou desenvolvidas por terceiros, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de

hospedagem; os ***provedores de informação***, sendo os responsáveis diretos pelo conteúdo disponibilizado na rede – são os autores da informação[2].

Fato é que chegamos à internet 5g e, em tempos de pandemia, vemos mudanças transformadoras, o desenvolvimento da sociedade do *Homeoffice*; do *Homeschooling* (utilizada durante o período de fechamento das escolas e universidades); das reuniões *on-line*; fortalecimento do mercado eletrônico e da explosão no uso das mídias sociais com suas *lives*.

De modo geral: a transformação digital traz consigo oportunidades para melhorar as condições de vida, mas também riscos para o bem-estar dos indivíduos e para a preservação de uma ordem social justa. (HOFFMANN-RIEM, 2020, p.4).

Assim, este artigo é apresentado com o fim de melhor compreender o resultado da interação das pessoas no gigantesco universo das mídias sociais e dos sites, sendo que ressaltamos que ele restringirá seu ângulo de atuação para a análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação pelos danos causados por seus usuários a terceiros dentro de sua plataforma.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA

O presente estudo parte da análise do conceito de responsabilidade civil no direito brasileiro, o qual servirá de pilar estruturante às ideias que serão desenvolvidas.

Importa mencionar que (...) dois são os sistemas de responsabilidade civil que foram adotados pelo CC: responsabilidade civil objetiva e responsabilidade civil subjetiva. O sistema geral do CC é o da responsabilidade civil subjetiva (CC 186), que se funda na teoria da culpa: para que haja o dever de indenizar é necessária a existência: a) dano; b) do nexo de causalidade entre o fato e o dano; c) da culpa lato sensu (culpa- imprudência, negligencia ou imperícia – ou dolo) do agente (Nery, 2013, p. 927).

Deve ser dito que o Código Civil de 2002 instituiu como regra base a aquiliana consistente no conceito segundo o qual todo aquele que causa dano a outrem é obrigado a indenizar.

[2] Como veremos logo abaixo o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) trouxe dois tipos de provedores: o de acesso e o de aplicação. Neste artigo vamos utilizar a expressão trazida pela referida lei e utilizaremos apenas provedor de aplicação para facilitar a compreensão.

Paulo Lôbo (2019, p. 358) observa sobre a responsabilidade civil:

> (...) O dever de reparação é o correspondente ao direito à reparação, ou direito de crédito, que nasce com o dano e a composição do suporte fático da responsabilidade previsto na norma jurídica aplicável. Toda pretensão derivada de fato ilícito é pretensão à reparação, mesmo que se trate de direito a resposta ou de dano moral. (...)

Para Flavio Tartuce (2015, p. 372) a responsabilidade civil subjetiva decorre da presença de quatro elementos fundamentais, quais sejam, a conduta humana; a culpa genérica ou lato-sensu; o nexo de causalidade e o dano ou prejuízo.

Nelson Nery (2013, p. 453) traz importante conceito sobre a culpa *stricto sensu* e que nos interessa:

> (...) A volição deliberada, por ação ou omissão, destinada à violação de direito e à causação de dano a outrem, constitui o ato ilícito doloso. Distingue-se do ato ilícito culposo, que se dá em decorrência de imprudência, negligência ou imperícia do agente, que, nesses casos de culpa, tem intenção do ato, mas não do resultado. (...)

Em outras palavras, (...) a culpa, *stricto sensu*, é o agir inadequado, equivocado, por força de comportamento negligente, imprudente ou imperito, embora o agente não tenha querido o resultado lesivo, desde que inescusável. Aliás, geralmente o seu objetivo é licito, ausente a intenção de prejudicar (STOCCO, 2004, p.135).

Já para Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 62), o Código Civil de 2002 previu em seus artigos 186[3], 187[4] 188[5] e 927[6] e seguintes a regra para que haja a responsabilidade civil subjetiva, sendo fundamental que estejam presentes as seguintes condições: o dano, o ato ilícito e a causalidade (que é a relação de causa e efeito entre os dois elementos anteriores).

---

[3] Art. 186 do CC. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

[4] Art. 187 do CC. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

[5] Art. 188 do CC. Não constituem atos ilícitos:
I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.
Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

[6] Art. 927 do CC. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, inegável para o conceito de reparação civil subjetiva no Direito brasileiro que ocorra uma conduta (que pode ser comissiva ou omissiva) culposa *lato sensu* (que pode ser dolosa ou culposa, advinda de perícia, imperícia ou negligência) a um bem jurídico. Fundamental que essa conduta cause um dano e que haja relação de causa e efeito entre a conduta realizada e o dano propagado.

Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 67) bem observa:

> (...) Relação de causalidade - É a relação de causa e efeito entre a ação ou omissão do agente e o dano verificado. Vem expressa no verbo "causar", utilizado no art. 186. Sem ela, não existe a obrigação de indenizar. Se houve o dano mas sua causa não está relacionada com o comportamento do agente, inexiste a relação de causalidade e também a obrigação de indenizar. Se, verbi gratia, o motorista está dirigindo corretamente e a vítima, querendo suicidar-se, atira-se sob as rodas do veículo, não se pode afirmar ter ele "causado" o acidente, pois na verdade foi um mero instrumento da vontade da vítima, esta sim responsável exclusiva pelo evento. (...)

Vale ressaltar que o artigo 188 do CC bem especifica que não constituem atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito e aqueles que geram deterioração ou destruição da coisa alheia ou lesão que tenha ocorrido a determinada pessoa, quando este dano tenha ocorrido para remover perigo eminente.

O sistema subsidiário do CC é o da responsabilidade civil objetiva (CC 927 par. ún.[7]), que se alicerça na teoria do risco, segundo a qual para que haja o dever de indenizar é irrelevante a conduta (dolo ou culpa) do agente, pois basta a existência do dano e do nexo de causalidade entre o fato e o dano. Estaremos diante da responsabilidade civil objetiva quando a lei assim prever expressamente (artigo 933 do CC[8]) ou quando a atividade habitual do agente, por sua natureza, implicar risco para o direito de outrem, como por exemplo nas atividades perigosas.

---

[7] Art. 927 do CC. (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

[8] Art. 932 do CC. São também responsáveis pela reparação civil:
I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;
III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

Flavio Tartuce (2015, p. 507) menciona sobre a responsabilidade civil objetiva:

> (...) No tocante ao Brasil, a responsabilidade objetiva independe de culpa e é fundada na teoria do risco, em uma de suas modalidades, sendo as principais:
>
> - Teoria do risco administrativo: adotada nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, que ainda será estudada (art. 37, § 6.°, da CFI1988).
>
> - Teoria do risco criado: está presente nos casos em que o agente cria o risco, decorrente de outra pessoa ou de uma coisa. Cite-se a previsão do art. 938 do CC, que trata da responsabilidade
>
> do ocupante do prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (defenestramento).
>
> - Teoria do risco da atividade (ou risco profissional): quando a atividade desempenhada cria riscos a terceiros, aos direitos de outrem, nos moldes do que consta da segunda parte do art. 927, parágrafo único, do Cc.
>
> - Teoria do risco-proveito: é adotada nas situações em que o risco decorre de uma atividade lucrativa, ou seja, o agente retira um proveito do risco criado, como nos casos envolvendo os riscos de um produto, relacionados com a responsabilidade objetiva decorrente do Código de Defesa do Consumidor. Dentro da ideia de risco-proveito estão os riscos de desenvolvimento.
>
> Exemplificando, deve uma empresa farmacêutica responder por um novo produto que coloca no mercado ou que ainda esteja em fase de testes.
>
> - Teoria do risco integral: nessa hipótese não há excludente de nexo de causalidade ou responsabilidade civil a ser alegada, como nos casos de danos ambientais, segundo os autores ambientalistas (art. 14, § 1.0, da Lei 6.938/1981). No caso de dano ambiental causado pelo Estado, aplicar-se-ia essa teoria para essa parcela da doutrina e da jurisprudência. (...)

Art. 933 do CC. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

3. OS CONFLITOS NA REDE DE COMPUTADORES E DA FORMAÇÃO DAS CORRENTES JURISPRUDENCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Em 24 de janeiro de 2004 foi criado o primeiro grande provedor de aplicação de opiniões e informações chamado Orkut. Nesta plataforma a interação entre os usuários se multiplicou e tomou proporções nunca antes vistas na internet. Fato é que tais interações permitiram que as pessoas fossem altamente expostas e tivessem sua honra e em sua intimidade devassadas, estabelecendo o início de um grande conflito: direito à intimidade x direito de liberdade de expressão.

Na primeira década do século XXI os conflitos estabelecidos nesta esfera da internet foram judicializados e começou-se a ver, de forma bastante clara, duas linhas jurisprudenciais:

3.1. DA JURISPRUDÊNCIA PELA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Uma primeira linha jurisprudencial entendia pela responsabilidade objetiva do provedor de aplicação na obrigação de indenizar os usuários que tiveram sua honra e imagem abalroados. Aplica-se por esta linha a teoria do risco[9], fundada na atividade que causa um alto risco de dano para terceiros, devendo reparar os danos causados, ainda que não tenha culpa *lato sensu*[10] [11].

[9] Indenização. Dano moral. Orkut. O prestador do serviço orkut responde de forma objetiva pela criação de página ofensiva à honra e imagem da pessoa, porquanto abrangido pela doutrina do risco criado; decerto que, identificado o autor da obra maligna, contra ele pode se voltar, para reaver o que despendeu (TJMG. Apel. Cível nº 1.0701.08.221685-7/001. Relator: Des. Saldanha da Fonseca. J. 05/08/2009).

[10] Dano moral – Responsabilidade civil – Internet – Nomes e telefone das autoras indevidamente divulgados em "site" de relacionamento – Dados inseridos por terceiros, atribuindo-lhes a prática de programas sexuais - Negligência da ré em não efetuar controle prévio sobre a qualidade dos dados inseridos na rede, ou de sistema de rastreamento de usuários – Recebimento de ligações de interessados nos serviços (Apelação Cível n. 431.247-4/0-00 - São Paulo – 8ª Câmara de Direito Privado - Relator: Salles Rossi – 22.03.07 – V.U).

[11] Ação de indenização. publicação de material ofensivo na internet sem identificação do usuário. responsabilidade da provedora de conteúdo. dano moral. arbitramento. À medida que a Provedora de Conteúdo disponibiliza na Internet um serviço sem dispositivos de segurança e controle mínimos e, ainda, permite a publicação de material de conteúdo livre, sem sequer identificar o usuário, deve responsabilizar-se pelo risco oriundo do seu empreendimento. Em casos tais, a incidência da responsabilidade objetiva decorre da natureza da atividade, bem como do disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. Não tendo o réu apresentado prova suficiente da excludente de sua responsabilidade, exsurge o dever de indenizar pelos danos morais ocasionados. O arbitramento do dano moral deve ser realizado com moderação, em atenção à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes. Ademais, não se pode olvidar, consoante parcela da jurisprudência pátria, acolhedora da tese punitiva acerca da responsabilidade civil, da necessidade de desestimular o ofensor a repetir o ato (TJMG-13a. Câmara Cível,Apelação Cível n. 1.0439.08.085208-0/001, relator Cláudia Maia, ac. un., j. 12.02.09, DJ 16.03.09).

Outro pilar para esta corrente jurisprudencial está consignado no fato de que há uma relação de consumo entre o provedor de aplicação (prestador de serviços[12]) e o seu usuário (consumidor[13]). Sendo assim, deve ser aplicado o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)[14] que estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, quando há defeito na prestação de serviços do provedor de aplicação. Este é mais um fundamento para que seja aplicada a responsabilidade objetiva aos provedores de aplicação quando, dentro de sua plataforma, são causados danos à honra e à imagem de seus usuários causados por terceiros.

Registre-se que esta linha jurisprudencial, ainda, defende que a excludente da responsabilidade ocorreria apenas quando ficasse comprovado que o provedor de aplicação adotou todas as medidas de fiscalização das condutas de todos os seus usuários com o fim de combater os ataques às reputações de seus usuários.

3.2. DA JURISPRUDÊNCIA PELA RESPONSABILIDADE SUBJETIVA

Como já dito uma segunda linha jurisprudencial foi desenvolvida, a qual tinha como certo que a responsabilidade dos provedores de aplicação deveria ser na modalidade subjetiva, ocorrendo apenas quando ficasse comprovada a culpa *lato sensu* da empresa, sendo que não cabe ao provedor de aplicação ter um controle prévio do que é disposto em seu provedor.

Além disso, esta segunda linha jurisprudencial também entendia que não haveria uma relação consumerista visto que defendiam ser esta relação de natureza gratuita[15]. Todavia, esta alegação era repelida pela corrente objetiva da responsabilidade civil, com a lição de Claudia Lima Marques (2003, p. 94):

[12] Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor Art. 3° - Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
(...)§ 2° - Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

[13] Art. 2° do CDC - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

[14] Art. 14 do CDC - O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

[15] Direito civil e do consumidor. Internet. Site de relacionamentos: orkut.com. Provedor de hospedagem. Inexistência de relação de consumo em relação aos usuários que acessam páginas criadas por outros usuários. Responsabilidade fundada na teoria subjetiva. Culpa do provedor de hospedagem não demonstrada. Responsabilidade exclusiva do criador da página. O provedor de hospedagem que se limita a disponibilizar espaço para

"A expressão utilizada pelo art. 3o do CDC para incluir todos os serviços de consumo é 'mediante remuneração'. (...) Parece-me que a opção pela expressão 'remunerado' significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o 'benefício gratuito' que está recebendo. A expressão 'remuneração' permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço de consumo."

3.3. DA DECISÃO PRECEDENTE - DO RESP 1.308.830-RS, RELATORA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, J. 08/05/2012

Em 08 de agosto de 2012, no Recurso especial no. 1.308.830[16], foi prolatado pela relatora Ministra Nancy Andrighi acordão que se tornou precedente na matéria relativa à reparação civil dos provedores de aplicação[17].

Este acordão entendeu que:

a) A exploração comercial da internet está sujeita às relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90;

b) O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo "mediante remuneração" contido no art. 3º, § 2º, do CDC deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor;

c) A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de

armazenamento de páginas de relacionamento na internet não mantém relação de consumo com o usuário que acessa página produzida por outro usuário. A ausência de remuneração impede, no particular, o reconhecimento de relação de consumo com os usuários que acessam o site para buscas pessoais. Impossibilidade de controle, pelo provedor de hospedagem, do conteúdo das páginas. Tratando-se de responsabilidade subjetiva, somente mediante a demonstração de culpa do provedor de hospedagem é que seria possível imputar-lhe o dever de indenizar. Responsabilidade civil do provedor de hospedagem não configurada diante da inexistência de prova de sua culpa, ainda que concorrente, por página ofensiva à autora. Desprovimento do recurso" (TJRJ – 13ª Câmara Cível – Apelação Cível nº. 2007.001.523346 – Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira – j. Em 16/01/2008)

[16] Disponível em: <https://arquivocidadao.stj.jus.br/index.php/recurso-especial-n-1-308-830-rs> Acesso em 21 de novembro de 2020.

[17] Ressaltamos que o referido acórdão traz a expressão *provedor de conteúdo*, o qual foi chamado pelo Marco Civil da Internet como provedor de aplicação.

modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos;

d) O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02;

e) Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada;

f) Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo.*

g) Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de internet.

A referida decisão se tornou um precedente sendo amplamente acolhida pela jurisprudência brasileira, pacificando a divergência ocorrida anteriormente.

4. DO MARCO CIVIL DA INTERNET – LEI 12.965/2014

4.1. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÃO NO MARCO CIVIL DA INTERNET

Em 23 de abril de 2014 foi promulgado o Marco Civil da Internet Brasileira, tendo como data de sua origem o ano de 2009, advindo de consultas públicas. Em 2011 foi apresentada ao Congresso Nacional por meio da PL 2.126/11, de iniciativa do Poder Executivo. O Projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados em 25 de março de 2014 e no Senado Federal em 22 de abril de 2014 e foi sancionado pela Presidente da República Dilma Rousseff em 23 de abril de 2014, sendo que sua publicação ocorreu em 24 de abril de 2014.

Assim, surge a Lei 12.965/14, denominada como Marco Civil da Internet, (...) cujos pilares são a liberdade de expressão, a proteção à vida privada dos usuários e o acesso isonômico aos serviços, tendo como foco promover o uso legítimo da internet no país, a partir da garantia de respeito, também no ambiente virtual, aos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário [18].

Com relação ao tema proposto, o Marco Civil da Internet trouxe a ausência de responsabilidade dos provedores de internet (*safe harbour*) com relação aos danos a terceiros.

Deve ser dito que, com relação aos provedores de acesso (aqui chamados de provedores de conexão à internet), o artigo 18 da Lei n. 12.965/14 inovou ao estipular a ausência de responsabilidade civil:

> Art. 18. "o provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros".

[18] Manifestação Procuradoria Geral da República no Recurso Extraordinário 1.037.396 - repercussão geral 987 – Relator pelo Ministro Dias Toffoli. Disponível em: < http://stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987> Acesso em 19 de novembro de 2020

Com relação aos provedores de aplicação, o artigo 19 da referida lei menciona:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Como visto, o Marco Civil da Internet estabeleceu como regra, em seu artigo 19, a ausência de responsabilidade civil dos provedores de aplicação.

Como exceção, o Marco Civil da Internet trouxe um sistema denominado notificação e retirada do ar (*notice and take down)*, segundo o qual haverá apenas o dever de indenizar civilmente do provedor de aplicação em duas situações:

> 1) para o caso de descumprimento de ordem judicial específica (artigo 19 parte final)[19] [20];
>
> 2) para a situação de manutenção de conteúdo com cena de nudez ou de atos sexuais de caráter privado após ter sido notificado extrajudicialmente[21].

---

[19] Registre-se o sistema diferenciado instituído pela União Europeia pela Diretiva 2000 do Parlamento Europeu. Em seu artigo 21 foi instituído o sistema *notice and take down* para todas as ações dos usuários insatisfeitos com qualquer publicação feita na plataforma da provedora de conteúdo. Com isso, a referida Diretiva 2000 excluiu a necessidade de ter que se judicializar a matéria de fundo.

[20] (...) Artigo 21 da Diretiva 2000 da União Europeia: Relatório
1. (...)
2. O referido relatório, ao examinar a necessidade de adaptação da presente directiva, analisará, em particular, a necessidade de propostas relativas à responsabilidade dos prestadores de hiperligações e de instrumentos de localização, aos procedimentos de "notice and take down" e à atribuição de responsabilidade após a retirada do conteúdo. O relatório analisará igualmente a necessidade de prever condições suplementares para a isenção de responsabilidades a que se referem os artigos 12.o e 13.o, à luz da evolução da técnica, e a possibilidade de aplicar os princípios do mercado interno às comunicações comerciais não solicitadas por correio electrónico.
Disponível: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=PT> acesso em:18 de novembro de 2020

[21] Art. 21. da Lei 12.965/14 - O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

4.2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.037.396 - REPERCUSSÃO GERAL 987 – RELATOR PELO MINISTRO DIAS TOFFOLI

Em 29 de março de 2017 foi protocolado perante o Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 1.037.396 pelo Facebook (Serviços Online do Brasil Ltda), o qual recebe a relatoria do Ministro Dias Toffoli.

Referido recurso tem como pedido principal a declaração da inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 12.965/14[22]. Em 02 de março de 2018 foi reconhecida a repercussão geral com a numeração 987.

Até a presente data este recurso não foi julgado pelo STF e trazemos os principais argumentos favoráveis à inconstitucionalidade do referido artigo de lei, bem como favoráveis à sua constitucionalidade.

4.2.1. OS ARGUMENTOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DA LEI 12.965/14

Podemos dizer que a liberdade de manifestação de pensamento é o direito de uma pessoa expressar a outra, de qualquer forma, o que se pensa[23]. O ser humano se forma no contato com o seu semelhante, mostrando-se a liberdade de se comunicar como condição relevante para a própria higidez psicossocial da pessoa. O direito de se comunicar livremente conecta-se com a característica da sociabilidade, essencial ao ser humano (MENDES e BRANCO, 2015, p. 264).

Vale observar que (...) no momento, outro importante fenômeno se desenrola na sociedade, com repercussões profundas no âmbito das

[22] Art. 19 da Lei 12.965/14 - Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

[23] Essa exteriorização do pensamento pode dar-se entre interlocutores presentes ou ausentes. No primeiro caso, pode verificar-se de pessoa a pessoa (em forma de diálogo, de conversação) ou de uma pessoa para outras (em forma de exposição, de conferencia, palestras, discursos etc.), interferindo aqui com o direito de reunião e de associação, de que cuidaremos noutro lugar. No segundo caso, pode ocorrer entre pessoas determinadas, por meio de correspondência pessoal e particular sigilosa (carta, telegrama, telefone, ligados ao direito à privacidade, como foi visto), ou expressar-se para pessoas indeterminadas, sob a forma de livros, jornais, revistas e outros periódicos, televisão e rádio, que mereceram normas especiais na Constituição que discutiremos na frente. (SILVA, 2008, p. 246)

comunicações sociais: a difusão da internet. A internet, por um lado, contribui para a pluralização da esfera pública, ao multiplicar as fontes de informação e de difusão de ideias e baratear o custo de acesso ao espaço público daqueles que desejam se exprimir. Por outro lado, ela gera problemas extremamente complexos no que se relaciona à possibilidade de controle e repressão dos abusos eventualmente perpetrados por aqueles que se valem desse espaço de comunicação. (SARMENTO, 2018, p. 2.133)

José Afonso da Silva (2014, p. 245) bem menciona sobre os princípios que regem:

> As formas de comunicação regem-se pelos seguintes princípios básicos: **(a)** observado o disposto na Constituição, não sofrerão qualquer restrição qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprimam; **(b)** nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; **(c)** é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; **(d)** a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; **(e)** os serviços de radiodifusão

O referido autor ainda ensina (2014, p. 246):

> (...) A liberdade de manifestação do pensamento constitui um dos aspectos externos da liberdade de opinião. A Constituição o diz no art. 5º, IV: é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato, e o art. 220 dispõe que *a manifestação de pensamento, sob qualquer forma, processo ou veiculação, não sofrerá qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística.* (...)

Devemos lembrar, em associação ao art. 5º, IV e ao art. 220, todos da CF/88, do inciso IX do mesmo artigo 5o.: é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença e do inciso XIV do mesmo artigo que diz: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

Sobre o artigo 220 da CF/88, deve ser ressaltado o disposto em seu parágrafo 1º: nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir emba-

raço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

Em resumo, (...) incluem-se na liberdade de expressão faculdades diversas, como a de comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais (comportamentais, musicais, por imagem etc.) o grau de proteção que cada uma dessas formas de se exprimir recebe costuma variar, mas, de alguma forma, todas elas estão amparadas pela Lei Maior. (MENDES e BRANCO, 2015, p. 263).

No campo internacional temos que é relevante citar a proteção do direito à livre manifestação do pensamento no art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 1948)[24]; o art. 19 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (de 1966)[25]; o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969)[26]; o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (de 1950)[27]; o art. 9º, item 2, da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos[28] (de 1981) e o artigo 11 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (de 2000)[29].

[24] Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - Todo ser humano tem direito à liberdade de opiu nião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso 19 de novembro de 2020.

[25] Artigo 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - 1. ninguém poderá ser molestado por suas opiniões.

2. Toda pessoa terá direito à liberdade de expressão; esse direito incluirá a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro meio de sua escolha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm> Acesso 19 de novembro de 2020.

[26] Artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos - Liberdade de pensamento e de expressão

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

[27] Artigo 10º da Convenção Europeia de Direitos Humanos - Liberdade de expressão

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf> Acesso 19 de novembro de 2020

[28] Artigo 9º da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (...) 2. Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos.
Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm> Acesso 19 de novembro de 2020

[29] Artigo 11 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia - Liberdade de expressão e de informação - 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras. Disponível em: < https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf> Acesso 19 de novembro de 2020

Outro argumento pela inconstitucionalidade é o fato de que o *facebook* não é um órgão regulador – devemos lembrar que o parágrafo 2º do artigo 220 da CF/88 diz: é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

O *facebook* entende que limitar a manifestação de pensamento de seus usuários, impedindo que sejam divulgados em sua plataforma de aplicação é uma forma de censura, que é proibida pela Constituição Federal de 1988.

4.2.2. OS ARGUMENTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DA LEI 12.965/14

Com relação ao direito da personalidade, mais especificamente o direito à intimidade, [30] a Constituição Federal em seu artigo 5º., X, menciona: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Em verdade, o texto constitucional instituiu a privacidade como um direito fundamental da personalidade, consubstanciado no poder de decisão da pessoa em querer manter sob seu exclusivo acesso determinadas informações. Em outras palavras (...) A vida privada e a intimidade são os outros nomes do direito de estar só, porque salvaguardam a esfera do ser humano, insuscetível de intromissões externas (...) (BULOS, 2012, p.572)[31].

[30] O cuidado foi de tal forma que preferiu deixar consignado que os bens protegidos, de forma genérica, no artigo 5º., inciso X, são: vida privada, intimidade, honra e imagem. A primeira observação que pode ser feita é que o Constituinte tratou diferentemente vida privada de intimidade. Cuidou minuciosamente dos dois temas. Poderia ter garantido, genericamente, a privacidade. Preferiu, no entanto, garantir de forma explícita tanto a vida privada quanto a intimidade. Em outro momento do texto, volta a prestigiar a intimidade, autorizando, em homenagem a ela, a quebra da publicidade do processo (art 5º., inciso LX). Haveria diferença entre vida privada e intimidade? Haveria utilidade em tal distinção? Entendemos que sim. Seguindo a linha constitucional, de tornar explícita (e, em alguns casos, até repetitiva determinada medida), houve preocupação em garantir vida privada e intimidade. A vida privada cuida de um convívio do indivíduo mais aberto com o meio social. O relacionamento é mais distante do que o da intimidade. Pode-se afirmar que primeiro viola-se a vida privada para, em seguida, em direção ao indivíduo, violar-se a intimidade. Se forem círculos concêntricos, a privacidade é a parte externa, a intimidade, a interna. Vejamos alguns exemplos: a relação de clientes de determinado escritório faz parte da vida privada do indivíduo; a correspondência comercial de um negociante faz parte de sua vida privada; seus amores, seus temores, suas opções sexuais fazem, de outro lado, parte da intimidade. Para chegarmos à intimidade, passamos pela vida privada. A distinção apresenta utilidade quando houver necessidade de fixação da indenização. Uma violação à intimidade pode ser, em regra, muito mais grave do que uma violação à vida privada. Portanto, o grau de nocividade pode ser extraído da localização da lesão (ARAUJO, 2012, p.110).

[31] Na literatura alemã, encontramos diferentes nomes para distintos extratos de atuação da vida individual: ínti-

Neste mesmo sentido temos a proteção à intimidade instituída no campo internacional no art. 5o. da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (de 1948)[32]; no art. 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)[33]; no art. 17-1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (de 1966)[34]; no art. 8º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (de 1950)[35] e no art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969)[36].

Outra questão que deve ser observada é que a internet não é o campo para a manifestação descontrolada do pensamento. Também é local onde excessos são cometidos permitindo que a honra, a imagem, a privacidade e a dignidade das pessoas sejam atacadas.

mo, secreto, privado, social e público, bem como uma recente elaboração de um *informationelle Selbstbestimmungsrecht* (direito de autodeterminação informacional), extraídos, a partir de um juízo concreto de ponderação, do "direito geral da personalidade" (elemento passivo do desenvolvimento da personalidade: referência à situação do "ser") e do "direito geral de liberdade" (elemento ativo daquele desenvolvimento: referência à ação, ao "fazer") assegurados pelos arts. 1.1 e 2.1 da Lei Fundamental de Bonn. O "direito geral da personalidade", para alguns, considerado como uma parte da teoria das esferas elevada ao nível dos direitos, é precisado a partir da efetivação de direitos mais concretos, tais como: a) o direito às esferas íntima, secreta e privada, assegurando o respeito de um "âmbito protegido" e de uma situação de inviolabilidade documental, de dados e de comunicações pessoais, sendo a intimidade o núcleo mais sensível e, consequentemente, nuclear da esfera privada, "espaço último intangível da liberdade humana" (BVerfGE 6, 32 (41)), em que o indivíduo, por não afetar, por meio de seu "ser" ou de seus comportamentos, a esfera pessoal dos congêneres ou o interesse da vida da comunidade" (BVerfGE 35, 202 (220)), exige uma proteção maior relativamente à esfera privada, em que essa afetação se faz presente e a ação intersubjetiva se opera de forma mais contundente. No âmbito dessa proteção se incluem a honra e o prestígio social, a identidade, a própria imagem e a voz, mais a liberdade profissional; (SAMPAIO, 2018, p. 286)

[32] Artigo V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem - Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm> Acesso 19 de novembro de 2020

[33] Artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos - Ninguém será sujeito à interferência na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso 19 de novembro de 2020

[34] Artigo 17 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm > Acesso 19 de novembro de 2020

[35] Artigo 8° da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais - Direito ao respeito pela vida privada e familiar - 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf> Acesso 19 de novembro de 2020

[36] Artigo 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos - Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso 19 de novembro de 2020.

Observamos que a liberdade de expressão encontra limites previstos diretamente pelo constituinte, como também descobertos pela colisão desse direito com outros de mesmo status. (...) A liberdade de expressão, (...), poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano. A liberdade de expressão, num contexto que estimule a violência e exponha a juventude à exploração de toda sorte, inclusive a comercial, tende a ceder ao valor *prima facie* prioritário da proteção da infância e da adolescência. (MENDES e BRANCO, 2015, p. 270 e 271).

Assim, resta claro que a liberdade de expressão, em determinados casos, mereça ser restringida. A grande problemática está em saber as hipóteses em que esta limitação deve ocorrer. Em outras palavras, quais os limites para que ocorra esta limitação? Esta é a grande dificuldade a se saber:

4.3. O CASO UNITED STATES V. STEVENS[37]

No campo internacional, nos Estados Unidos, podemos citar importante decisão precedente da Suprema Corte Americana no caso *UNITED STATES v. STEVENS*, com data de julgamento em 20 de abril de 2010.

Ocorre que o Congresso Americano havia editado a Lei 18 U.S.C. §48[38], a qual previa a criminalização da criação, venda e possa de certos tipos de manifestações de maus tratos de animais. A questão estava circunscrita se a referida proibição estava de acordo com a liberdade de expressão contida na Primeira Emenda da Constituição Americana.

[37] Disponível em <https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-769.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2020

[38] § 48

(a) CREATION, SALE, OR POSSESSION - Whoever knowingly creates,sells, or possesses a depiction of animal cruelty with the intention of placing that depiction in interstate or foreign commerce for commercial gain, shall be fined under this title or imprisoned not more than 5 years, or both

(b) EXCEPTION - Subsection (a) does not apply to any depiction that has serious religious, political, scientific, educational, journalistic, historical, or artistic value.

(c) DEFINITIONS - In this section –

(1) the term 'depiction of animal cruelty' means any visual or auditory depiction, including any photograph, motion-picture film, video recording, electronic image, or sound recording of conduct in which a living animal is intentionally maimed, mutilated, tortured,wounded, or killed, if such conduct is illegal under Federal law or the law of the State in which the creation, sale, or possession takes place,regardless of whether the maiming, mutilation, torture, wounding, or killing took place in the State; and

A lei americana visava a proteção dos animais contra os famosos *crush videos* (vídeos de esmagamentos de animais), o quais trazem tortura e morte dos animais vítimas desta prática.

A decisão, expressamente, traz estarrecedor relato sobre o conteúdo de tais vídeos:

> (...) Vídeos de esmagamento frequentemente mostra mulheres esmagando animais até a morte com os pés descalços ou usando sandálias altas, as vezes falam com os animais usando um padrão de dominadoras, ignorando os choros e os grunhidos dos animais, obviamente em grande dor (...) [39]

A decisão em tela traz importante lição sobre o conceito e as diversas hipóteses de restrição do direito da liberdade de expressão no direito americano[40]:

> (...) A Primeira Emenda institui que o " Congresso não deve fazer leis que restrinjam a liberdade de expressão. "Em uma visão geral, a Primeira Emenda significa que o governo não tem poderes de restringir a (liberdade de) expressão em razão de sua mensagem, suas ideias, sua temática ou seu conteúdo. *Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U. S. 564, 573 (2002) (...)* Sessão 48 explicitamente regula a (liberdade de) expressão baseada em seu conteúdo: A Lei restringe "manifestações visuais e auditivas "como fotos, vídeos ou gravações sonoras, mostrando situação em que o animal vivo está sendo, de forma intencional, maltratado. (...) De 1791 até o presente momento, todavia, a Primeira Emenda tem autorizado a restrição com relação ao conteúdo da livre expressão em algumas áreas bem

[39] Tradução livre

(...) Crush videos often depict women slowly crushing animals to death "with their bare feet or while wearing high heeled shoes," sometimes while "talking to the animals in a kind of dominatrix patter" over "[t]he cries and squeals of the animals, obviously in great pain."

[40] Tradução livre

The First Amendment provides that "Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech." "[A] as general matter, the First Amendment means that government has no power to restrict expression because of its message, its ideas, its subject matter, or its content." Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U. S. 564, 573 (2002) (...). Section 48 explicitly regulates expression based on content: The statute restricts "visual [and] auditory depiction[s]," such as photographs, videos, or sound recordings, depending on whether they depict conduct in which a living animal is intentionally harmed. (...)

"From 1791 to the present," however, the First Amendment has "permitted restrictions upon the content of speech in a few limited areas," and has never "include[d] a freedom to disregard these traditional limitations." (...) —including obscenity, Roth v. United States, 354 U. S. 476, 483 (1957), defamation, Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250, 254–255 (1952), fraud, Virginia Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748, 771 (1976), incitement, Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444, 447–449(1969) (...), and speech integral to criminal conduct, Giboney v. Empire Storage & Ice Co., 336 U. S. 490, 498 (1949) - are "well-defined and narrowly limited classes of speech (...).

> limitadas, e nunca incluiu a liberdade (de expressão) para desrespeitar limitações tradicionais (...) que envolvam obscenidade (*Roth v. United States, 354 U. S. 476, 483 (1957)*), difamação *(Beauharnais v. Illinois, 343 U. S. 250, 254–255 (1952))*, fraudes *(Virginia Bd. of Pharmacy v. Virginia Citizens Consumer Council, Inc., 425 U. S. 748, 771 (1976))* e incitação *(Brandenburg v. Ohio, 395 U. S. 444, 447–449) (1969) (...)* e manifestação para a prática de uma conduta criminosa *(Giboney v. Empire Storage & Ice Co., 336 U. S. 490, 498 (1949))* são classes de limitações da liberdade de expressão bem definidas e pouco utilizadas.

Fato é que neste julgado o Governo Americano desejava incluir nesta lista de restrições à liberdade de expressão as manifestações de maus-tratos de animais.

A Suprema Corte Americana entendeu que a sessão 48 por ser genérica demais não poderia restringir o direito de livre expressão, mesmo se tratando de maus-tratos e tortura de animais[41].

Por este julgado se pode verificar como a limitação da liberdade de expressão nos Estados Unidos é algo bastante raro e que remonta à época da construção do Estado Americano calcado na liberdade e afastamento do Poder estatal.

4.4. NO BRASIL – DO INQUÉRITO 4.781 ("INQUÉRITO DAS FAKE NEWS") NO STF

No Brasil, é importante observar recente decisão (de 26 de maio de 2020)[42] do Relator Alexandre de Moraes no Inquérito 4.781 ("inquérito das fake news") em trâmite no STF que nos indica hipóteses em que deve ocorrer a limitação do direito de à livre expressão.

Registre-se que este inquérito tem por fim a investigação de notícias fraudulentas (*fake news*), falsas comunicações de crimes, denunciações

[41] Tradução livre

The Court therefore does not decide whether a statute limited to crush videos or other depictions of extreme animal cruelty would be constitutional. Section 48 is not so limited but is instead substantially overbroad, and therefore invalid under the First Amendment. (...) ROBERTS, C. J., delivered the opinion of the Court, in which STEVENS, SCALIA, KENNEDY, THOMAS, GINSBURG, BREYER, and SOTOMAYOR, JJ., joined. ALITO, J., filed a dissenting opinion.

[42] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inq-4781.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2020

caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus *caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros; bem como de seus familiares.

O Ministro Alexandre de Moraes menciona:

> (...) Os direitos e garantias individuais, consequentemente, não são absolutos e ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas) e, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

E decidiu que alguns investigados e usuários das redes sociais estavam abusando do direito de expressão e determinou (...) O bloqueio de contas em redes sociais, tais como Facebook, Twitter e Instagram, dos investigados (...), necessário para a interrupção dos discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática.

Em 31 de julho de 2020, o Ministro Alexandre de Moraes proferiu nova decisão[43] e aduziu novos fundamentos para a restrição ao direito de expressão:

> (...)
>
> A liberdade de expressão é consagrada constitucionalmente e balizada pelo binômio "LIBERDADE E RESPONSABILIDADE", ou seja, o exercício desse direito não pode ser utilizado como verdadeiro escudo protetivo para a prática de atividades ilícitas. Não se confunde LIBERDADE DE EXPRESSÃO com IMPUNIDADE PARA AGRESSÃO.
>
> Dessa maneira, uma vez desvirtuado criminosamente o exercício da liberdade de expressão, a Constituição Federal e a legislação autorizam medidas repressivas civis e penais, tanto de natureza cautelar quanto definitivas.
>
> A presente medida não configura qualquer censura prévia, vedada constitu-

[43] Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-alexandre-moraes.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2020

> cionalmente – mesmo porque não há qualquer proibição dos investigados em manifestarem-se em redes sociais ou fora delas, como vários continuam fazendo, não raras vezes repetindo as mesmas condutas criminosas –, mas pretende, com natureza cautelar, fazer cessar lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, CF) já praticadas pelos investigados, visando interromper a divulgação de discursos com conteúdo de ódio, subversão da ordem e incentivo à quebra da normalidade institucional e democrática, concretizados por meio da divulgação de notícias e fatos falsos e fraudulentos.
>
> Os bloqueios das contas de redes sociais determinados nestes autos, portanto, se fundam na necessidade de fazer cessar a continuidade da divulgação de manifestações criminosas, que, em concreto, materializam as infrações penais apuradas neste inquérito e, que continuam a ter seus efeitos ilícitos dentro do território nacional, inclusive pela utilização de subterfúgios permitidos pela rede social Facebook.
>
> (...)

Diante do exposto, defendemos que o art. 19 da lei nº 12.965/2014 é constitucional, sendo que deve ser feita a devida ponderação com o fim de restringir a liberdade de expressão quando exercida com os fins claros de atacar o Estado Democrático de Direito, com suas instituições, bem como quando é efetivada com o fim de denegrir a imagem, a honra e a dignidade das pessoas.

5. DA NETZDURCHSETZUNGGESETZ– uma experiência alemã

Na Alemanha, em 01 de outubro de 2017, entrou em vigor, em período de adaptação e, de forma definitiva, em 01 de janeiro de 2018 a lei denominada em inglês *Network Enforcement Act* e em alemão *Netzdurchsetzunggesetz*[44]*, NetzDG*

A sessão 3 desta lei prevê que o provedor de uma rede social (provedor de aplicação) deve fornecer uma forma fácil de acesso do usuário que queira submeter uma reclamação por ataque à sua imagem, honra e dignidade.[45]

[44] Disponível em <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245> Acesso em 20 de novembro de 2020.

[45] **Section 3** Handling of complaints about unlawful content
(1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with

Também menciona a sessão 3 que o provedor deve tomar medidas imediatas nestes casos de reclamação, devendo analisar se o conteúdo analisado é capaz de trazer algum prejuízo, bem como se é o caso de retirar ou bloquear o acesso desta informação. Nos casos com conteúdo de manifesto prejuízo (casos que não necessitam de analise profunda de seu conteúdo) devem ser removidos em 24 horas após o recebimento da reclamação, sendo que em casos excepcionais se pode admitir um prazo maior considerando a sua complexidade, em regra, chegando a sete dias.

Em caso de retirada do material, ele deverá ser guardado para servir como prova por um período de dez semanas.

O provedor de aplicação deve notificar o usuário de sua decisão de forma imediata, com os motivos de sua decisão de retirada ou não do conteúdo.

E, por fim, a questão mais polêmica sobre esta normativa: caso o provedor de aplicação tenha mais de 100 reclamações por ano sobre conteúdo ilegal, são obrigados a entregar relatórios em alemão, a cada semestre, sobre a forma de gerenciamento das reclamações em tela. São, ainda, obrigados a publicar estes relatórios em Diário Oficial e em seu próprio site no prazo máximo de um mês após cada semestre, sendo que caso não proceda desta forma poderá ser condenada ao pagamento de multas altíssimas[46].

Os provedores de aplicação fazem muitas críticas por esta intervenção estatal dentro das plataformas sociais. Todavia, diante do altíssimo poder destrutivo que as redes de opiniões e informações têm e considerando a ausência de efetivas condutas protetivas de tais provedores, justifica-se todo o cuidado que o Governo alemão tem tido no intuito de monitorar e impedir a perpetuação dos ataques extremos de reputação, bem como ao Estado Democrático de Direito e às suas instituições. Trata-se de uma intervenção necessária e socialmente produtiva.

an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.

(2) The procedure shall ensure that the provider of the social network: (...)

2. removes or blocks access to content that is manifestly unlawful within 24 hours of receiving the complaint; this shall not apply if the social network has reached agreement with the competent law enforcement authority on a longer period for deleting or blocking any manifestly unlawful content.

[46] **Section 2** Reporting obligation

(1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.

6. CONCLUSÃO

A Lei nº 12.965/2014, em seu artigo 19, pacificou as discussões jurisprudenciais e informa que os provedores de aplicação apenas seriam responsabilizados civilmente após serem intimados de decisão judicial que determine a extração de determinado conteúdo ofensivo de sua plataforma ou após recebimento de notificação extrajudicial da vítima nos casos de conotação sexual.

Apontamos neste artigo sobre os diversos argumentos pela constitucionalidade e outros pela inconstitucionalidade do referido artigo 19. Pensamos que o referido artigo é plenamente constitucional, considerando-se que não há direitos fundamentais absolutos, sendo que a restrição destes direitos vem no próprio texto constitucional ou, em outros casos, na ponderação que deve ser feita quando em conflito com outros direitos fundamentais. Assim, o direito fundamental à liberdade de expressão quando se torna em discurso de ódio, com condão extremista, ultrapassando os limites mínimos da ética de determinada comunidade, merecem ser restringidos.

O que entendemos que seria recomendável é que a normativa brasileira seguisse os mesmos passos da Diretiva 2000 do Parlamento Europeu para que a notificação extrajudicial não fosse apenas para os casos relacionados à natureza sexual, mas sim para todos os casos em que houvesse ataques à dignidade, honra e imagem da pessoa. Com isso, ganha-se em celeridade e em praticidade, evitando-se que tivesse que uma ação judicial fosse proposta.

A experiência alemã também deveria ser seguida no sentido de aperfeiçoar a Diretiva 2000 do Parlamento Europeu, obrigando os grandes provedores de aplicação a fornecerem canais de fácil acesso, permitindo que os seus usuários possam facilmente fazer suas reclamações, bem como deveria também haver uma normativa que exigisse destas empresas um prazo determinado para que este conteúdo fosse retirado, sob pena de proporcional indenização. O controle estatal alemão de monitorar e disciplinar o trabalho de repressão dos provedores aos ataques de ódio também merece ser aprendido e aplicado.

Com a implementação da Diretiva 2000 do Parlamento Europeu e da *NetzDG* alemã, acreditamos que seria possível tornar a internet no Brasil um ambiente mais justo, livre e solidário (art. 3º. I, da CF/88).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. *In* **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil, volume 4: responsabilidade civil.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Teoria Geral do Direito Digital. Rio de Janeiro, Forense, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

NERY, Nelson. **Código Civil Comentado**.10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PECK, Patricia. **Direito Digital**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *In* **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. *In* **Comentários à Constituição Federal do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

STOCCO, Ruy. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, volume 2**: **direito das obrigações e responsabilidade civil.** 10ª ed. Rio de janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

_____. **Responsabilidade Civil.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37ª ed. São Paulo: Melhoramentos, 2014.

CAPÍTULO 8

EXTINÇÃO DOS CONTRATOS: RESILIÇÃO E RESOLUÇÃO

TERMINATION OF CONTRACTS: TERMINATION AND RESOLUTION

RENATA RAMOS CARRARA PEREIRA

Graduada em Direito pela PUC-SP, pós-graduada em Direito Público e em Direito Notarial e Registral. Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito e pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Titular do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais de Capivari-SP. Titular do Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais do Município de Capivari-SP.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Classificação das formas de extinção dos contratos e a questão das invalidades. 2. Terminologia e definição: resilição, resolução e rescisão. 3. Resilição. 3.1. Resilição bilateral – distrato. 3.1.1. Resilição unilateral 3.1.2. Análise do parágrafo único do artigo 473 do código civil. 4. Resolução. 4.1. Requisitos para a resolução do contrato. 4.2. Resolução por descumprimento involuntário. 4.3. Resolução por descumprimento voluntário. 4.3.1. Cláusula resolutiva expressa e cláusula resolutiva tácita. Conclusão.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar algumas hipóteses de extinção dos contratos, sem o intuito de exauri-las. Para tanto foi utilizada a classificação de acordo com a verificação das hipóteses de extinção serem verificadas no momento da formação do contrato ou posteriores a ela, dando maior ênfase a estas últimas, quais sejam, as hipóteses de resilição e de resolução dos contratos. Para que se chegasse a tal análise, foi inicialmente tratado da extinção normal dos contratos, bem como das hipóteses de invalidade dos contratos, estas últimas como causas de extinção contemporâneas à formação do contrato, a fim de diferenciar das causas posteriores. A seguir foi tratada da terminologia resilição e resolução para conferir coerência ao tema, sendo por último tratado destes dois institutos, como se verificam, e as consequências de sua efetivação.
Palavras-chave: Contratos. Extinção dos Contratos. Resilição. Resolução.

ABSTRACT: The present work aims to analyze some hypotheses of termination of contracts, without the intention of exhausting them. For this purpose, the classification was used according to the verification of the extinguishment hypotheses being verified at the time of the formation of the contract or after it, giving greater emphasis to the latter, namely, the hypotheses of termination and termination of the contracts. In order to reach such an analysis, it was initially dealt with the normal extinction of contracts, as well as the hypotheses of invalidity of contracts, the latter as causes of extinction contemporaneous with the formation of the contract, in order to differentiate from subsequent causes. Next, the terminology resilience and resolution was dealt with in order to give coherence to the theme, being finally treated of these two institutes, as they are verified and the consequences of their implementation.
Keywords: Contracts. Termination of Contracts. Resolution.

INTRODUÇÃO

Contratos são celebrados diariamente, pelos quais as partes se obrigam a determinadas prestações. Dessa forma, o que se busca ao se contratar é ver as prestações cumpridas, ou seja, a efetivação da execução pelos contratantes. Essa seria a forma normal de extinção dos contratos, ou seja, a execução das respectivas prestações a que se obrigaram as partes do contrato e nos termos em que nele fora estipulado.

Ocorre que nem sempre se verifica a extinção do contrato pela sua exata execução. Vícios que maculam o contrato verificados anteriormente ou concomitantemente à sua formação, uma vez verificados e reconhecidos judicialmente, também podem desfazer a relação contratual. Verifica-se nestas hipóteses, casos de invalidade do contrato que o fulminam pela sua anulação, ou pela declaração de inexistência para parcela da doutrina.

Por sua vez, sendo o contrato válido, não padecendo de nenhum vício na sua formação, pode ser que outras situações ocasionem sua extinção sem ser sua exata execução. É o que acontece por exemplo na hipótese de inadimplemento do contrato pelo devedor, que autorizará, em determinados casos, o credor a por fim à relação contratual então vigente.

Da mesma forma, há hipóteses em que as próprias partes, por sua vontade, sem que se verifique vícios de formação ou descumprimento por qualquer dos contratantes, resolvam por fim à relação contratual, o que pode se dar de forma bilateral ou unilateral, sendo que esta última hipótese só seria possível em situações excepcionais como se verá adiante.

A extinção do contrato por falha no cumprimento das previsões contratuais de uma das partes implica nas hipóteses que autorizam a resolução contratual. Já no caso de extinção dos contratos por vontade das partes, estaremos diante das hipóteses de resilição dos contratos, terminologia esta que será tratada adiante com maiores detalhes.

Assim, em resumo, fora a forma normal de extinção dos contratos, esta pode se dar em casos de invalidade, decorrente de vícios existentes na sua formação ou anteriores a ela; em decorrência do inadimplemento contratual, quando estaremos diante das hipóteses de resolução do contrato; e, por fim, em decorrência da vontade das partes, de forma bilateral ou

unilateral, caso em que verificaremos hipóteses que permitem a resilição do contrato. Estas duas últimas hipóteses de extinção dos contratos se verificam em momento posterior à formação dos contratos, no campo da eficácia do negócio jurídico, e é sobre elas que aqui busca se tratar de forma mais detalhadas, a fim de se verificar quando ocorrem, seus requisitos e efeitos.

1. CLASSIFICAÇÃO DAS FORMAS DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS E A QUESTÃO DAS INVALIDADES

A extinção normal dos contratos, na definição de Orlando Gomes[1], se dá da seguinte forma: "Cumpridas as obrigações, o contrato está executado, seu conteúdo esgotado, seu fim alcançado. Dá-se, pois, a extinção. Poder-se-ia dizer, em expressiva comparação, que se finda por morte natural. A execução é, essencialmente, o modo normal de extinção dos contratos".

Já nos dizeres de Maria Helena Diniz[2]:

> O contrato, como todo e qualquer negócio jurídico, cumpre seu ciclo existencial. Nasce do mútuo consentimento, sofre as vicissitudes de sua carreira, e termina normalmente com o adimplemento da prestação, sendo executado pelas partes contratantes em todas as suas cláusulas. A *execução* é, pois, o modo normal de extinção do vínculo contratual, não suscitando, por isso, quaisquer problemas quanto à forma e aos efeitos, já que uma vez executado o contrato, extinguir-se-ão todos os direitos e obrigações que originou.

Fora a hipótese normal de extinção dos contratos, parte relevante da doutrina costuma dividir as causas que levam o contrato à extinção entre causas contemporâneas à formação dos contratos e causas posteriores à sua formação, assim o faz Orlando Gomes[3], Maria Helena Diniz[4], Carlos Roberto Gonçalves[5] e Flávio Tartuce[6].

[1] Gomes, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 165

[2] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P. 177

[3] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle.

[4] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P. 177

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017. P. 177.

[6] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 285

Conforme visto a título introdutório, as causas de extinção contemporâneas à formação dos contratos revelam as hipóteses de invalidade do contrato, por vícios na sua formação, que podem configurar causas de nulidade ou de anulabilidade dos contratos.

Há entendimento na doutrina, como o de Miguel Maria de Serpa Lopes[7] e de Christiano Chaves de Farias[8], que defende a possibilidade de identificação de causas de inexistência do contrato, contudo, não é esse o tratamento dado pela legislação civil ora vigente, que se limita a tratar das hipóteses de anulabilidade e de nulidade dos negócios jurídicos, não fazendo menção a hipóteses de inexistência. Em posição contrária à aplicabilidade da teoria da inexistência aos contratos, Flávio Tartuce[9] tem o seguinte entendimento:

> Realmente, a teoria da inexistência do negócio jurídico, particularmente quanto ao contrato, parece ser insatisfatória tecnicamente, uma vez que o Código Civil de 2002 não adotou de forma destacada, o plano da existência. Em suma, também não sou favorável à teoria da inexistência do contrato. Nas hipóteses apontadas pela doutrina como casos de inexistência, entendo ser o contrato nulo, resolvendo-se os problemas jurídicos com o plano da validade. Em verdade, de forma didática, pode-se reafirmar que o plano da existência está *embutido* no plano da validade.

---

[7] LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I – 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. P. 447/448. "Na verdade, indubitável que a ausência de consentimento não pode ser considerada simplesmente uma nulidade absoluta, senão tomá-la como um ato inexistente, se aquêle a quem se imputar a autoria do ato jamais nêle interveio. Já não é a mesma situação da vontade manifestada por um incapaz ou da viciada por coação: coactus voluit. (...) Enquanto o ato nulo, mesmo que se trate de uma nulidade absoluta, pode ainda dêle existir algum efeito, do ato inexistente nenhum efeito é possível surgir; ou ainda, embora o ato nulo excepcionalmente possa ser suscetível de convalidação, o ato inexistente por hipótese nenhuma tem essa possibilidade

[8] Malgrado a natureza polêmica do conceito, cuja aceitação é foco de controvérsias, não apenas endossamos o plano de existência, admitindo a sua configuração para os referidos elementos gerais indispensáveis à constituição de qualquer negócio jurídico, como, respaldados em classificação de Antonio Junqueira de Azevedo, estendemos o seu raio de abrangência aos elementos gerais que não integram o negócio, mas também são indispensáveis à sua existência: agente, lugar e tempo. Ademais, na estrutura normativa de cada negócio jurídico, existem elementos essenciais específicos: cuida-se dos elementos categoriais, que não resultam da vontade das partes, mas de imposição da ordem jurídica. Exemplificando, o consenso sobre coisa e preço na compra e venda (art. 481, CC). (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie - volume 4 – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 558.

[9] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. .288

As hipóteses de invalidade do negócio jurídico, por sua vez, estão previstas nos artigos 166, 167 (negócios jurídicos nulos) e 171 (negócios jurídicos anuláveis) do Código Civil.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves[10], a nulidade absoluta "decorre de ausência de elemento essencial do ato, com transgressão a preceito de ordem pública, impedindo que o contrato produza efeitos desde a sua formação (*ex tunc)*".

Já a anulabilidade, segundo o mesmo autor:

> [...] advém da imperfeição da vontade: ou porque emanada de um relativamente incapaz não assistido (prejudicando o interesse particular de pessoa que o juiz quis proteger), ou porque contém algum dos vícios do consentimento, como erro, dolo, coação, etc.". Como pode ser sanada e até mesmo não arguida no prazo prescricional, não extinguirá o contrato enquanto não se mover ação que a decrete, sendo *ex nunc* os efeitos da sentença. Malgrado também contenha vício congênito, é eficaz até sua decretação pelo juiz.

Marcos Bernardes de Mello[11] conceitua a nulidade e a anulabilidade da seguinte forma:

> No direito brasileiro há dois graus de invalidade: (a) *nulidade*, que constitui a sanção mais enérgica, acarretando, entre outras consequências, em geral, a ineficácia *erga omnes* do ato jurídico quanto a seus efeitos próprios, além da insanabilidade do vício, salvo exceções bem particularizadas, e *(b) anulabilidade*, cujos efeitos são relativizados somente às pessoas diretamente envolvidas no ato jurídico, o qual produz eficácia específica, integralmente, até que seja desconstituídos, o ato e seus efeitos, mediante impugnação em ação própria, podendo ser convalidado pela confirmação ou pelo transcurso do tempo.

Assim, seriam hipóteses de nulidade dos contratos: celebrado por pessoa absolutamente incapaz; se for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; se o motivo determinante, comum a ambas as partes, for

[10] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017. P.178.

[11] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano da validade – 15 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 104

ilícito; se não revestir a forma prescrita em lei; caso seja preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; que tiver por objetivo fraudar lei imperativa; ou quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção, bem como, o negócio jurídico simulado, nos termos do artigo 167, do Código Civil[12].

Por sua vez, serão anuláveis os negócios jurídicos, além de outros casos específicos previstos em lei, nos termos do artigo 171 do Código Civil, quando na hipótese de incapacidade relativa do agente, ou se presente na sua formação resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

É de se observar que a doutrina costuma mencionar quanto aos efeitos, no que diz respeito a decretação nulidade ou anulabilidade do contrato, serem eles, respectivamente, retroativos e não retroativos, conforme visto no entendimento de Carlos Roberto Gonçalves acima exposto, indo no mesmo sentido a posição da professora Maria Helena Diniz[13]. E, ainda, no entendimento de Orlando Gomes[14]:

> O contrato anulável, ao contrário do contrato nulo, subsiste enquanto não decretada sua invalidade por sentença judicial proferida na ação proposta pela parte a quem a lei protege. O contrato nulo não produz qualquer efeito; é, segundo feliz expressão, um natimorto. Para a nulidade ser reconhecida, não é preciso provocação. Ao juiz cabe pronunciá-la de ofício.

Outras duas questões para se fazer a exata distinção, mencionadas pelo último autor citado, quanto à anulabilidade e a nulidade diz respeito à legitimação e à convalescença.

---

[12] Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
§ 1o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.
§ 2o Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

[13] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P.179

[14] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 190.

Aponta o autor, quanto a legitimação, que o critério de poder ser arguida por qualquer interessado a nulidade absoluta, enquanto que na anulabilidade tal legitimação estaria restrita à pessoa que a lei visa proteger, não seria suficiente para a diferenciação dos institutos. Isso porque, vezes há em que a nulidade também só poderá ser alegada por determinadas pessoas, verificando-se hipótese de nulidade relativa (chamadas por Marcos Bernardes de Mello[15] de nulidades dependentes de alegação, em contraposição às nulidades de *pleno iure*) que não se confunde com as hipóteses de anulabilidade.

Assim, seria na questão da convalescença que estaria o ponto fundamental de distinção entre a nulidade e a anulabilidade, uma vez que com relação aos atos nulos tal evento não seria possível, mas sim nos casos de anulabilidade. Nas palavras de Orlando Gomes[16]: "A nulidade é incurável, mas os contratos anuláveis podem ser purificados. Sana-se o vício originário e, em conseqüência, convalesce. A convalescença dá-se por três modos: a) a confirmação; b) a convalidação; c) a prescrição".

Segundo Maria Helena Diniz[17], Carlos Roberto Gonçalves[18] e Flávio Tartuce[19], seriam causas de dissolução do contrato contemporâneas a sua formação também, o implemento de condição resolutiva pactuado no próprio contrato, bem como, o exercício do direito de arrependimento expressamente convencionado pelas partes. Assim entendem os autores, pois seriam causas de extinção dos contratos que já estariam previstas em seu conteúdo, apenas seu exercício eventualmente ocorreria posteriormente. Nas palavras de Flávio Tartuce[20]: "Essas duas formas de extinção decorrem da autonomia privada, da previsão contratual, razão pela qual são tratadas como motivos anteriores ou contemporâneos à celebração do contrato".

---

[15] MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico – plano da validade – 15 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019

[16] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P.191

[17] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P. 179

[18] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017. P. 178

[19] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 291/292

[20] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 291

Maria Helena Diniz[21] ainda defende que as causas de anulabilidade dos contratos não configurariam hipóteses de dissolução do contrato, uma vez que os contratos eivados de nulidade relativa, "subsistirão até o instante de sua anulação, produzindo efeitos durante algum tempo, admitindo, ainda, confirmação e purificando-se com o decurso do tempo". E complementa: "Trata-se tão somente do reconhecimento de que o contrato é defeituoso, o que não lhe retira a relevância jurídica, visto que permanecerá eficaz enquanto não se mover ação que decrete tal nulidade, por ter a nulidade relativa efeito *ex nunc*".

Orlando Gomes[22], por sua vez, ao tratar da diferença de tratamento dos contratos nulos e anuláveis, trata de ambos como possíveis formas de extinção dos contratos, não fazendo a diferenciação acima apontada, o que parece mais adequado, visto que o contrato que venha a ser anulado por sentença por causa de anulabilidade cessará seus efeitos, deixará de existir a partir daquele momento, ou seja, restará extinto.

Com relação às causas de extinção dos contratos que são posteriores à sua formação, encontram-se as hipóteses de resolução e de resilição, tratadas pelo Código Civil em capítulo que trata da extinção dos contratos, as quais serão objeto de análise a seguir, de forma mais detalhada. Contudo, antes de se adentrar no tema, necessário se faz uma análise da terminologia adotada para que não haja confusão, diferenciando-se como serão utilizados os termos rescisão, resolução e resilição.

2. TERMINOLOGIA E DEFINIÇÃO: RESILIÇÃO, RESOLUÇÃO E RESCISÃO

Segundo definição de Anderson Schreiber[23], ao diferenciar a resilição da resolução:

> Resilição é a extinção do contrato pela mera declaração de vontade de um ou de ambos os contratantes. Resolução é a extinção do contrato motivada

[21] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P. 179

[22] A anulabilidade também priva o contrato de seus efeitos, se requerer a invalidação a pessoa a favor de quem a lei a determinou. Gomes, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P.189.

[23] SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo – 3 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. P. 496

> pelo inadimplemento absoluto da outra parte, embora nosso Código Civil, ao cuidar das obrigações em geral, empregue o termo também na hipótese de impossibilidade total ou parcial da prestação (arts. 234,235,248 etc.). A prática advocatícia consagra, ainda, o termo *rescisão*, que advindo historicamente de formas específicas de extinção como a hipótese de extinção do contrato por *laesio enormis* do direito romano, acabou se generalizando para designar qualquer forma de extinção por iniciativa das partes.

Silvio de Salvo Venosa[24], por sua vez, define resilição como sendo "a cessação do vínculo contratual pela vontade das partes, ou, por vezes, de uma das partes. A resilição é, portanto, termo reservado para o desfazimento voluntário do contrato".

Já o termo resolução, segundo o autor[25], "é geralmente reservado para as hipóteses de inexecução do contrato por uma das partes, embora, como vimos, seja utilizada na prática, indiferentemente a palavra *rescisão*", e prossegue dizendo que

> Essa inexecução pode ser culposa ou não. Quando se imputa culpa ao outro contratante, o demandante pode pedir a resolução do contrato, ou a execução em espécie, quando a natureza do negócio permitir, com indenização por perdas e danos. Quando existe o dever de indenizar, parece que o termo *rescindir* é mais forte porque significa e traz a noção de rasgar, dilacerar, destruir o que está feito, e não simplesmente finalizar um acordo de vontades.

Caio Mario da Silva Pereira[26] define a resilição como "dissolução do vínculo contratual, mediante atuação da vontade que a criara. Pode ser bilateral ou unilateral". Quanto à resolução[27], define como sendo a "cessação do contrato – resolução – em consequência de ter o devedor faltado ao cumprimento da sua obrigação".

---

[24] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 167.

[25] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P.172

[26] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 57.

[27] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 60

Já, segundo Maria Helena Diniz[28], a resolução "se liga ao inadimplemento contratual, caso em que se terá resolução por inexecução voluntária ou involuntária do contrato, por onerosidade excessiva, etc.; e a resilição seria "o modo de extinção do ajuste por vontade de um ou dos dois contratantes, por razões que variam ao sabor de seus interesses, podendo ser, portanto, unilateral ou bilateral".

Para Orlando Gomes[29] a resolução tem como causa a inexecução por um dos contratantes, configurando "um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial". Resilição, por sua vez[30] seria o "modo de extinção dos contratos por vontade de um ou dos dois contratantes". Quanto ao termo rescisão o autor atentava para o fato de ser utilizado indistintamente para os casos de resolução e resilição, mas defendia que este termo deveria ser reservado para os casos de extinção dos contratos que tivessem por causa a lesão, hoje tratado pelo atual Código Civil como causa de anulabilidade.

Nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves[31]:

> A *rescisão* é palavra que traz, entre nós, a noção de extinção da relação contratual por culpa. Originalmente, vinha ligada tão só ao instituto da lesão. No entanto, geralmente quando uma parte imputa à outra o descumprimento de um contrato, pede a *rescisão* em juízo e a sentença decreta-a. Os interessados, no entanto, usam com frequência o termo no sentido de *resilir*, isto é, terminar a avença de comum acordo, distratar o que foi contratado. Nada impede que assim se utilize, num costume arraigado em nossos negócios.

Do acima exposto verifica-se que os termos resilição e resolução restam bem definidos pela doutrina, sendo aquele destinados à extinção dos contratos por vontade de uma ou de ambas as partes, e o segundo para os casos em que se verifica o inadimplemento contratual. Quanto ao termo rescisão, a discussão quanto à sua utilização num ou noutro caso se deve

[28] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P.182

[29] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 167.

[30] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 181

[31] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017. P.169.

ao fato de o Código Civil utilizar a expressão ora no sentido de resolução[32], ora no sentido de resilição[33].

Assim, conforme ensinamento de Flávio Tartuce, pode-se considerar que nos termos em que as expressões resilição, resolução e rescisão são utilizadas atualmente pela legislação civil, pode-se considerar como a última sendo gênero da qual a resilição e a resolução seriam espécies. Nesse sentido[34]:

> A partir dos entendimentos doutrinários referenciados no início do capítulo, pode-se afirmar que a *rescisão* (que é gênero) possui as seguintes espécies: *resolução* (extinção do contrato por descumprimento) e *resilição* (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo). Todas as situações envolvem o plano da eficácia do contrato, ou seja, *oterceiro grau da Escala Ponteana.*

Superada a questão terminológica dos institutos objeto do presente estudo, passa-se à análise mais detida de cada um deles (resilição e resolução), como causas extintivas do contrato que se verificam em momento posterior à sua formação e que operam no plano da eficácia.

3. RESILIÇÃO

Conforme visto, consiste a resilição do contrato em forma de extinção da avença que tenha por causa a vontade de uma ou de ambas as partes, verificando-se a resilição unilateral no primeiro caso e a resolução bilateral no segundo, esta última identificada como distrato, conforme explica Orlando Gomes[35] ao tratar da resilição:

[32] Art. 455, CC: Se parcial, mas considerável, for a evicção, poderá o evicto optar entre a rescisão do contrato e a restituição da parte do preço correspondente ao desfalque sofrido. Se não for considerável, caberá somente direito a indenização.

[33] Art. 607, CC: O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

[34] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 293.

[35] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P.181.

> Neste sentido é, propriamente, o acordo de vontades para pôr termo a um contrato, desfazimento, de comum acordo, do laço que prendia os contraentes. Sua forma pura é, assim, o distrato, mas também sucede pela vontade de um só dos contratantes. Há, portanto, resilição bilateral e unilateral.

O Código Civil trata do distrato no capítulo voltado à extinção dos contratos, mais especificamente no artigo 472, trazendo a seguinte previsão: "O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato". Ou seja, limita-se a disposição a tratar da forma que deve observar o distrato sem entrar em maiores detalhes.

No dispositivo seguinte, o Código Civil traz previsão quanto à resilição unilateral e dispõe:

> Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

Destaca-se aqui o caráter excepcional em que deve se pautar a resilição unilateral, cabendo sua realização apenas mediante autorização legal, seja explícita ou implícita, em virtude do caráter obrigatório que deve ter o contrato para as partes.

A resilição pode ainda ser convencional, sem que configure a hipótese de distrato, quando as partes estipulam no contrato que qualquer delas podem pleitear sua extinção. Há um consentimento preestabelecido quanto à possibilidade de resilição por iniciativa de qualquer das partes, mas não há que se falar em distrato propriamente dito. Assim dispõe Orlando Gomes[36]:

> Mas também há resilição convencional quando no próprio contrato se atribui a faculdade de resilir a qualquer dos contratantes. Se eles estipulam que pode ser dissolvido antes da expiração do termo, assim o deseje uma das partes (como se verifica, por exemplo, no contrato de trabalho por tempo determinado em que se reservam o direito de resilir ante tempus, mediante aviso prévio), a resilição, apesar de se efetuar em virtude da declaração de vontade de um só dos estipulantes é, em verdade, convencional, porque re-

[36] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 182

> sulta de acordo feito no momento da conclusão do contrato. Nessa hipótese, porém, não se pode falar propriamente em distrato, embora a resilição seja por mútuo consentimento.

A seguir será feita a análise mais detida das hipóteses de resilição dos contratos aqui apontadas.

3.1. RESILIÇÃO BILATERAL – DISTRATO

O distrato consiste, conforme visto, na resilição bilateral do contrato, ou seja, resulta do acordo de vontade das partes contratantes em por fim a um contrato entre elas previamente estipulado. Segundo Orlando Gomes[37]:

> O modo normal de resilição bilateral é o distrato, negócio jurídico pelo qual as partes, declarando conjuntamente a vontade de dar cabo do contrato, rompem o vínculo, extinguindo a relação jurídica. É, em síntese, um contrato para extinguir outro.

Caio Mário da Silva Pereira[38] conceitua o distrato da seguinte forma:

> Resilição bilateral ou distrato, como o art. 472 do Código denomina esta figura jurídica, é a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o contrarius consensus dos romanos, gerando o contrato liberatório. Algumas vezes é chamada de mútuo dissenso. Não nos parece adequada a designação, pois que dissenso sugere desacordo, e esta modalidade de ruptura do liame contratual resulta da harmonia de intenções, para a obtenção do acordo liberatório, tendo em vista obrigações ainda não cumpridas.

Segundo Miguel Maria de Serpa Lopes[39], o distrato teria natureza jurídica de contrato, assim:

---

[37] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 182

[38] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 57.

[39] LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I – 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. P. 200.

> Todavia, não entendemos aceitável êsse ponto de viste. No distrato, conforme seja a forma e a situação da execução do contrato dissolvido, pode haver uma promessa; o pressupor um contrato anterior, não lhe desnatura a figura contratual, que é sempre um acôrdo de vontades, visando extinguir ou modificar direitos. Finalmente, a imprescindibilidade de um novo consentimento manifestado pela mesma forma do contrato torna indubitável êsse caráter contratual.

O mesmo entendimento segue Maria Helena Diniz[40]:

> A resilição bilateral ou distrato vem a ser a dissolução do vínculo contratual deliberada por ambos os contratantes. O distrato, portanto, é um negócio jurídico que rompe o vínculo contratual, mediante declaração de vontade de ambos os contratantes de pôr fim ao contrato que firmaram. É um contrato que extingue outro, que ainda não foi executado, isto é, cujos efeitos não se exauriram e cujo prazo de vigência não expirou. Pressupõe, portanto, contrato anterior e novo consentimento dos contratantes, no sentido de extinguir o elo obrigacional anteriormente estabelecido por eles, por ser de seu interesse.

Assim, pelo distrato, as partes contratantes, por consenso mútuo decidem desfazer o contrato previamente estabelecido. Contratam em sentido contrário do que haviam antes estipulado contratualmente. Trata-se, portanto da estipulação de uma nova manifestação de vontade, que tem por objeto cessar os efeitos de um contrato anterior estabelecido entre as mesmas partes, liberando-as do que fora anteriormente pactuado.

Quanto aos efeitos, a doutrina costuma estabelecer que normalmente o distrato se dá com efeito *ex nunc*, ou seja, os efeitos gerados pelo contrato até o momento do distrato são preservados. Assim entende Caio Mario da Silva Pereira[41], Carlos Roberto Gonçalves[42], Miguel Maria de Serpa Lopes[43] e Maria Helena Diniz[44].

---

[40] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P. 187

[41] "O distrato produz efeitos normalmente ex nunc, isto é, a partir do momento em que se ajusta, não retroagindo para alcançar as consequências pretéritas, que são respeitadas. Pode operar nova transmissão de propriedade, e está sujeito a nova tributação". (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.58)

[42] "Os efeitos do distrato são, efetivamente, ex nunc, para o futuro, não se desfazendo os anteriormente produzidos". (GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017. p.204)

[43] A dissolução do contrato pelo distrato opera ex nuc. Não produz efeitos retroativos como na nulidade. (LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I – 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. p. 200)

[44] "O distrato, em regra, produz efeitos ex nunc, ou seja, a ruptura do vínculo contratual só produz-

Contudo, sendo o distrato uma nova estipulação entre as partes, que se estabelece com o consentimento de ambas, nada impede que elas lhe estipulem efeitos retroativos, retirando todos os efeitos contratuais produzidos até então, e reestabelecendo a situação jurídica em que ambas figuravam antes da celebração do contrato. Assim, pode-se dizer, com mais precisão, que os efeitos do distrato depende do que estabelecer o novo acordo de vontade das partes, podendo ao critério delas produzir efeitos retroativos ou não. Esse é o entendimento de Araken de Assis[45], realçando hipótese de que nem sempre a eficácia *ex tunc* poderá ser livremente estipulada:

> Da enumeração das espécies de distrato, resulta que os distratantes desfrutam de ampla liberdade de outorgar-lhe eficácia *ex tunc* ou *ex nunc*. (...) Por conseguinte, nenhuma limitação, a priori, restringe o conteúdo do distrato. Nem sempre, porém a eficácia ex *tunc* revelar-se-á admissível, como na hipótese de terceiro adquirir algum direito, neste entretempo, pois os efeitos do distrato alcançam apenas seus figurantes (...)

Alerta, também o autor, que em contratos de prestação duradoura como é o caso dos contratos de locação ou arrendamento, a regra, contudo, seria da eficácia *ex nunc*, em virtude da dificuldade de retroação com relação aos efeitos já produzidos pelo contrato.

Observação no sentido exposto é também trazida por Sílvio de Salvo Venosa[46]: "O distrato gera efeitos a partir de sua ultimação, a não ser que as partes reconheçam o contrário no ato". No mesmo sentido, mais uma vez, Araken de Assis[47] entende que "o distrato gerará, em alguns casos, nova relação jurídica, predisposta à restituição recíproca, ou não, conforme a natureza do negócio distratado, das prestações que se hajam efetuado".

Quanto à forma, estipula o artigo 472 do Código Civil, conforme já visto que "O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato". Aqui deve-se observar a questão da exigência da forma do contrato que

irá efeitos a partir do instante de sua celebração, não atingindo as consequências pretéritas, nem os direitos adquiridos por terceiros, que serão respeitados". (p.188)

[45] ASSIS, Araken. Do distrato no novo código civil. Disponível em: <https://www.anoregmt.org.br/arquivos/12395/12395_09684_00001.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2021.

[46] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.P. 170

[47] ASSIS, Araken. Do distrato no novo código civil. Disponível em: <https://www.anoregmt.org.br/arquivos/12395/12395_09684_00001.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2021.

vinculará a forma do respectivo distrato. Caso as partes optem por forma que não seja a exigida em lei para a celebração do contrato, como a forma pública para os casos que a lei não traz tal exigência, poderá o distrato se dar pela forma particular, em que pese a forma pública adotada anteriormente. Melhor elucidando, nas palavras de Orlando Gomes[48]:

> Nenhuma limitação há à determinação do conteúdo do distrato. Há, entretanto, uma exigência quanto à forma. O distrato deve ser feito pela mesma forma que o contrato, regra que só se aplica, porém, aos contratos de forma prescrita em lei. Quando é da sua substância, o distrato não pode ser feito senão como o contrato. Se a lei exige a escritura pública para a validade deste, as partes não podem distratá-lo por instrumento particular. Nessa hipótese, o distrato somente vale se também realizado por escritura pública. Mas se não exige forma determinada, a preferência que as partes manifestam não obriga a observá-la no distrato. Contrato por escritura pública não obrigatória pode desfazer-se por escrito particular, nada obstando, do mesmo modo, que seja distratado verbalmente contrato celebrado por escrito. Certos fatos podem, por fim, ser interpretados como distrato, não sendo necessária, por conseguinte, expressa e direta manifestação de vontade das partes.

Importante observar que qualquer contrato pode ser objeto de distrato, uma vez que não se pode obrigar as partes a permanecerem vinculadas contratualmente quando é da vontade de ambas fazer cessar os efeitos de determinado contrato.

Contudo, para que o distrato se efetive é preciso que o contrato que será objeto deste não esteja extinto pela forma normal de sua extinção, ou seja, não pode o contrato já ter sido plenamente executado, pois neste caso não há relação contratual a ser desfeita em virtude de seu exaurimento. Assim é a compreensão trazida por Orlando Gomes[49]:

> Todos os contratos podem ser resilidos por distrato. Necessário, porém, que os efeitos não estejam exauridos, uma vez que a execução é a via normal da extinção. Contrato extinto não precisa ser dissolvido. Se já produziram alguns efeitos, o acordo para eliminá-los não é distrato mas outro contrato

[48] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 182

[49] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 182

> que modifica a relação. Geralmente o distrato é utilizado nos contratos de execução continuada para desatar o vínculo antes do advento de seu termo extintivo, mas pode ser convencionado para pôr termo a contrato por tempo indeterminado. Claro é que se o contrato cessa por se ter expirado o prazo estipulado, não há que falar em distrato, pois, nesse caso, dá-se a extinção normal, por execução.

Questão importante no distrato diz respeito à possibilidade de configuração de uma nova transmissão da propriedade imobiliária e, portanto, sujeita a nova tributação. Silvio de Salvo Venosa[50] atenta para tal fato: "Quando se trata de desfazimento de alienação imobiliária, o ato pode gerar nova transmissão de propriedade, com nova incidência tributária.

Ocorre que, para que a propriedade imobiliária seja transferida, necessário se faz o respectivo registro e uma vez este efetuado, mediante a devida quitação, terá o contrato exaurido seus efeitos, ou seja, já terá sido extinto em virtude de sua execução, pela via normal de extinção vista anteriormente. Logo, se nova transmissão se efetuar por novo acordo de vontades, não se estará tratando de distrato, pois não se estará desfazendo efeitos de um contrato anterior, mas se estará diante de nova relação contratual que justifica a nova incidência de tributo por configurar nova transmissão de propriedade.

A fortalecer tal entendimento, Araken de Assis[51]:

> No entanto, o contrarius consensus exige que os efeitos do contrato ainda não estejam exauridos pelo cumprimento. Se, por exemplo, os figurantes distratam a compra e venda, após a aquisição do domínio, realizam uma revenda, e, não, acordo de transmissão de sinal contrário. (...) Em outras palavras, os atos de disposição, uma vez completados, não deixam nenhuma relação, entre as partes, suscetível de ser distratada, cabendo tão-só invertê-la por um novo ato de disposição.

Como visto, a resilição pode se dar de forma bilateral, configurando o distrato ora estudado, e, em caráter excepcional, admite-se a resilição unilateral, a qual será objeto de estudo neste momento.

[50] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.P.171

[51] ASSIS, Araken. Do distrato no novo código civil. Disponível em: <https://www.anoregmt.org.br/arquivos/12395/12395_09684_00001.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2021.

3.2. RESILIÇÃO UNILATERAL

A resilição unilateral vem prevista no *caput* do artigo 473 do Código Civil, que assim dispõe: "A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte". Consiste ela em forma de extinção do contrato que se dá pela manifestação de vontade de apenas uma das partes contratantes, que o faz mediante denúncia à outra parte.

Mais uma vez se ressalta o caráter excepcional da resilição unilateral. Em virtude do caráter obrigatório do contrato com relação às partes, apenas como medida excepcional admitirá a lei que uma delas se desvencilhe de tal obrigatoriedade unilateralmente, sem que configure descumprimento do contrato com as consequências relativas ao inadimplemento.

Nesse sentido, Anderson Schreiber[52]:

> A resilição unilateral é, portanto, uma possibilidade excepcional, na medida em que a vontade de apenas um dos contratantes não tem, em regra, a aptidão de desfazer o vínculo criado com base na vontade de ambos. Se as partes celebraram um contrato, vinculante, por definição, a "saída de qualquer das partes antes do seu cumprimento ou do esgotamento do seu prazo de vigência representa, em regra, descumprimento do contrato, permitindo à contraparte não apenas exigir perdas e danos causados pelo inadimplemento, como também se valer de métodos judiciais de coerção ao cumprimento, se ainda útil.

Normalmente, a resilição unilateral é autorizada pela lei em contratos em que a confiança se dá de forma imperativa para sua constituição e manutenção. Assim, caso cesse tal característica, estaria autorizado à outra parte unilateralmente resilir o contrato, como ocorre nos contratos de mandato, depósito ou comodato.

Além dessas hipóteses, a lei implicitamente autoriza que os contratos de execução continuada, por prazo indeterminado, possam ser denunciados por qualquer das partes, levando à sua extinção, uma vez que

[52] SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ...[et al.] – 2 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 291.

não há como se exigir que as partes se obriguem perpetuamente em virtude da celebração de um contrato. Assim se manifesta Anderson Schreiber[53]:

> Ao lado das hipóteses em que a lei explicitamente autoriza a resilição unilateral, há hipóteses em que a lei autoriza implicitamente, como ocorre no caso dos contratos por prazo indeterminado. Atende-se, nessa hipótese, à ideia segundo a qual ninguém pode permanecer obrigado para sempre, o que implicaria restrição excessiva à autonomia privada dos contratantes.

Pode ser também que a possibilidade de resilição seja pactuada no contrato pelas próprias partes, que para Silvio de Salvo Venosa[54] configuraria hipótese de distrato previamente autorizado, mas não parece ser o melhor entendimento.

Conforme visto, o distrato exige a manifestação de ambas as partes no momento se sua pactuação, autorizando que elas determinem os efeitos que tal ato surtirá. Na hipótese se se autorizar que qualquer das partes denuncie o contrato, mediante aviso prévio ou não, unilateralmente, o que verificamos é hipótese de resilição previamente autorizada no contrato, atendendo o caráter de excepcionalidade do instituto assegurado na lei. Também, no próprio contrato, pode estar autorizado o direito de arrependimento, mediante o pagamento de multa pela parte que o exercer, o que se insere no campo da resilição.

Aqui é preciso observar que por ser o direito de arrependimento uma forma do exercício da resilição contratual, estaríamos diante de hipótese de extinção dos contratos por motivo posterior à sua formação. Dessa forma, não seria o mais adequado, como mencionado anteriormente, o entendimento de alguns autores que inserem o arrependimento como causa extintiva contemporânea à formação do contrato, uma vez que seu exercício, e consequentemente, a causa que leva o contrato à extinção, estaria verificada em momento posterior ao qual o contrato se formou.

---

[53] SCHREIBER, Anderson. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência/ Anderson Schreiber ...[et al.] – 2 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2020. P. 291.

[54] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.P. 171

Orlando Gomes[55], para quem o direito de resilir constitui em um direito potestativo, traz as hipóteses em que o ordenamento autoriza a resilição de forma elucidativa:

> Na resilição unilateral dos contratos por tempo indeterminado, presume a lei que as partes não quiseram se obrigar perpetuamente, e, portanto, que se reservaram a faculdade de, a todo tempo, resilir o contrato. O fundamento do poder de resilir seria, assim, a vontade presumida das partes. Outras vezes, o contrato distingue-se pelo elemento fiduciário que encerra, de modo que só subsiste enquanto existe confiança de uma parte na outra. Justo que a lei autorize sua resilição pelo contratante que a perdeu. Por último, os próprios sujeitos reservam-se o direito de arrependimento, assegurando-se a faculdade de resilir o contrato, uma vez se sujeitem ao pagamento de multa prevista especialmente para esse fim. Em todas essas hipóteses, embora a *ratio legis* da autorização para resilir unilateralmente seja diferente, justifica-se o poder que a lei confere aos contratantes.

Quanto ao fato de ter a resilição a natureza de direito potestativo, leciona Flávio Tartuce[56]:

> Na resilição unilateral há o exercício de um direito potestativo, aquele que se contrapõe a um estado de sujeição. Sendo assim, não há que se falar, pelo menos em regra, na existência da responsabilização civil da parte que exerce esse direito potestativo.

Vale ressaltar que, uma vez pactuado a possibilidade de arrependimento por qualquer das partes mediante o pagamento de multa correspondente ao exercício de tal faculdade, nada poderá fazer a outra parte contra a efetivação da extinção do contrato, restando apenas receber a respectiva multa e ter o contrato por extinto.

A denúncia consiste em declaração receptícia de vontade, exigindo que a outra parte dela tome conhecimento para que surta efeitos, além disso, seus efeitos não retroagem, operam *ex nunc,* e independem

[55] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle P. 183

[56] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021. P. 311

de manifestação judicial para que se dê sua efetivação, conforme ensina Maria Helena Diniz[57]:

> A resilição unilateral dos contratos não requer, para a sua eficácia, pronunciamento judicial. Produz tão somente, efeitos ex nunc, não operando retroativamente, de sorte que não haverá restituição das prestações cumpridas, uma vez que as consequências jurídica já produzidas permanecerão inalteráveis.

Importante regra é trazida pelo parágrafo único do artigo 473 do Código Civil ora analisado, que trata da suspensão da eficácia da denúncia, objeto de análise neste momento.

3.2.1. ANÁLISE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 473 DO CÓDIGO CIVIL

Dispõe o parágrafo único do artigo 473 do Código Civil que: Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Segundo Anderson Schreiber[58] trata o disposto da suspensão da eficácia da denúncia, ou nos dizeres de Flávio Tartuce[59], da continuidade compulsória do contrato.

Por este dispositivo, ainda que esteja assegurado à parte denunciar o contrato, em virtude de autorização legal, caso a outra parte tenha feito investimentos consideráveis a fim de dar cumprimento ao contrato, poderá esta pleitear que os efeitos da denúncia sejam suspensos e o contrato continuado até que se compense de certa forma tais investimento, ou seja, por prazo compatível com o vulto dos investimentos realizados.

---

[57] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017. P. 189

[58] SCHREIBER, Anderson. Manual de direito civil: contemporâneo – 3 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.P. 499

[59] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021.P. 314

De acordo com Caio Mario da Silva Pereira[60], "o critério legal é o de proporcionar à parte prejudicada pela resilição unilateral a obtenção do objetivo previsto no contrato, de acordo com a natureza do contrato e dos investimentos realizados".

Silvio de Salvo Venosa[61] defende que "Essa disposição atende à finalidade social que o vigente estatuto procurou imprimir ao cumprimento das obrigações e se apresenta com caráter cogente".

Tendo o caráter cogente, conforme exposto pelo autor, não poderiam as partes pactuarem em sentido contrário, tal entendimento relativiza a autonomia privada dos contratantes em razão da função social que deve ser atendida pelos contratos, prevista no *caput* do artigo 421 do Código Civil[62]. Contudo, com as alterações trazidas pela Lei de Liberdade Econômica, especialmente no que diz respeito aos artigos 113, mais especificamente no §2º [63] e 421, parágrafo único[64] que fortalece a autonomia privada dos contratantes e relativiza a função social dos contratos da forma como era tida até então, talvez a possibilidade de afastar a incidência da norma em questão se verifique.

Segundo Flávio Tartuce[65], tal dispositivo se coaduna com a função social dos contratos e com a boa-fé objetiva, alertando para o fato da regra

---

[60] EREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P.59

[61] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.P.172

[62] Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

[63] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
III - corresponder à boa-fé;
IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
§ 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

[64] Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.
Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

[65] TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021.P. 313

ser aplicável às hipóteses de contratos por prazos indeterminados, para os quais a lei autoriza a resilição unilateral.

Caio Mario da Silva Pereira[66], por sua vez, atenta para o fato de tal regra não ter aplicabilidade para os casos em que a resilição unilateral se dê com base na quebra de confiança da parte que denuncia o contrato, restando à parte eventualmente prejudicada pleitear perdas e danos verificados. Isso porque, uma vez quebrada a fidúcia na qual se pautava o contrato, não tem como fazer com esse permaneça vigente de forma forçada.

Finalizada as questões relativas às hipóteses de resilição do contrato, passa-se agora à análise da resolução como forma de extinção dos contratos posterior à sua formação.

4. RESOLUÇÃO

Segundo Orlando Gomes[67]: "Resolução é, portanto, um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial".

Os artigos 474 e 475 do Código Civil trazem a seguinte redação:

> Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.
>
> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

São tais dispositivos que serão objeto de análise a partir desse momento, com a adição das hipóteses de resolução por inadimplemento involuntário, que será tratado a seguir.

[66] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil – Vol. III / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 60

[67] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.P. 167

4.1. REQUISITOS PARA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO

Conforme o artigo 475 do Código Civil acima transcrito, caberá a resolução do contrato da hipótese de inadimplemento por uma das partes do contrato. Estando ambas as partes obrigadas às devidas prestações, uma vez verificado o inadimplemento por uma delas, poderá a outra parte requerer que o contrato seja resolvido ou exigir seu cumprimento, cabendo em qualquer das hipóteses a indenização por perdas e danos.

Importante trazer para a análise ora proposta o disposto no artigo 395, do Código Civil, que dispõe:

> Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.
>
> Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

Pode-se compreender da leitura do dispositivo, que a simples mora não autoriza a resolução do contrato, respondendo o devedor, na hipótese com a prestação mais as perdas e danos decorrentes da mora. Além disso, segundo o parágrafo único do dispositivo, a mora só autorizará a resolução do contrato, caso a prestação se torne inútil ao credor, caso em que podemos dizer que a situação deixará de configurar simples mora para configurar caso de verdadeiro inadimplemento absoluto.

Diante do exposto, importante destacar neste momento a diferença entre a mora e o inadimplemento absoluto, sendo que em ambos os casos verificamos hipótese de inadimplemento, como gênero, mas as consequências da configuração de um ou de outro serão diversas, uma vez que diferentemente do inadimplemento absoluto a mora não autoriza a resolução do contrato pelo credor.

Um dos requisitos para diferenciar a mora do inadimplemento absoluto reside da eventual impossibilidade de recebimento da prestação pelo o credor, verificada tal impossibilidade estaremos diante de hipótese de inadimplemento absoluto, se ainda for possível a prestação, por sua vez,

em que pese não estar sendo cumprida nos exatos termos do avençado, restará configurada hipótese de mora.

Importante destacar lição de Agostinho Alvim[68] na diferenciação entre a mora e o inadimplemento absoluto, no sentido de que a impossibilidade verificada deve se dar em relação à perspectiva do credor e não do devedor. Assim, mesmo se houver recusa do devedor, pode restar configurada hipótese de mora e não de inadimplemento absoluto caso a prestação ainda seja possível de ser obtida pelo credor.

Em suas palavras:

> O credor, êsse sim é que está impedido de receber. Portanto, o inadimplemento absoluto é precisamente a impossibilidade de receber; e a mora, a persistência na possibilidade. (...) O critério para a distinção deve ter por base um fato de ordem econômica, na hipótese, a possibilidade ou não, para o credor, de receber a prestação que lhe interessa".

Quanto a recusa do devedor caracterizar hipótese de mora ou de inadimplemento absoluto, Agostinho Alvim[69] traz o seguinte entendimento:

> Logo, o fato de haver recusa do devedor não altera a situação do credor, economicamente falando, quando possível lhe seja a execução direta. Outra será a solução no caso de recusa de fato pessoal. Nesta hipótese, a recusa formal é inadimplemento absoluto, porque não pode o credor constranger o devedor a que preste o prometido.

Por outro lado, entende o autor[70] que nos casos em que a prestação devida consiste em obrigação de não fazer, uma fez praticado o ato ao qual a parte deveria se abster, configurado estará o inadimplemento absoluto, e eventual possibilidade de desfazimento daquilo que não deveria ter sido realizado configurará resolução do contrato por perdas e danos e não cumprimento do contrato.

---

[68] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955. P. 58

[69] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955. P.57

[70] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955. P. 55

Destaque-se que se em virtude da mora, a prestação se tornar inútil ao credor, será possível a resolução do contrato, pois se verifica a conversão da mora em hipótese de inadimplemento absoluto, aqui também visto pela perspectiva do credor. Mas observa Agostinho Alvim[71]:

> Realmente, o credor tem aquela alternativa. Pondere-se, todavia, que a transformação da mora em inadimplemento absoluto não dependerá unicamente do seu arbítrio, porque o devedor pode insurgir-se contra a opção do credor, prontificando-se a purgar a mora, quando seja o caso, isto é, desde que a prestação não se tenha tornado inútil ao credor.

Verificado então que um dos requisitos para que se autorize a resolução do contrato é a verificação do inadimplemento absoluto por uma das partes que autorizará à outra parte levar o contrato à extinção, com direito a perdas e danos se o descumprimento se der de forma voluntária.

Ruy Rosado Aguiar Junior[72], por sua vez, identifica mais dois requisitos que precisam ser preenchidos para autorizar o credor a resolver a relação contratual: estar-se diante de um contrato bilateral e não estar a parte credora inadimplente.

4.2. RESOLUÇÃO POR DESCUMPRIMENTO INVOLUNTÁRIO

No descumprimento involuntário verifica-se também a impossibilidade da prestação, sob a perspectiva do credor, mas tal impossibilidade decorre de fato alheio à vontade do devedor, o qual se vê impedido de cumprir o contrato em virtude de fato alheio à sua vontade.

Nesta hipótese haverá, de pleno direito, a resolução do contrato, em virtude de inadimplemento não culposo por uma das partes do contrato. Contudo, o credor não terá direito às perdas e danos, desde que o devedor não se encontre em mora na ocorrência do caso fortuito ou força

[71] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955. P. 62

[72] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos Contratos. In: Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais/ Wanderlei Fernandes, coordenador – São Paulo: Saraiva, 2007. p. 441/447.

maior, capazes de isentá-lo da culpa pelo inadimplemento, ou que não tenha se responsabilizado a este ponto no contrato.

Aqui cabe identificar no que consistiria, portanto, o caso fortuito e a força maior que retiram a culpa do devedor pelo inadimplemento e seu consequente afastamento do dever de indenizar o credor.

O parágrafo único do artigo 393 do Código Civil traz previsão no seguinte sentido: "O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

Quanto a necessariedade do fato, atenta Agostinho Alvim[73] ela tem "de ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação, e não abstratamente".

Deve verificar-se a necessariedade do fato no caso concreto, ou seja, identificado o fato que pode afastar a responsabilidade do devedor, deve-se levar em conta as circunstâncias na qual ele ocorre, bem como o comportamento do devedor frente aquelas circunstâncias, ou seja, se, de outro modo, que não o avençado, não seria possível o cumprimento do contrato, ou se caso o devedor tivesse adotado outra conduta possível, não teria sido possível evitar a causa do inadimplemento.

Segundo Silvio de Salvo Venosa:

> A força maior ou o caso fortuito constituem causas objetivas a resolver o contrato. Essas causas podem obstar o cumprimento total ou parcial do negócio. Quando o contrato ainda pode ser cumprido parcialmente, pode o credor manter o interesse em que assim se faça. Não se confunde a impossibilidade superveniente com mera dificuldade de cumprimento. A impossibilidade deve ser verificada no caso concreto. A simples dificuldade é de cunho subjetivo e não serve de escudo para a parte deixar de cumprir o contratado.

A impossibilidade decorrente do caso fortuito ou da força maior, para que justifique a resolução do contrato deve ser objetiva, total e definitiva, conforme tratado por Carlos Roberto Gonçalves[74]. Dessa forma, se

[73] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955.

[74] GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017. P. 191

o devedor de alguma forma concorrer para a causa da impossibilidade de cumprimento do contrato, se esta for parcial ou temporária, não haverá, de imediato, a resolução do contrato, pois a prestação, nestas hipóteses, se verifica ainda possível para o credor. No mesmo sentido ensina Orlando Gomes[75]:

> A inexecução involuntária caracteriza-se pela impossibilidade superveniente de ser cumprida a obrigação básica que incumbe a um dos contratantes. Essa impossibilidade deve provir de caso fortuito ou de força maior, que se verifica no fato necessário, cujos efeitos o devedor não podia evitar, ou impedir. Há de ser, portanto, impossibilidade objetiva, pois, quando diz respeito à própria pessoa do devedor ou este concorre para que a prestação se torne impossível, a inexecução não pode ser considerada involuntária. A impossibilidade, ademais, deve ser total. Em sendo parcial, a resolução do contrato não é imperativa, porque o credor pode ter interesse em que, ainda assim, o contrato seja executado. Esse interesse pode existir, principalmente, nos contratos que têm por objeto a prestação de várias coisas principais ou de uma coisa principal e de uma ou várias coisas acessórias. A impossibilidade há de ser definitiva. Se temporária, como se verifica mais freqüentemente nos contratos de execução continuada, não se justifica a resolução, salvo se persiste por tanto tempo que o cumprimento da obrigação deixa de interessar ao credor. Normalmente, porém, a impossibilidade temporária acarreta apenas a suspensão do contrato.

Ainda quanto à impossibilidade, Agostinho Alvim[76] diz que essa não pode ser confundida com a mera dificuldade de cumprimento do avençado, caso em que não se justifica a isenção de responsabilidade do devedor pela resolução do contrato, a não ser que tal dificuldade seja tamanha que imponha um ônus insuportável ao devedor. Nas suas palavras:

> Geralmente se diz, e com razão, que a dificuldade de cumprir a obrigação, não exonera o devedor. Ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus, terá êle que cumpri-la, e só se exonerará se lhe não fôr isto possível. Todavia, há certas dificuldades que quase podem ser consideradas como impossibilidade, tal o aumento de ônus que o cumprimento acarretaria ao devedor. E neste caso elas não podem deixar de constituir escusa legítima.

[75] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 173

[76] ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas conseqüências. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955. P. 351

Cumpre ainda mencionar que tratando-se de contrato bilateral, a exoneração de um dos contratantes implica na exoneração do outro, ainda que seja possível o cumprimento da respectiva obrigação por parte deste. Maria Helena Diniz[77] traz tal observação e explica:

> Deveras, com a extinção da obrigação de um não se pode exigir a contraprestação do outro, uma vez que a obrigação perdeu a sua causa, rompendo-se o vínculo de conexão entre as obrigações. Se porventura a outra parte já havia cumprido o seu dever, o contraente exonerado será obrigado a restituir o que recebeu.

Quanto aos efeitos, a resolução do contrato por inexecução involuntária tem efeitos retroativos, contudo, segundo Silvio de Salvo Venosa[78], caso se trate de contrato de trato sucessivo, as prestações já cumpridas permanecem válidas.

Visto como se dá a resolução do contrato por descumprimento involuntário por parte do devedor, necessário se faz analisar como se dará a resolução do contrato quando este descumprimento for voluntário, ou seja, quando verificada a culpa do devedor.

4.3. RESOLUÇÃO POR DESCUMPRIMENTO VOLUNTÁRIO

Conforme já mencionado, uma vez verificado o inadimplemento por uma das partes contratantes, nos termos do artigo 475 do Código Civil, duas opções se abrem ao credor, a resolução do contrato, ou a exigência do respectivo cumprimento.

Nos termos do dispositivo mencionado: "A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".

Conforme já visto, também, se o inadimplemento, que deve ser absoluto para justificar a resolução, não se der por culpa do devedor, ou seja, se for involuntário, o credor não fará jus à indenização por perdas

[77] DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais – São Paulo: saraiva, 2017P.184

[78] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.P. 177

e danos, a qual caberá na hipótese ora analisada, de inadimplemento por culpa do devedor (descumprimento voluntário).

Em regra, a resolução do contrato opera efeitos retroativos, obrigando as partes às respectivas restituições e ao pagamento da indenização pela parte culpada pelo inadimplemento. Contudo, se o contrato objeto de resolução for de trato sucessivo, como a locação, por exemplo, os efeitos da resolução somente operarão para o futuro, diante da impossibilidade de se desfazer o que já fora cumprido.

Cabe ainda mencionar que a possibilidade de resolução do contrato por inadimplemento pode estar prevista expressamente no contrato, caso contrário, nos contratos bilaterais, ela será presumida. Conforme lição de Orlando Gomes[79]:

> Nos contratos bilaterais a interdependência das obrigações justifica a sua resolução quando uma das partes se torna inadimplente. Na sua execução, cada contratante tem a faculdade de pedir a resolução, se o outro não cumpre as obrigações contraídas. Esta faculdade resulta de estipulação ou de presunção legal. Quando as partes acordam-na, diz-se que estipulam o pacto comissório expresso. Na ausência de estipulação, tal pacto é presumido pela lei, que subentende a existência da cláusula resolutiva. Neste caso, diz-se que é implícita ou tácita.

Assim, em todo contrato bilateral, caso haja descumprimento por uma das partes do avençado, configurando inadimplemento absoluto, estará autorizado à outra parte pedir pela resolução do contrato, e estando presente culpa do devedor, caberá ainda o pedido de indenização por perdas e danos, independentemente de ter cláusula contratual expressa nesse sentido.

4.3.1. Cláusula Resolutiva Expressa e Cláusula Resolutiva Tácita

Conforme o artigo 474 do Código Civil, "a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial". Havendo cláusula resolutiva expressa no contrato ou não, a consequência,

[79] GOMES, Orlando. Contratos. Forense. Edição do Kindle. P. 168

qual seja, a resolução, em caso de inadimplemento restará possível por par te do credor, cabe então analisar a diferença de como cada uma delas opera.

Podem as partes estipularem expressamente no contrato que em caso de inadimplemento por uma delas estará a outra autorizada a resolver o contrato, trata-se da cláusula resolutiva expressa. Nos termos do artigo 474 do Código Civil, acima transcrito, tal cláusula operaria de pleno direito, ou seja, independentemente de interpelação judicial.

Silvio de Salvo Venosa[80] alerta, contudo, que, em que pese a cláusula ora estudada opere de pleno direito, haverá hipóteses em que será necessário o pronunciamento judicial a fim de que se atinja outros efeitos concretos decorrentes do inadimplemento, além do mero desfazimento do contrato, como é o caso do dever de indenizar que deverá ser pleiteado judicialmente, e o exercício do direito de defesa pelo inadimplente.

Já quando a resolução se dá com base em cláusula resolutiva tácita, a qual está subtendida nos contratos bilaterais, necessário se faz o pronunciamento judicial em qualquer hipótese, bem como se faz necessário a notificação da outra parte a fim de que se configure o inadimplemento.

Quanto à necessidade de notificação, esta se faz necessária na hipótese de cláusula resolutiva tácita, a fim de que se dê uma última oportunidade ao devedor inadimplemento de cumprir o avençado e se liberte da responsabilidade do inadimplemento. Tratando-se de cláusula resolutiva expressa, por operar de pleno direito, não há necessidade de notificação, mas esta se mostra conveniente no sentido de informar a outra parte o momento em que se tem por resolvido o contrato.

No entendimento de Silvio de Salvo Venosa[81]:

> A diferença entre o pacto comissório tácito e o pacto comissório expresso é que, se a cláusula não está expressa no contrato, pode ele, também, resolver-se por inadimplemento, mas a notificação é essencial para conferir ao devedor uma derradeira oportunidade de cumpri-lo. Se a cláusula vem expressa, o contratante inocente limita-se a comunicar ao inadimplente sua vontade de resolver o contrato. A lei pode, no entanto, em relações jurídicas

[80] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P. 173
[81] VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Contratos – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019. P.174

específicas, exigir sempre a notificação prévia para a purga da mora, como aqui já mencionado.

Por fim, cabe ressaltar observação feita por Miguel Maria de Serpa Lopes[82], quanto à cláusula resolutiva expressa, no sentido de que constando esta no contrato, seu exercício só pode se dar pela parte não culpada pelo inadimplemento, "pois, se o exercício de tal direito coubesse igualmente ao inadimplente, este ficaria com uma base para se furtar impunemente ao cumprimento de sua prestação".

5. CONCLUSÃO

Conforme estudado, viu-se que contratos são pactuados a fim de obrigar as partes ao seu cumprimento, para que sejam efetivamente executados e se extingam normalmente.

Ocorre que nem sempre esta fluidez é observada durante a existência do contrato, podendo apresentar causas contemporâneas ou posteriores à sua formação que levem ao seu fim precocemente, afastando a possibilidade de execução e extinção normal do contrato.

Como causas contemporâneas ou anteriores à formação dos contratos, sua extinção pode se dar em virtude de vícios referentes à validade contratual, são as hipóteses de nulidade e de anulabilidade dos contratos, sendo que alguns doutrinadores entendem que a hipótese de inexistência também seria uma hipótese de extinção neste âmbito, contudo, não foi assim o tratamento dado à questão pelo Código Civil, o qual não traz hipóteses de inexistência do contrato, mas apenas de nulidade e de anulabilidade.

Alguns autores, conforme visto, inserem o direito de arrependimento como hipótese de extinção do contrato que se verifica no momento de sua formação, uma vez que é neste momento que se autorizaria a extinção contratual por essa via. Contudo, a efetiva extinção se dá em momento posterior, de modo que mais se adequa a hipótese de resilição contratual autorizada contratualmente.

[82] LOPES, Miguel Maria de Serpa. Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos) – Volume I – 5 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971. P. 202

Já dentre as causas de extinção dos contratos posteriores à formação dos contratos, encontram-se a resilição e a resolução. A resilição pode ser bilateral, quando se tem o distrato, pelo qual as partes pactuam quais os efeitos que a extinção do contrato produzira e extinguem o vínculo contratual por mútuo consenso.

Por fim, tem-se a resolução como última causa de extinção dos contratos aqui mencionadas, a qual se dará em virtude do inadimplemento de uma das partes, e poderá decorrer de cláusula resolutiva expressa, quando prevista no contrato, ou tácita, sendo presumida sua existência nos contratos bilaterais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos.** In: Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais/ Wanderlei Fernandes, coordenador – São Paulo: Saraiva, 2007.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 1955.

ASSIS, Araken. **Do distrato no novo código civil**. Disponível em: <https://www.anoregmt.org.br/arquivos/12395/12395_09684_00001.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2021.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos – teoria geral e contratos em espécie - volume 4**. 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Forense. Edição do Kindle.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais** – 14 ed. – São Paulo: Saraiva: 2017.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil (Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos)** – Volume I – 5 ed. Rio de Janei-

ro: Freitas Bastos, 1971.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico – plano da validade** – 15 ed – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva**. Instituições de direito civil – Vol. III** / Atual. Caitlin Mulholland. – 21. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO Mário Luiz. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo** – 3 ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie – 16 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos** – 19 ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

QUARTA PARTE

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

CAPÍTULO NOVE

ABRANGÊNCIA DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS FRENTE A MEDIDA DE PENHORA NA EXECUÇÃO PARA PAGAMENTO DE QUANTIA CERTA

THE SCOPE OF THE PROTECTION OF ANIMALS AGAINST THE MEASURE OF PLEDGE IN THE EXECUTION FOR PAYMENT OF A CERTAIN AMOUNT

FRANCISCO FERNANDEZ GONZALEZ JUNIOR

Mestrando em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Pós-graduado em Direito Processual Civil pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Bacharel em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogado.
E-mail: *fernandez@fernandezadvocacia.com.br*

SUMÁRIO: Introdução - dos animais não humanos como seres sencientes. 1. Das principais influências. 2. Do tratamento dado pela constituição federal de 1988 na defesa dos direitos dos animais. 3. As principais decisões do stf sobre a defesa dos direitos dos animais. 3.1. Caso farra do boi. 3.2. Caso rinha de galo. 3.3. Caso vaquejada. 4. Sobre as mudanças do patamar protetivo dos animais – das alterações legislativas na França e em Portugal. 5. Do procedimento de execução e seus princípios. 5.1. Da relação dos animais não humanos frente a penhora no procedimento de execução. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo traz o animal não humano como ser senciente, com estudo do embasamento filosófico, constitucional e jurisprudencial, até chegarmos à aplicação deste aspecto senciente dos animais não humanos dentro da execução de quantia certa não autorizando a penhora de animais não humanos, mesmo quando de alto valor econômico.
Palavras-chave: animal não humano; complexidade cerebral; senciência; execução; penhora.

ABSTRACT: This article brings the non-human animal as a sentient being, with a study of the philosophical, constitutional and jurisprudential basis, until we arrive at the application of this sentient aspect of non-human animals within the execution of a certain amount, not authorizing a non-human attachment, even when of high economic value.
Keywords: non-human animal; brain complexity; sentience; execution; garnishment.

INTRODUÇÃO:
DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SERES SENCIENTES

O presente artigo traz a análise da possibilidade de animais serem penhorados na execução de quantia certa. Para um apropriado constructo da ideia, serão delineadas noções filosóficas e constitucionais sobre a condição senciente dos animais no corrente processo de evolução social.

Iniciamos nosso estudo a partir de Voltaire, em sua obra Dicionário Filosófico, em que o autor trata sobre as sensações que os animais não humanos sofrem (VOLTAIRE, 2001, p. 308):

> [...] Que ingenuidade, que pobreza de espírito, dizer que os irracionais são máquinas privadas de conhecimento e sentimento, que procedem sempre da mesma maneira, que nada aprendem, nada aperfeiçoam ! [...][1]

E bem retratando este aspecto sensitivo presente nos animais aptos a sentirem e sofrerem dor, em 1905, os Irmãos Grimm captaram este espírito e escreveram o conto: "O cachorro e o pardal" (*The Dog and the Sparrow*). O parágrafo inicial nos interessa: (GRIMM, 2019, 36)

> [...] Houve, uma vez, um cão de pastor que tinha um dono muito mau, que não lhe dava comida suficiente e o obrigava a passar fome. Certo dia, não podendo mais suportar esse tratamento, o cão resolveu ir embora, apesar de sentir muita tristeza. [...]

Na significância expressa tanto em Voltaire como em Grimm, animais não humanos apresentariam, um espírito senciente, ou seja, aquele apto a sentir, por exemplo, fome ou tristeza. A capacidade senciente parece não ser exclusiva dos cães, que a despeito de serem animais mais próximos da convivência humana, apenas fazem parte de um grande grupo de aninais com capacidade senciente.

[1] BÊTES - Quelle pitié, quelle pauvreté d'avoir dit que les bêtes sont des machines, privées de connaissance et de sentiment, qui font toujours leurs opérations de la même manière, qui n'apprennent rien, ne perfectionnent rien, etc.

Entretanto, a ciência ainda busca maior precisão sobre os níveis de senciência que os animais podem ter [2]. A cientista Jennifer A. Mather, em seu artigo Sofrimento Animal: Uma perpectiva dos invertebrados (*Animal Suffering: An Invertebrate Perspective*) (MARTHER, 2001) bem explica sobre as incertezas científicas sobre o nível de sensibilidade à dor dos animais com sistema nervoso central simples (eg. artrópodes) indo até os invertebrados mais complexos como os moluscos (eg. polvo) e diz:

> [...] Claramente, não há uma resposta simples sobre a extensão ao respeito ético ao animais invertebrados. Diferentes espécies dos vertebrados possuem diferentes fisiologias e precisam de observações diversas. Os invertebrados possuem um grupo muito diversificado. Ainda, pelo menos, alguns invertebrados tem a capacidade de sentir dor e sofrimento e, talvez, sofrimento mental [...] [3]

Com relação aos animais vertebrados, D. M. Broom (2007) escreveu o artigo: Habilidade cognitiva e sensitiva: Quais animais aquáticos devem ser protegidos? (*Cognitive ability and sentience: Which aquatic animals should be protected ?*)[4] e pontuou:

> [...] Aspectos que podem ser utilizados para decidir se os animais podem ser protegidos: - complexidade de vida e de comportamento; - habilidades de aprendizado; - funcionamento do cérebro e do sistema nervoso central; - indicações de dor e de angústia; - estudo sobre os princípios biológicos do sofrimento e de outros sentimentos como dor e ansiedade; - **indicações de presença de consciência baseada em observações e experiências**. [...][5] grifo nosso

[2] Já se sabe que poríferos (eg. as esponjas) não possuem sistema nervoso central, apesar de serem considerados animais e os equinodermos (eg. anêmonas) e os cnidários (eg. hidras), apesar de possuírem sistema nervosos, não é central. Se assim são, não poderiam sentir dor e não poderiam ter qualquer sensibilidade porque não teriam um mecanismo que captasse as sensações e pudessem ser transportadas por um sistema nervoso até uma centralidade, captando tais sensações (incluindo as de dor e sofrimento) In: Que seres são conscientes? Ética animal. Disponível em: <https://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal-intro/seres-nao-sao-conscientes/>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

[3] Obviously, there is no simple answer about extending ethical consideration to invertebrate animals. Different vertebrate species have different physiologies and need different considerations. The invertebrates are a vastly more diverse group. Still, at least some invertebrates very likely have the capacity for pain and suffering and, perhaps, mental suffering.

[4] D. M. Broom é biologista e professor emérito do Centre for Animal Welfare and Anthrozoology, Department of Veterinary Medicine, University of Cambridge, Madingley Road, Cambridge, UK

[5] versão original do texto: Evidence that can be used to decide on the animals that should be protected: • Complexity of life and behaviour; • Learning ability; • Functioning of the brain and nervous

Assim, em linhas gerais, quanto maior o nível de desenvolvimento cerebral e do sistema nervoso, maior será o grau de desenvolvimento dos senciência desses animais.

Os animais não humanos de alta complexidade cerebral e com sistema nervoso central altamente capaz de captar impulsos nervosos, serão o foco de análise frente a sua capacidade para sentir fome, dor ou desconforto emocional.

Para o presente estudo, partimos dessas premissas de sensibilidade de animais não humanos para fundamentar as linhas a respeito de seus direitos e uma análise crítica sobre os desdobramentos da penhora em processo de execução.

Os próximos tópicos refletem os pensamentos de importantes estudiosos sobre o tema e que servirão de linhas mestras para o desenvolvimento do argumento do estudo mencionado acima.

1. DAS PRINCIPAIS INFLUÊNCIAS

Para tratar da senciência dos animais não humanos é preciso iniciar por **Hampry Prymat** que, em 1776, escreveu tese de doutorado denominada "Uma dissertação sobre o dever de misericórdia e o pecado da crueldade contra os animais brutos" *(A dissertation on the duty of mercy and the sinn of cruelty against brute animals)*[6].

Nesta obra Hampry Prymat traz 27 teses (que também podem ser considerados bons postulados) que justificam a defesa dos animais. Dentre elas, destacamos: - A concepção da dignidade humana está fundada erroneamente numa presunção de superioridade discriminadora contra quem não têm a configuração da espécie humana; - A dor é experiência intrinsecamente má, para qualquer ser que a sofre; - O malefício da dor e do sofrimento, não depende de peculiaridades sociais, intelectuais ou de outras diferenças na aparência; - A sensação de dor não depende do pensa-

system; • Indications of pain or distress; • Studies illustrating the biological basis of suffering and other feelings such as fear and anxiety; • Indications of awareness based on observations and experimental work Such evidence is considered.

[6] Disponível em: <https://www.rct.uk/collection/1055551/a-dissertation-on-the-duty-of-mercy-and-sin-of-cruelty-to-brute-animals-by> Acesso em 21 de novembro de 2020

mento nem da razão. A linguagem não é necessária à experiência sensível da dor; - As diferenças físicas, econômicas e intelectuais não aumentam nem diminuem a sensibilidade à dor, não eliminam nem respondem pela sensibilidade à dor, mesmo que seja diferente, em cada caso particular; - Crueldade significa causar mal, dor ou sofrimento injustificáveis, a seres vulneráveis; - Crueldade é covardia, ainda pior quando praticada contra animais; - A morte é inexorável para todo ser vivo, o sofrimento, não.

Relevante observar que Sonia T. Felipe (2008, p. 64 e 65) traz à análise importante obra de outro grande influenciador, qual seja, **Jeremy Bentham** (Uma introdução aos princípios da moral e legislação) em seu artigo intitulado: Liberdade e autonomia prática. Fundamentação ética da proteção constitucional dos animais:

> [...] (Jeremy Bentham) incorpora todos os seres sensíveis, sem quaisquer discriminações de ordem biológica ao âmbito da comunidade moral humana. Bentham propõe a abolição da linha divisória estabelecida pela filosofia moral tradicional desde Aristóteles, Tomás de Aquino, Descartes, Locke, Kant e mesmo a maior parte dos éticos contemporâneos, qual seja, a da posse da razão, linguagem e autoconsciência, como dotes necessários ao ingresso na comunidade dos seres em relação aos quais direitos morais devem ser respeitados. [...]

Outro importante filósofo e professor que estruturou a defesa dos animais não humanos é **Peter Singer** (2018), que, em 1979, escreve Ética Prática (Practical Ethics).

Nesta obra, desenvolve a teoria de defesa dos animais não humanos, mencionando que são dotados de sensibilidade e consciência; devem ser tratados com o mesmo padrão de respeito dispensado à dor e ao sofrimento de seres da nossa espécie. Ele evoca que o princípio da igualdade deve existir entre animais humanos e animais não humanos; - que concepção da dignidade humana está fundada erroneamente numa presunção de superioridade discriminadora contra quem não têm a configuração da espécie humana; - as diferenças físicas, econômicas e intelectuais não aumentam nem diminuem a sensibilidade à dor, não eliminam nem respondem pela sensibilidade à dor, mesmo que seja diferente, em cada caso particular

2. DO TRATAMENTO DADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NA DEFESA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

A Constituição Federal de 1988 se preocupou com a tutela do meio ambiente e trouxe em seu artigo 225 a seguinte redação:

> Todos têm 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 e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A preocupação específica com a fauna e flora consta do mesmo artigo 255, em seu parágrafo 1º., inciso VII :

> Art. 255 [...]
>
> Parágrafo 1° Para assegurar a efetividade desse direito, cabe ao Poder Público:
>
> [...] VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies e submetam os animais a crueldade.

A CF/88 traz regra expressa não admitindo práticas que submetam os animais a crueldade. Para tanto, neste trabalho, entendemos que crueldade é toda e qualquer conduta causada por um animal humano a outro animal não humano que lhe cause dor e/ou sofrimento de qualquer natureza, seja na forma física, emocional ou psicológica.

Vale ressaltar que a tutela ao impedimento aos maus tratos dos animais não deve ser entendida como direcionada ao próprio animal humano que melhor se desenvolve tendo ao seu redor animais não humanos desprovidos de tal sofrimento. O enfoque deve ser outro. Sob a inspiração do biocentrismo (ou ecocentrismo), o animal não humano deve receber a proteção constitucional, com fulcro em seu bem-estar, sendo que tal medida protetiva servirá como uma barreira constitucional que rivaliza ou, até mesmo, impede que determinados direitos e condutas do animal humano possam ser efetivados.[7]

[7] Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 44) bem destacam: [...] Nesse contexto, procura-se refletir sobre a reformulação do conceito kantiano (antropocêntrico e individualista) de dignidade, ampliando-o para contemplar o reconhecimento da dignidade para além da vida humana, ou

Logo, o equilíbrio do meio ambiente tão importante à vida humana também depende do balanceamento adequado dos direitos dos animais não humanos. Interessantes e pertinentes ao tema, o pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer (2012, p. 41):

> [...] Não se pode conceber a vida – com dignidade e saúde – sem um ambiente natural saudável e equilibrado. A vida e a saúde humanas (ou como refere o caput do art. 225 da CF88, conjugando tais valores, a sadia qualidade de vida) só estão asseguradas no âmbito de determinados padrões ecológicos. O ambiente está presente nas questões mais vitais e elementares da condição humana, além de ser essencial à sobrevivência do ser humano como espécie natural. De tal sorte, o próprio conceito de vida hoje se desenvolve para além de uma concepção estritamente biológica ou física, uma vez que os adjetivos "digna" e "saudável" acabem por implicar um conceito mais amplo, que guarda sintonia com a noção de um pleno desenvolvimento da personalidade humana, para o qual a qualidade do ambiente passa a ser um componente nuclear. [...]

Assim, além das questões filosóficas já tratadas que embasam a condição senciente dos animais não humanos e da tutela protetiva constitucional dos animais não humanos, torna-se vital fazermos rápida análise de alguns julgados emblemáticos do Supremo Tribunal Federal que trataram sobre a defesa e proteção dos direitos desses animais não humanos e aderentes aos ditames constitucionais aqui citados.

---

sejam para incidir também em face dos animais não humanos, bem como de todas as formas de vida de modo geral, à luz de uma matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e Natureza. Assim, especialmente em relação aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando o reconhecimento de um fim em si mesmo, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, que passam a ter reconhecido o seu status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral. Tais considerações implicam o reconhecimento de deveres jurídicos a cargo dos seres humanos, tendo como beneficiários os animais não humanos e a vida em geral. Em outras palavras, pode-se falar também de limitações aos direitos fundamentais (jurídico – constitucionais) não humanos – se não direitos! –legitimados constitucionalmente, como é facilmente identificado na tutela dispensada à fauna e à flora, através da vedação constitucional de "práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"(art. 225, parágrafo 1º, VII) [...] .

3. AS PRINCIPAIS DECISÕES DO STF SOBRE A DEFESA DOS DIREITOS DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

3.1. CASO FARRA DO BOI

Em 03 de junho de 1997 o STF julgou o Recurso Extraordinário 153.531-8 [8] tratando de matéria polêmica envolvendo animais não humanos e utilizando como fundamento o artigo 225, Parágrafo 1º. da Constituição Federal. A referida ação judicial tratava sobre a prática denominada no Estado de Santa Catarina como *Farra do Boi*.

Carolina Medeiros Bahia[9] bem explica a origem e natureza cultural da referida prática que se origina no Arquipélago dos Açores, onde os açorianos tinham como atividade econômica principal a pecuária e, por isso, desenvolveram o costume de realizar o culto ao boi. Nesse contexto, no século XVIII a população açoriana enfrentava graves problemas de excesso populacional e escassez de alimentos, além dos frequentes abalos sísmicos que ocorriam na ilha. Em 1746, com receio das invasões espanho-

[8] Dispível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500> Acesso em: 12 de novembro de 2020.

[9] A farra do boi está presente em solo catarinense há, pelo menos, dois séculos. Sua origem remonta ao povoa mento da costa litorânea do Estado de Santa Catarina pelos luso-brasileiros a partir da segunda metade do século XVII e a sua ocupação efetiva pelos "casais açorianos" em meados do século XVIll.Neste período as touradas ocorriam praticamente em todo o Arquipélago de Açores. Em virtude de sua origem pecuarista, os açorianos sempre estiveram familiarizados com o gado bravio, fato que predispôs a expansão das tauromaquias pelas diversas ilhas que compõem o Arquipélago. Rituais açorianos — como a "espera de gado", onde a população espera, num local previamente reservado para o rito, a soltura de vários bois, que passam a ser objeto de várias "brincadeiras"; "tourada à corda", na qual o animal, amarrado pelo pescoço por uma corda, passa a ser objeto de tauromaquia por parte da população; e a "festa brava", em que o gado bravio sofre perseguições e é posteriormente sacrificado ~~p~~odem ser identificados como antecedentes diretos da farra do boi. Consta que a partir de 1748, época em que as touradas populares eram bastante corriqueiras na região, os açorianos começaram a imigrar para Santa Catarina. A imigração em massa de açorianos para o litoral catarinense surge a partir de uma conjunção de fatores: neste período, a população açoriana enfrentava graves problemas como o excesso populacional, a escassez de alimentos e os frequentes abalos sísmicos que assolavam as nove ilhas que compõem o Arquipélago e, por outro, em meados do século XVIII, o Sul do Brasil não se encontrava povoado de modo suficiente para garantir a soberania portuguesa contra futuras investidas da Espanha sobre essas terras. Por conta disso, em 1746, D. João VI ordenou a colonização de Santa Catarina e da capitania de Rio Grande por quatro mil famílias oriundas das ilhas dos Açores e de Madeira. Apesar da sua antiguidade, a farra do boi nunca teve grande visibilidade, realizando-se basicamente em áreas de campo, pasto ou praias e ficando restrita às comunidades nativas. Contudo, ocorria em quase toda a extensão da ilha de Santa Catarina, exceto nas áreas propriamente urbanas, acontecendo, ao todo, em 23 municípios.

las, D. João VI, determinou a vinda de quatro mil famílias açorianas para ocupar o Sul do Brasil, então parcamente habitado. Com a vinda das famílias, também a cultura da posteriormente chamada "farra do boi" passou a ser construída no Brasil.

No julgamento em comento, ressaltamos posição dividida do Tribunal Constitucional. O Ministro Maurício Correa (p. 405 dos autos) defendia a tese da expressão cultural da Farra do Boi:

> [...] Indago: seria possível coibir o folclore regional denominado "Farra do Boi", com fundamento no preceito constitucional supramencionado, quando a Constituição Federal em seu art. 215, parágrafo 1o, assegura que "o Estado garantirá a todos o plenos exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais" e "protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional"? (...) Penso que não. [...]

Já o Ministro Francisco Rezek (p. 400 dos autos) defendia a proteção dos animais não humanos:

> [...] Não posso ver como juridicamente correta a ideia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há prática abertamente violenta e cruel para com animais e a Constituição não deseja isso. Bem disse o advogado da tribuna: manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de 'papier machê'; não seres vivos dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra esse gênero de comportamento. [...]

Assim, o grande conflito era entre o direito de liberdade de ação cultural (insculpido no artigo 215[10] e 216[11] da CF/88) e o direito à proteção dos animais (previsto no artigo 225, parágrafo 1°, VII, da CF).

[10] Art. 215 CF/88. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

[11] Art. 216 CF/88. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaa terial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tec, nológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifeso tações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico,

Prevaleceu a tese de defesa ao direito dos animais não humanos e a ementa do julgamento ficou assim registrada:

> COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS CRUELDADE - OBRIGAÇÃO DE O ESTADO GARANTIR A TODOS O PLENO EXERCÍCIO DE DIREITOS CULTURAIS, INCENTIVANDO A VALORIZAÇÃO E A DIFUSÃO DAS MANIFESTAÇÕES, NÃO PRESCINDE DA OBSERVÂNCIA DA NORMA DO INCISO VII DO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, NO QUE VEDA PRATICA QUE ACABE POR SUBMETER OS ANIMAIS A CRUELDADE. PROCEDIMENTO DISCREPANTE DA NORMA CONSTITUCIONAL DENOMINADO "FARRA DO BOI"

3.2. CASO RINHA DE GALO

Trata-se da ação de inconstitucionalidade no. 1.856 [12], a qual visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.895 de 1998 [13] do Estado do Rio de Janeiro.

A referida lei dizia:

> [...] Autoriza a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes (fauna não silvestre) para preservar defenderas o patrimônio genético da espécie Gallus-Gallus. Art. 1o. Fica autorizada a criação e a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes em todo o território do Estado do Rio de Janeiro [...]

O relator Ministro Celso de Melo (p. 177 dos autos) bem disse:

> [...] Cabe reconhecer, portanto, Senhor Presidente, o impacto altamente negativo que representaria, para a incolumidade do patrimônio dos seres humanos, a pratica de comportamentos predatórios e lesivos à fauna, seja colocando em

arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

[12] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302> Acesso em 20 de novembro de 2020.

[13] Disponível em: <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/228208/lei-2895-98>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

> risco a sua função ecológica, seja provocando a extinção de espécies, seja, ainda, submetendo os animais a atos de crueldade [...]

Assim, prevaleceu a tese de defesa dos animais, sendo o presente caso concluído com a seguinte ementa de julgamento:

> AÇÃO DIREITO DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE NO. 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI NO. 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, PARAGRAFO 1º., VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA – ACAO DIRETA PROCEDENTE

3.3. CASO VAQUEJADA

Em 06 de outubro de 2016 foi julgada ação direita de inconstitucionalidade no. 4.983[14]. Novamente, esteve-se diante do direito de livre ação cultural (art. 225 e 226 da CF/88) e de outro lado o direito de proteção dos animais (art. 225, parágrafo 1º., VII da CF/88).

Importante ressaltar a divisão em dois grupos de Ministros no referido julgamento. Um grupo defendia a proteção aos animais, que pode ser representado pelo Ministro Marco Aurélio (p. 5 do acórdão):

> [...] Ante os dados empíricos evidenciados pelas pesquisas, tem-se como indiscutível o tratamento cruel dispensado às espécies animais envolvidas. O ato repentino e violento de tracionar o boi pelo rabo, assim como a verdadei-

[14] Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

> ra tortura prévia – inclusive por meio de estocadas de choques elétricos – à qual é submetido o animal, para que saia do estado de mansidão e dispare em fuga a fim de viabilizar a perseguição, consubstanciam atuação a implicar descompasso com o que preconizado no artigo 225, § 1º, inciso VII, da Carta da República. [...]

Outro grupo defendia a tese pela direito de livre ação cultural, podendo ser representado pelo Ministro Edson Fachin (p. 15 do acórdão):

> [...] Sendo a vaquejada manifestação cultural, como alias está na própria petição inicial, encontra proteção Constitucional expressa na cabeça do art. 215 e seu respectivo §1º, e não há, em nosso modo de ver, razão para se proibir o evento e a competição, que reproduzem e avaliam tecnicamente a atividade de captura própria de trabalho de vaqueiros e peões, desenvolvida na zona rural deste grande país. [...]

Por 6 votos a 5 prevaleceu foram feitas as devidas ponderações e prevaleceu a tese pela proteção dos animais, resultado na seguinte emenda de julgamento:

> VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS –CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A OBRIGAÇÃO DE O ESTADO GARANTIR A TODOS O PLENO EXERCÍCIO DE DIREITOS CULTURAIS, INCENTIVANDO A VALORIZAÇÃO E A DIFUSÃO DAS MANIFESTAÇÕES, NÃO PRESCINDE DA OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO INCISO VII DO ARTIGO 225 DA CARTA FEDERAL, O QUAL VEDA PRÁTICA QUE ACABE POR SUBMETER OS ANIMAIS À CRUELDADE. DISCREPA DA NORMA CONSTITUCIONAL A DENOMINADA VAQUEJADA.

Apontamos que o progresso da visão senciente dos animais não humanos é visto em plano filosófico e constitucional, mas também em plano internacional. Assim, veremos novas experiências legislativas na França e Portugal que ampliam o local que ocupam os animais não humanos, bem como é aumentado o seu nível de proteção.

4. SOBRE AS MUDANÇAS DO PATAMAR PROTETIVO DOS ANIMAIS – DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS NA FRANÇA E EM PORTUGAL

Com fim de ampliar o espectro de proteção dos animais não humanos, há experiências internacionais muito positivas, pois abandonam a visão antropocêntrica que considera o animal não humano como coisa, migrando para o entendimento do mesmo ser como objeto de direito.

Na França, em 2015, o artigo 515-14 do Código Civil Francês[15] foi alterado para constar a seguinte redação:

> Artigo 515-14
>
> "Os animais são seres sencientes. Sujeitos às leis que os protegem, os animais estão sujeitos ao regime de propriedade.[16]"

Em Portugal, em 2017, a Lei 8/2017 alterou o artigo 1302 do Cód. Civil Português[17] para constar:

> Artigo 1302 do Cód. Civil Português
>
> 1 - As coisas corpóreas, móveis ou imóveis, podem ser objeto do direito de propriedade regulado neste código.
>
> 2 - Podem ainda ser objeto do direito de propriedade os animais, nos termos regulados neste código e em legislação especial.

Assim, na França já foi reconhecido o caráter senciente dos animais não humanos, reforçando as visões filosóficas trazidas anteriormente e em Portugal, o animal foi transferido da condição de simples coisa para ser considerado um objeto de direito.

---

[15] Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000030250342/2015-02-18/Salvador>.

[16] Les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens.

[17] Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis>. Acesso em 20 de novembro de 2020.

Todo o arcabouço teórico, incluindo perspectivas constitucionais e jurisprudenciais sobre a proteção aos animais tal como explanado, abre espaço para o debate sobre formas menos evidentes de maus tratos, mas igualmente danosas.

A utilização de uma ferramenta processual de persecução de crédito através da penhora de um animal não humano de alto valor, de alta complexidade cerebral e com efetiva relação de afetividade com o animal humano, traz a ideia de sofrimento ao referido animal não humano, merecendo nossa reflexão.

Para demonstração da ideia, passamos a expor os elementos processuais pertinentes aos temas para, em sequencia, apresentar a problemática sobre os direitos dos animais não humanos envolvidos.

5. DA EXECUÇÃO E SEUS PRINCÍPIOS

O processo, em regra, tem dois momentos básicos: o primeiro, relacionado à crise de certeza, no qual o Poder Judiciário dirá sobre a regra jurídica aplicável a uma determinada relação jurídica processual; o segundo, trata de solucionar a crise de satisfatividade, na qual se faz necessária a intervenção do Poder Judiciário de forma a que seja cumprida a obrigação, mesmo que de forma compulsória.

Interessa-nos, neste trabalho, esta segunda fase do processo, em especial a execução por quantia certa, e que tem como princípios basilares:

> (i) Princípio do resultado, previsto no art. 797 do CPC[18], segundo o qual a execução é no interesse primordial do exequente.

Araken de Assis (2016, p. 146) diz:

> Toda execução, portanto, há de ser específica. Uma execução é bem-sucedida, de fato, quando entrega rigorosamente ao exequente o bem da vida, objeto da

[18] Art. 797 do CPC: Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal, realiza-se a execução no interesse do exequente que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

> prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo (execução in natura). Este há de ser o objetivo fundamental de toda e qualquer reforma da função jurisdicional executiva, favorecendo a realização dos créditos e dos direitos em geral.
>
> (ii) Princípio da execução menos gravosa ao executado, insculpida no artigo 805 do CPC[19]. Sobre o tema, Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (Salvador, 2017, p. 80) ensinam :
>
> O princípio visa impedir a execução desnecessariamente onerosa ao executado; ou seja, a execução abusiva. Em vez de enumerar situações em que a opção mais gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer comportamento do credor que pretender valer-se de meio executivo mais oneroso do que outro igualmente idôneo à satisfação do seu crédito.

Assim, a execução é regida em favor do exequente, mas sempre com observância aos meios menos onerosos ao executado, evitando-se a prática de medidas inconstitucionais e ilegais.

É nesse momento processual a efetivação da penhora pode ocorrer, como resultado da intervenção do Estado-Juiz para resolução da crise de satisfatividade.

Uma das espécies de penhora e, assim, formas de satisfação da obrigação a ser adimplida, pode ser exatamente a constrição de animais não humanos, retirados da posse de seus donos. Avaliaremos, a seguir, se e como isso pode afetar os direitos destes seres não humanos, porém, sencientes.

5.1. DA RELAÇÃO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS FRENTE A PENHORA NO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO

Para que o Estado-Juiz possa fazer valer a certeza jurídica estabelecida em um título executivo não adimplida voluntariamente pelo executado em obrigações de pagamento de quantia certa, é fundamental que

[19] Art. 805 do CPC: Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

ocorra a apreensão de bens do devedor, o que ocorrerá por mandado judicial, para o pagamento da obrigação executada.

Vale destacar que a penhora é o ato de apreensão e depósito de bens para empregá-los, direta ou indiretamente, na satisfação do crédito executado (MARQUES, São Paulo, 1976, p. 146 e BARBOSA, Rio de Janeiro, 2007, p. 235).

Fredie Souza Didier Júnior, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (Salvador, 2017, p. 810) ainda mencionam que apenas devem ser objeto da penhora bens do patrimônio do devedor e terceiros responsáveis (art. 790 CPC[20]) quando: a) tiverem expressão econômica e (b) que não se enquadrem em nenhuma das hipóteses de impenhorabilidade

O art. 833 do CPC/15 traz hipóteses de bens considerados impenhoráveis e, para este artigo, interessa-nos analisar o inciso II do referido artigo[21], o qual estabelece que são impenhoráveis os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.

Especificamente com relação aos animais não humanos pertencentes a um devedor, devemos refletir se podem ser objeto de penhora. Primeiramente, deve ser dito que o animal não humano possui expressão econômica, mesmo em valor ínfimo. Observamos que os animais não humanos, para o Código Civil Brasileiro, são bens móveis suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da subs-

[20] Art. 790 do CPC. São sujeitos à execução os bens: I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória; II - do sócio, nos termos da lei; III - do devedor, ainda que em poder de terceiros; IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida; V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução; VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores; VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

[21] Art. 833 do CPC. São impenhoráveis:
[...]
II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;

tância ou da destinação econômico-social. (art 82 CC[22]). Sendo assim, os animais não humanos são considerados análogos aos bens móveis.[23]

Isto posto, resta saber se referidos animais podem ser objeto de penhora não pela possibilidade processual per se, mas sob a perspectiva de ofensa aos direitos destes animais que, alijados dos ambientes aos quais já estão acostumados e apegados, sofram prejuízo pela sua constrição. Mesmo representando alto valor de mercado e passíveis de monetização para satisfação do crédito, poderiam ser objeto de penhora a despeito de sua capacidade de sofrimento ?

A questão agora se volta a saber se os animais não humanos do devedor com elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida podem ser penhorados.

Observamos que um primeiro raciocínio pode ser feito: se os animais não humanos podem ser dispostos livremente pelos seus donos, podendo, assim, serem vendidos, doados, também poderiam ser objeto de penhora nas hipóteses permissivas do inciso II do art. 833 do CPC/15. Ressaltamos que se determinado animal não humano é transacionado é porque os elos emocionais entre eles não eram tão intensos a ponto de ser permitido tal negócio jurídico. O Estado–Juiz não pode presumir que, se pode o animal não humano ser transacionado, pode ser penhorado. Neste raciocínio é fundamental incluir o aspecto senciente dos animais não humanos complexos para ir além.

Importante destacar que o estudo sobre a penhora como ofensa a direitos de animais não humanos objeto de tal medida não se restringiria aos animais domésticos por excelência. Observamos que a linha divisora para tal possibilidade está no aspecto de complexidade cerebral que permitem o desenvolvimento da intimidade e dos elos emocionais que podem existir entre o dono e o animal não humano, determinando a impenhorabilidade para preservação dos direitos dos referidos animais não humanos, independentemente de seu valor agregado.

---

[22] Art. 82. do CC/02 - São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

[23] Da leitura do inciso II, do art. 833 do CPC/05 retiramos uma primeira lição, qual seja, os animais não humanos de valor baixo valor econômico são impenhoráveis, visto que o texto de lei expressamente diz ... *salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida.*

Como ilustração, ponderemos sobre animais que saiam dos tão tradicionais cães e gatos. Animais domesticados e com propriedade regularizada como tucanos e papagaios, poderiam ter sensação próxima a maus tratos quando retirados das posses de seus donos.

Neste momento temos que fazer algumas diferenciações necessárias. Dentro do universo de animais não humanos, como dito acima, temos aqueles não possuem cérebro ou sistema nervoso, ou aqueles que possuem sistema cerebral e sistema nervoso parcamente desenvolvidos. Assim, a ciência ainda não traz certeza sobre a possibilidade do estabelecimento de fortes elos emocionais entre eles. Logo, temos como admissível a penhora de tais animais não humanos uma vez respeitadas as hipóteses permissivas do inciso II do art. 833 do CPC/15.

Com relação aos animais não humanos com alto desenvolvimento cerebral e com sistema nervoso central, temos que os elos emocionais entre eles podem ser estabelecidos. Assim, para tais animais não humanos, temos que permitir a penhora deles trará um afastamento entre dono e animal, fazendo com que referido animal venha a sofrer, o que não pode ser admitido nos termos do art. 225, paragrafo 1º., VII da CF/88.

Não se está a negar que a execução deve ser voltada a favorecer o exequente. O que se faz é ponderar direitos, aplicar a teoria filosófica do biocentrismo e reconhecer que a Constituição Federal, em seu art. 255, parágrafo 1º, VII, expressamente proíbe os maus tratos ao animal.

Vale ressaltar que o magistrado também não tem qualquer salvo conduto para produzir tais maus tratos em animais não humanos em favor da satisfatividade da execução por absoluta falta de previsão legal autorizadora.

6. CONCLUSÃO

Os estudos filosóficos em Hampry Prymat, Jeremy Bentham e Peter Singer nos ensinam que a dor é experiência intrinsecamente má, para qualquer ser que a sofre, sendo que indefere o estado de humano ou não humano; a sensação de dor não depende do pensamento nem da razão; a linguagem não é necessária à experiência sensível da dor; a morte é inexorável para todo ser vivo, o sofrimento, não.

Lembramos que maus tratos comete não apenas aquele que tortura bois (como no caso da farra do boi) ou quem coloca dois galos para brigarem (caso rinha de galos) ou, ainda, quem espeta bois com cabos elétricos e puxam os seus rabos, produzindo, com frequência, seu arranchamento.

O texto constitucional protege os animais não humanos da dor que é provocada pelos maus tratos produzidos, independentemente da origem de tais ataques. Assim, qualquer ato que produza dor no animal não humano apto a sentir dor deve ser considerado um maltrato inadmissível, inclusive a decisão judicial que autoriza a penhora de animal não humano de alta complexidade e que tenha alto valor que mantenha relação sentimental de intimidade com seu dono.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANIMAL, Ética. **Que seres são conscientes?** Disponível em: <https://www.animal-ethics.org/senciencia-secao/senciencia-animal-intro/seres-nao-sao-conscientes/>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 18ª edição. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

BAHIA, Carolina Medeiros. O caso da farra do boi no estado de Santa Catarina: colisão de direitos fundamentais *In* **A dignidade da vida e os direitos fundamentais além dos humanos - uma discussão necessária**. Organizadores: Carlos Alberto Molibaro; Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros; Ingo Wolfgang Sarlet; Tiago Fensterseifer. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

BARBOSA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**, 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BROOM, D. M. **Cognitive ability and sentience: Which aquatic animals should be protected?** Vol. 75: 99–108, 2007. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/6259430_Cognitive_ ability_and_sentience_ Which_aquatic_animals_should_be_protected>. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza; Leonardo carneiro da cunha; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de processo civil: execução**. 7ª edição. Juspodivm: Salvador, 2017.

FELIPE, Sonia T.. Liberdade e autonomia prática. Fundamentação ética da proteção constitucional dos animais. *In* **A dignidade da vida e os direitos fundamentais além dos humanos - uma discussão necessária**. Organizadores: Carlos Alberto Molibaro; Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros; Ingo Wolfgang Sarlet; Tiago Fensterseifer. Belo Horizonte: Editora Forum, 2008.

GRIMM, Jacob. **Contos de fada dos Irmãos Grimm**. Tradução: Thalita Uba. Jandira, SP: Principis, 2019.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1976.

MATHER, Jennifer A.. **Animal Suffering: An Invertebrate Perspective**. Journal of Applied Animal Welfare Science. 2001. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1207/S 15327604JAW S0402_9? needAccess=true >. Acesso em: 20 de nov. de 2020.

PRIMATT, Humphrey. A Dissertation On The Duty Of Mercy And Sin Of Cruelty To Brute Animals. Montana, United States: Kessinger Publishing, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SINGER, Peter. Ética prática. 4ª edição. São Paulo: Martins Fontes. 2018.

VOLTAIRE. **Dicionário filosófico**. Tradução Nelson Jahr Garcia. [S.I.]: Ridendo Castigat Moraes, 2001

CAPÍTULO DEZ

TUTELA DE URGÊNCIA E DA EVIDÊNCIA CAUTELAR E SATISFATIVA EM SEDE DE RECURSO DE APELAÇÃO

GUARANTEE OF URGENCY AND PRECAUTIONARY AND SATISFACTIVE EVIDENCE WITHIN OF APPEAL

PEDRO HENRIQUE PEREIRA CHAVES

Mestrando e graduado pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Advogado.

ROBERTA MUCARE PAZZIAN

Mestre em Direito pela FADISP – Faculdade Autônoma de Direito. Pós-graduada em Direito Empresarial pela FGV/SP. Especialista em Processo Civil pela FGV/SP. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Membra da Comissão de Processo Civil da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Pinheiros. Advogada.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Tutela provisória. 1. Noções gerais da tutela de urgência. 1.2. Noções gerais da tutela da evidência. 2. Tutela provisória em sede recursal. 3. Tutela de urgência em recurso de apelação. 3.1. Tutela da evidência em recurso de apelação. Conclusão.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo inicialmente expor como o atual Código de Processo Civil trata da tutela provisória, expondo noções gerais da tutela de urgência e evidência. Posteriormente é exposto sobre a tutela provisória em sede recursal e, em seguida, relativamente a concessão da tutela de urgência e evidência tanto cautelar como satisfativa em sede de recurso de apelação, apresentando a previsão legal sobre o tema e como o entendimento doutrinário e jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre a matéria. Por fim, conclui-se pela possibilidade de se conceder tanto a tutela de urgência como a da evidência em sede de recurso de apelação.

Palavras-chave: Tutela provisória. Tutela de urgência e da evidência. Recurso de apelação.

ABSTRACT: The objective of this work is initially to explain how the current Civil Procedure Code deals with provisional protection, exposing general notions of urgency and evidence protection. Subsequently, it is exposed about the provisional protection in the appellate court and, afterwards, in relation to the granting of emergency protection and both precautionary and satisfactory evidence in the case of an appeal, presenting the legal provision on the subject and the doctrinal and jurisprudential understanding of the case. Court of Justice of the State of São Paulo on the matter. Finally, it is concluded that it is possible to grant both emergency relief and evidence in the context of an appeal.

Keywords: Provisional guardianship. Urgent and evidence protection. Appeal.

INTRODUÇÃO

Restou previsto na Constituição da República em seu artigo 5º, XXXV, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", bem como no inciso LXXVIII, do mesmo artigo, que "[...] no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Em resumo, a Constituição adotou o princípio da inafastabilidade da jurisdição, determinando que não se crie lei que possa afastar do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito, e mais ainda, contemplou também o princípio da celeridade processual e os meios que garantam sua aplicabilidade.

Assim sendo, considerando-se a efetividade da prestação jurisdicional e a possibilidade de empregar meios que contemplem a celeridade e ainda, a demanda de inúmeros conflitos que necessitam atos do judiciário e sua apreciação de forma mais célere, fez-se necessário, em observância ao mandamento constitucional, a criação de norma prevendo técnicas adequadas, que diante de situações como: a probabilidade do direito e a existência do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo ou pela evidência do direito que embasa a pretensão, tais situações passaram a ter um tratamento diferenciado em nosso ordenamento e receberam uma classificação de tutela provisória. Assim, como exposto por Humberto Theodoro Junior (2019, p. 640):

> criam-se, então, técnicas de sumarização, para que o custo da duração do processo seja melhor distribuído, e não mais continue a recair sobre quem aparenta, no momento, ser o merecedor da tutela da Justiça.

Há considerações que apontam que o cumprimento dos dispositivos constitucionais em referência ao tratar da efetividade e tempo de duração do processo, atrelam essas duas situações à prestação da tutela jurisdicional, de forma que a delonga temporal pode comprometer não só a concessão da tutela, mas também a sua efetividade. Trata-se de um imperativo em abandonar o jargão popular: "a justiça tarda, mas não falha". Justiça tardia é considerada extemporânea e assim decorre sua ineficácia em plenitude. Consoante exposto por José Roberto dos Santos Bedaque

(2009, p. 85), "a garantia constitucional da tutela jurisdicional somente se cumpre efetivamente se forem asseguradas plenas condições de obtenção tempestiva da proteção requerida".

No atual Código de Processo Civil o tema da tutela provisória ganhou nova formulação, se dividindo em tutela de urgência e evidência, sendo previsto, inclusive, a possibilidade da concessão de tutela provisória em sede recursal.

Importante notar que a urgência ou a evidência do direito que fundamentam a tutela provisória nem sempre é contemporânea ao ajuizamento da ação, sendo certo que por vezes a urgência ou a evidência do direito venham a se fazer presentes somente em sede recursal, e por tal razão, ganha relevância a análise da possibilidade de concessão de tutela provisória em sede recursal, justamente para atender à demanda específica que se apresenta no momento.

No sistema jurídico brasileiro, o recurso de apelação notadamente pela possibilidade de amplo efeito devolutivo, característica que lhe permite reanalisar os fatos e questões atinentes a todo o processo. Diante da possibilidade de reanálise por instância superior e ainda a presença de elementos autorizadores a eventual tutela de urgência, há que se reconhecer a possibilidade de sua obtenção em sede de apreciação de tal recurso.

Diante das considerações acerca dos fundamentos constitucionais, notadamente a inafastabilidade de jurisdição e a efetividade dos processos, bem como o tratamento diferenciado que fora dado pelo código de Processo Civil em relação ao que se denomina tutela provisória, há que se avaliar a sua concessão em sede recursal, o que neste momento, se concentra na análise da possibilidade no recurso de apelação.

1. TUTELA PROVISÓRIA

Pode-se partir da classificação, de que no processo "a tutela principal corresponde ao provimento que compõe o conflito de direito material, de modo exauriente e definitivo" (THEODORO JUNIOR, 2019, p. 639). Já a tutela provisória, como o próprio nome indica, apresenta-se com o caráter de não ser definitiva e podendo sofrer modificações no decurso

do processo. Trata-se da possibilidade de uma decisão que tem como objetivo resolver provisoriamente uma pretensão no conflito existente, seja para acautelar (bem ou direito) ou para satisfazer, antecipadamente e provisoriamente, um direito de uma das partes. Evidencia-se que pelas características da necessidade de assegurar celeridade e eficácia, decisões acerca de tal tutela, se dão por meio de cognição sumária, como se destaca na doutrina, a afirmação de Alexandre Câmara, "tutelas provisória são tutelas jurisdicionais não definitivas fundadas em cognação sumária" (2019, p. 153).

O uso de cognição sumária tem como um dos seus principais fundamentos, o risco que a delonga expõe o direito a eventual injustiça, seja pela ineficácia, ou ainda pelo fato de já comprovado o direito, mas ainda assim, não poder fazer seu uso e gozo, devendo em prol de cumprimento de ritos, por tais razões, provimentos imediatos e céleres se justificam. Nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2019, p. 640), tem-se:

> As tutelas provisórias têm em comum a meta de combater os riscos de injustiça ou de dano, derivados da espera, sempre longa, pelo desate final do conflito submetido à solução judicial. Representam provimentos imediatos que, de alguma forma, possam obviar ou minimizar os inconvenientes suportados pela parte que se acha numa situação de vantagem aparentemente tutelada pela ordem jurídica material (fumus boni iuris).

Assim sendo, verifica-se que a tutela provisória é uma espécie de tutela diferenciada, cuja característica essencial é a cognição se dar de forma não exauriente, portanto sumária. Veja-se nos ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque (2009, p. 26) sobre o tema:

> Tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo.

É característica evidente a diferença entre a tutela jurisdicional concedida ao final do processo, com plena cognição exauriente e aquela conce-

dida no transcurso do processo e, portanto, sem exaurida a cognição, que é a provisoriedade desta última. Humberto Theodoro Junior ao diferenciar as tutelas diferenciadas das tutelas comuns (2019, p. 640), explica que:

> Enquanto estas, em seus diferentes feitios, caracterizam-se sempre pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico, as diferenciadas apresentam-se, invariavelmente, como meios de regulação provisória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes.

A tutela provisória está prevista no atual CPC nos artigos 294 a 311, do CPC (Livro V da Parte Geral), se dividindo em tutela de urgência (antecipada ou cautelar) e tutela da evidência, ou seja, a tutela provisória é gênero e a tutelas de urgência e evidência são espécies.

Nas palavras de Nelson Nery e Rosa Nery, o conceito e a natureza jurídica da tutela provisória podem ser definidos da seguinte forma:

> No CPC/1973, a tutela antecipatória dos efeitos da sentença de mérito, espécie do gênero tutelas de urgência, era providência com natureza jurídica mandamental, que se efetivava mediante execução latu sensu, com o objetivo de entregar ao autor, total ou parcialmente, a própria pretensão deduzida em juízo ou seus efeitos. Era tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realizava o direito, dando ao requerente o bem da vida por ele pretendido com a ação de conhecimento. No atual CPC, de certa forma, fica mantido o regime do CPC/1973, mas com uma integração sistemática dos institutos da cautelar e da tutela antecipada dentro da espécie tutela de urgência, vinculada à existência de fumus boni iuris e de periculum in mora e que faz parte do gênero tutela provisória, juntamente com a tutela da evidência[1].

Arruda Alvim Netto, expõe de forma clara a divisão das tutelas provisórias no atual CPC (2020, p. 836):

> Atualmente, o CPC/2015 sistematiza as tutelas provisórias da seguinte forma: primeiramente, subdivide-as em tutelas provisórias de urgência e de evidência (art. 294); em seguida, desmembra aquelas (as tutelas provisórias), em provimentos de natureza antecipatória e cautelar (art. 294, parágrafo único).

[1] NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16.ed. São Paulo: Editora RT, 2016. P. 914.

Assim, as tutelas de urgência e da evidência, como espécies da tutela provisória, recebem tratamento diferenciado, também quanto aos seus requisitos e elementos de fundamentação.

1.1 NOÇÕES GERAIS DA TUTELA DE URGÊNCIA

Como já referenciado, os princípios constitucionais da efetividade e celeridade processual, se interagem para dar fundamento às tutelas de urgência. A prática de um processo que se atém ao cumprimento formal de todas as etapas, sem a possibilidade de decisões sumárias, evidentemente que pode legar como resultado, uma lesão a direito advinda de ausência de eficácia, o que não atende ao anseio de justiça. Portanto, a não utilização de tutela de urgência, quando presentes os requisitos, constitui ofensa constitucional. Justifica-se a possibilidade de garantias à própria efetividade da decisão meritório ao final do processo. Veja-se o posicionamento de ALVIM, GRANADO e FERREIRA (2019, p. 457):

> tutelas de urgência têm fundamento no acesso efetivo à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF), pois constitui ofensa a tal direito fundamental conceber meios apenas formais de acesso à Justiça, sem a garantia da efetividade da decisão de mérito que será proferida.

A tutela de urgência é tema de elevada complexidade, havendo muitas especificidades e controvérsias, mas, em síntese, está prevista nos artigos 300 a 310 do Código de Processo Civil e se fundamenta na existência de elementos que evidenciam a probabilidade do direito (*fumus boni iuris*) e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*) (art. 300).

Neste sentido, podemos dizer que duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a tutela de urgência. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o *periculum in mora* e a segunda hipótese autorizadora é o *fumus boni iuris*, tendo em vista que também é preciso que a parte comprove a existência da plausabilidade do direito por ela afirmado. Assim, a tutela de urgência visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução.

Sobre a probabilidade do direito e o juízo sumarizado de uma cognição não exauriente, tem-se considerações como nas palavras de Humberto Theodoro Junior (2019, p. 657):

> não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material
>
> [...]
>
> o juízo necessário não é o de certeza, mas o de verossimilhança, efetuado sumária e provisoriamente à luz dos elementos produzidos pela parte.

A probabilidade se apresenta face às evidências que podem ser constatadas no momento da análise do pedido da tutela de urgência, de forma a demonstrar que o direito que a fundamente seja verossímil, ou seja, plausível de que seja reconhecido ao final. Trata-se de uma cognição sumária e não exauriente.

Quanto ao segundo requisito (perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo), trata-se de demonstração de que se não for concedida a medida pretendida, será causado sério dano à parte ou que a espera até a decisão final poderá tornar o processo inútil, o que também é um perigo de dano à parte.

Demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, ao juiz não é dado optar pela concessão ou não da tutela de urgência, pois tem o dever de concedê-la[2]. Assim, é certo que embora haja certa dose de subjetividade na concessão ou não da tutela de urgência, o juiz não pode ser discricionário em sua decisão. Deste modo, estando presentes os requisitos supramencionados, caberá ao juiz deferir a tutela.

Além desses dois requisitos previstos no art. 300, do CPC, o §3º do artigo, prevê um terceiro requisito, qual seja, a reversibilidade dos efeitos da decisão que concedeu a tutela de urgência pleiteada. Sobre esse requisito, demonstrando a necessidade de igualdade de tratamento entre as partes, veja-se a exposição de Humberto Theodoro Junior (2019, p. 659):

[2] NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora RT, 2016. P. 931.

> Só é realmente reversível, para os fins do art. 300, § 3º, a providência que assegure ao juiz as condições de restabelecimento pleno, caso necessário, dentro do próprio processo em curso. Se, portanto, para restaurar o status quo se torna necessário recorrer a uma problemática e complexa ação de indenização de perdas e danos, a hipótese será de descabimento da tutela de urgência. É que, a não ser assim, se estará criando, para o promovido, uma nova situação de risco de dano problematicamente ressarcível, e, na sistemática das medidas de urgência, dano de difícil reparação e dano só recuperável por meio de novo e complicado pleito judicial são figuras equivalentes. O que não se deseja para o autor não se pode, igualmente, impor ao réu.

Tratando acerca dessa irreversibilidade da tutela, tal característica, nem sempre é impeditiva à concessão da medida, posto que há situações em que a reversibilidade não se dará de modo muito fácil e muito menos no próprio processo, o que para alguns seria impeditivo, mas para outros, cabe ser expresso tal risco advindo dos efeitos fáticos da tutela. Veja-se no posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni (2019, p. 79):

> Contudo, para a adequada interpretação do § 3º do art. 300 não basta afirmar que a tutela antecipada não pode prejudicar o juízo de cognição exauriente nem criar determinadas situações jurídicas. É também necessário deixar claro que a tutela antecipada pode produzir efeitos fáticos irreversíveis.

Importante mencionar também o enunciado 25 do ENFAM que diz que: *"A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à justiça[3]"*.

Muito embora, à primeira vista, esse requisito possa parecer simples, ele envolve situações demasiadamente complexas, como, por exemplo, a reversibilidade da decisão que determina liminarmente a realização de cirurgia. A situação descrita no exemplo é o mais típico caso de tutela de urgência concedida em larga medida no Brasil, e pelas suas características, inexiste reversibilidade na medida, devendo resultar em indenização por perdas e danos, o que não é tão simples a ponto de ser resolvida facilmente dentro do mesmo processo.

[3] Enfam divulga 62 enunciados sobre a aplicação do novo CPC » Enfam. Disponível em: Enfam » Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – www.enfam.jus.br. Acesso em 04/01/2021.

Superando a controvérsia explicitada acima que demandaria um artigo só para ela e avançando nas características da tutela de urgência, saliente-se que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente, isto é, antes da citação da parte contrária.

A concessão da tutela de urgência liminarmente é de suma relevância, uma vez que como consignado por Humberto Theodoro (2019, p. 663), "muitas vezes, porém, a audiência da parte contrária levaria a frustrar a finalidade da própria tutela preventiva, pois daria ensejo ao litigante de má-fé justamente a acelerar a realização do ato temido em detrimento dos interesses em risco".

Por fim, a tutela de urgência pode ter natureza tanto satisfativa (antecipatória), de forma a se conceder antes do provimento final os efeitos deste, e como cautelar, para assegurar o provimento final do processo. A tutela de urgência de ambas as naturezas pode ser requerida em caráter antecedente ou incidental.

1.2 NOÇÕES GERAIS DA TUTELA DA EVIDÊNCIA

De início, urge salientar que a tutela da evidência de igual modo à tutela de urgência é tema de elevadíssima relevância e atual. Aqui tratada de forma superficial, apresentando seus aspectos relevantes, com o objetivo tão somente de dar base ao tema principal, sem exaurir o assunto acerca da tutela de evidência.

Evidencia-se que a tutela de evidência está no rol das grandes inovações do atual CPC, muito embora já víamos no CPC de 1973 tutelas diferenciadas similares, como, por exemplo, a prevista na ação monitória (mandado monitório). A inovação veio a engrandecer o instituto que outrora era restrito a certas condições como demonstrado por ALVIM, GRANADO e FEREIRA, que explicam essa questão e, inclusive, apresentam outras hipóteses de concessão de medida antecipatória de tutela sem o requisito urgência no CPC de 1973 (2019, p. 478):

> A tutela da evidência, na vigência do CPC/73, tinha pouca projeção. Exigia-se, como regra, que houvesse risco de dano para que fosse concedida a

> antecipação de tutela e a tutela cautelar. Apenas em pontuais hipóteses é que se admitia a concessão de medida antecipatória de tutela sem o requisito da urgência, como era o caso do art. 273, II, daquele Código, e da liminar em ação possessória de força nova (art. 928, do CPC 73), v. g.

A tutela da evidência é uma espécie de tutela provisória concedida sem a necessidade de existir perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, fundando-se, como destacado por THEODORO JUNIOR (2019, p. 725) "no fato de a pretensão de tutela imediata se apoiar em comprovação suficiente do direito material da parte".

Em comparação com a tutela de urgência, a tutela da evidência igualmente exige a plausabilidade do direito invocado, mas prescinde da demonstração do risco de dano. Vale dizer, o direito da parte requerente é tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz[4].

O Código de Processo Civil não optou pela via de conceituar a tutela de evidência, mas de enumerar em rol taxativo as hipóteses de cabimento da medida, diferenciando, inclusive, as hipóteses em que seria cabível a concessão liminar da tutela de evidência.

Para Humberto Theodoro a tutela da evidência pode ter natureza tanto satisfatória como cautelar, muito embora afirme (2019, p. 726), que "Não é fácil imaginar, in concreto, medidas apenas cautelares na espécie".

Esse diferencial da tutela de evidência não se vincular à presença de perigo de dano, incrementou a utilização da medida, de forma positiva, uma vez que sua utilização também tem o condão de promover celeridade ao cumprimento do direito.

2 TUTELA PROVISÓRIA EM SEDE RECURSAL

A urgência ou a evidência do direito que fundamentam a tutela provisória (tutela de urgência ou da evidência) nem sempre é contemporânea ao ajuizamento da ação, sendo certo que por vezes a urgência ou a evidência do direito venham a se fazer presentes somente em sede recursal.

[4] NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora RT, 2016. P. 947.

Assim sendo, o atual Código de Processo Civil tratou em deixar a possibilidade de se pleitear a tutela provisória em sede recursal. É o que se verifica na segunda parte do parágrafo único do art. 299 do CPC, a tutela provisória será requerida ao órgão competente para apreciar o mérito do recurso e, em complemento ao referido artigo, no mesmo código, o art. 932, II, prevê que incumbe ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos.

A tutela provisória recursal tem seu cabimento em três situações distintas: quando a parte visa a impedir a eficácia da decisão; quando os pressupostos para sua concessão forem preenchidos somente na seara recursal; ou na hipótese de fato superveniente que exija uma tutela provisória. Poderia, também, se questionar de uma quarta hipótese, qual seja, quando postulado o afastamento do efeito suspensivo ao recurso de apelação, contrariando a regra geral que o contempla (art. 1.012, caput) e for admitida a imediata execução da sentença[5].

José Miguel Garcia Medina (2018, p. 453), bem explica a questão:

> Nos tribunais, a tutela ´será requerida ao órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito`, trate-se de ação originária, recurso ou remessa necessária, ´ressalvada disposição especial` (cf. parágrafo único do art. 299 do CPC/2015).

Note-se que a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo aos recursos sem efeito suspensivo *ope legis* (art. 995, parágrafo único) ou a possibilidade de em sede de Agravo de deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, se apresentam como hipóteses de tutelas provisórias (cautelar e satisfativa).

Neste diapasão, são os ensinamentos dos ilustres professores Nelson Nery e Rosa Nery:

> No regime atual, instituído pelo CPC, ficou mais explícita a possibilidade de a parte, interpondo o recurso, dirigir-se ao tribunal e pleitear tutela antecipada

[5] MACEDO, Elaine Harzheim; FLORES, Márcia Lunardi. Artigo: Tutela provisória recursal: a jurisdição de urgência ou de evidência no âmbito do recurso de apelação. Publicado na revista: Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça em 13/12/2017.

> para suspender os efeitos da decisão impugnada, requerendo a medida diretamente para o órgão competente para o julgamento do mérito[6].

Nas hipóteses em que o recurso aviado em razão do indeferimento de pedido de tutela provisória, como no agravo de instrumento, trata-se de uma reanálise diante dos mesmos elementos de cognição disponíveis ao magistrado da primeira instância. Diferentemente, no recurso de apelação, a cognição já se aprofundou consideravelmente, mesmo não tendo se exaurido em possibilidades, mas já presentes elementos que possam influenciar no convencimento dos desembargadores.

Outro elemento caracterizador da utilização da plenitude da tutela provisória em sede de recurso, é que deve se considerar que a previsão tanto no art. art. 299, parágrafo único, como no art. 932, II, ambos do CPC, valeu-se do termo tutela provisória e não as suas espécies (tutela de urgência ou da evidência), resultando na compreensão de que é certa a possibilidade de ser concedida tanto a tutela de urgência como a da evidência em sede recursal.

Todavia, ao que tudo indica não são todas as hipóteses de cabimento de tutela da evidência que são compatíveis com sede recursal, principalmente, a hipótese prevista no inciso IV, do art. 311, do CPC.

Isso porque tal inciso trata da concessão da tutela da evidência quando "a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável". Isso é, tal hipótese, ao que parece, se amolda tão somente a fase de conhecimento do processo.

Observando por outra posição, não é impossível que presente a prova documental acostada na inicial e o magistrado ainda assim, não a reconheceu suficiente para a concessão da medida, e vindo a sentença e respectivo recurso de apelação, não há óbice em pleitear ao desembargador que identifique tal prova que acompanhou a inicial e que no momento, com muito mais fundamento na cognição maior, pode-se ser deferida a tutela provisória, até o julgamento final do feito.

---

[6] NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. São Paulo: Editora RT, 2016. P. 927.

Por fim, importante mencionar que a tutela provisória recursal, ainda que no mais das vezes se afigure como tutela antecipatória, por vezes pode adquirir natureza ou de tutela de evidência ou de tutela cautelar, como veremos a seguir.

3. TUTELA DE URGÊNCIA (CAUTELAR E SATISFATIVA) EM RECURSO DE APELAÇÃO

O recurso de apelação possui notória relevância no nosso sistema jurídico, principalmente pela possibilidade de ser admitido com o efeito devolutivo amplo, transferindo-se a possibilidade de análise de todas as questões do processo. É, portanto, o meio hábil a se obter a reforma no todo ou em parte da sentença ou, até mesmo, a sua anulação, devolvendo ao Tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido apreciadas, conforme dispõe o art. 1.013, §1º, do CPC.

E mais, com a vigência do atual CPC, a apelação ganhou ainda mais relevância, uma vez que decisões interlocutórias não agraváveis também poderão ser, eventualmente, impugnadas em preliminar do recurso de apelação (art. 1.009, §1º, do CPC).

Quanto aos efeitos do recurso de apelação, além do efeito devolutivo, possui também, o efeito suspensivo *ope legis,* com exceção das hipóteses elencadas no §1º, do art. 1.012, do CPC. No caso das hipóteses de inexistência de efeito suspensivo poderá ser atribuído efeito suspensivo, com fulcro no parágrafo único do artigo 995 e 1.012, §3º, ambos do CPC, devendo a parte demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

Assim sendo, resta claro a possibilidade de concessão de tutela de urgência em recurso de apelação, visando suspender os efeitos da sentença. Isto é, tutela de urgência cautelar.

Neste sentido, já se posicionou o Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme se verifica nos acórdãos colacionados abaixo:

> TUTELA PROVISÓRIA RECURSAL NA APELAÇÃO - GARANTIA ANTECIPADA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO – Oferecimento de Apólice de Seguro Garantia pela 'CESCEBRASIL Seguros de Garantias e Créditos S/A' - Admissibilidade - Recurso de Apelação interposto - Pedido de concessão de tutela provisória recursal na apelação - Cabimento - Perigo de dano de difícil reparação - Incidência do § 4º, do artigo 1012 do Código de Processo Civil. Pedido deferido. (TJSP; Tutela Provisória 2072637-51.2019.8.26.0000; Relator (a): Eduardo Gouvêa; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - Vara Exec Fiscais Estaduais da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 10/05/2019; Data de Registro: 10/05/2019)

> OBRIGAÇÃO DE FAZER. TUTELA DE URGÊNCIA. Recurso de apelação interposto pela ré contra a sentença que determinou o conserto do muro de arrimo e do calçamento dos fundos do imóvel objeto da demanda. Tutela de urgência deferida em sentença. Apelação, em regra, será recebida no efeito devolutivo (art. 1012, §1º, V CPC/15). Probabilidade de provimento do recurso apresentado. Imobiliária, a princípio que não tem responsabilidade pela construção do muro. Ausência de indicativos a respeito de relação empregatícia entre o pedreiro responsável pela obra e a apelante. Imobiliária, nessa situação, que poderia responder por eventual indenização pela falha no serviço de intermediação e não pela construção e reparação do muro. Perigo de dano existente. Pedido deferido. (TJSP 2286694-90.2019.8.26.0000, Relator: Carlos Alberto de Salles, Data de julgamento: 19/12/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 19/12/2019).

Posto isso, compete verificar a possibilidade de se conceder tutela de urgência para antecipar os efeitos de eventual provimento do recurso, ou seja, tutela de urgência satisfativa. Pois bem. Se é possível a concessão de tutela de urgência cautelar em recurso de apelação, nada obsta a concessão de tutela de urgência satisfativa nas mesmas condições necessárias para a tutela de urgência cautelar (efeito suspensivo).

Nesse mesmo sentido são os ensinamentos de Araken de Assis (2017, p. 827):

> A inexistência do efeito suspensivo não impede que, preenchidos os pressupostos do art. 995, parágrafo único, o órgão judiciário suspenda a eficácia do provimento desfavorável ao recorrente. Por identidade de motivos, a ineficácia congênita do provimento, por força do efeito suspensivo ex vi legis

> (art. 1.012, caput), não obsta que o recorrente ou o recorrido, nas mesmas condições, pleiteie e obtenha a antecipação dos efeitos do eventual provimento do recurso. Concebe-se, de um lado, que os fundamentos do provimento impugnado se mostrem frágeis, à primeira vista evidenciando probabilidade de reforma, ou, de outro, o desprovimento de quaisquer recursos – v.g., interpostos contra decisão fundada em jurisprudência dominante do tribunal ad quem ou dos tribunais superiores – contra o provimento originário se mostre plausível. Em casos tais, e patenteado o receio de mal grave e de difícil reparação, ou seja, preenchidos os requisitos genéricos do art. 995, parágrafo único, a antecipação dos efeitos do acolhimento da pretensão recursal se ostenta admissível.

Ademais, como é previsto no art. 299, parágrafo único, do CPC, a possibilidade de se conceder tutela de urgência em sede recursal, e ainda, considerando ser expresso no art. 932, II, do CPC, que o relator é competente para apreciar (e deferir) o pedido de tutela provisória nos recursos e tendo em vista que a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) é espécie do gênero tutela provisória, não se vislumbra razões para não ser admitido pleitear a tutela de urgência satisfativa em sede recursal.

E mais, considerando que há de forma expressa a possibilidade de se deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal veiculada em recurso de agravo de instrumento, nada seria razoável no recurso de apelação não admitir tal hipótese, até mesmo, devido à amplitude deste último recurso, ser bem maior que a do outro.

Fundamenta-se a afirmação supra, inclusive encontrando eco nos ensinamentos de Araken de Assis (2017, p. 1.029):

> O art. 1.012, § 3º, também se presta para obter a antecipação dos efeitos da pretensão recursal, porque a competência para medidas de urgência, uma vez interposta a apelação pelo vencido, transfere-se para o órgão ad quem (art. 299, parágrafo único). Não se mostraria razoável, porquanto, no agravo de instrumento, o art. 1.019, I, engloba as duas providências, empregar outro mecanismo para esse efeito. Ao vencido, requerendo a medida, importará demonstrar o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, e o prognóstico favorável ao provimento. Também o vencedor poderá pleitear por essa via tutela provisória a seu favor e nas mesmas condições.

Com o objetivo de exemplificar e também demonstrar a possibilidade da concessão de tutela de urgência satisfativa em recurso de apelação, tem-se a jurisprudência consubstanciada no processo nº 2092268-78.2019.8.26.0000 do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que se pleiteou a antecipação da tutela recursal a fim de que fosse dado prosseguimento na ação de produção antecipada de provas enquanto o recurso de apelação fosse julgado, o que foi deferido pelo Des. Rel. Francisco Loureiro[7].

A tutela de urgência em sede de apelação, já nasce com um elemento evidenciado, que é o transcurso de lapso temporal do processo, o que demonstra por si só, que se até o momento ainda não houve a produção dos efeitos da tutela pretendida, é evidente que o tempo está a corroer a sua efetividade. Fundamento esse que válido a qualquer das partes, no intuito de se produzir os efeitos da pretensão.

3.1 TUTELA DA EVIDÊNCIA EM RECURSO DE APELAÇÃO

A concessão de tutela da evidência em sede recursal é tema sobremaneira novo e ainda não tão explorado, notadamente, em sede de recurso de apelação. Todavia, demonstra-se que se aplica a mesma lógica para se conceder a tutela de evidência a qualquer recurso.

A possibilidade de se deferir a tutela da evidência em sede recursal decorre do previsto no artigo 932, II, do CPC, que prevê que compete ao relator apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos, assim, considerando que a tutela de evidência é uma espécie de tutela provisória, nada obsta a sua concessão em sede recursal, se presentes as hipóteses de cabimento.

Note-se que o e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já enfrentou esse tema e julgou ser possível a concessão de tutela de evidência em grau recursal, sob a fundamentação de que o art. 932, II, do CPC, permite que o relator conceda tutela provisória em sede recursal, conforme ementa e trecho da fundamentação abaixo transcritos:

[7] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br - processo nº 2092268-78.2019.8.26.0000. Acessado em: 27 de julho de 2020.

Tutela de evidência em segundo grau Embargos à adjudicação julgados improcedentes Reconhecimento de litigância de má fé Extração da carta condicionada ao trânsito em julgado Possibilidade de se reconhecer os requisitos específicos da tutela, conforme art. 311 e incisos do NCPC Aplicação do artigo 932, caput e inciso II (localizado no Capítulo II da Ordem dos Processos no Tribunal) que permite ao relator analisar o pedido de tutela provisória enquanto gênero, sem fazer qualquer distinção sobre se o pedido é baseado em urgência ou evidência. Autorizada a expedição da carta- Pedido acolhido

[...]

O NCPC trouxe várias inovações no âmbito recursal, dentre elas a de o relator conceder a tutela que não se limita as hipóteses do art.995, parágrafo único, quanto à capacidade de o relator antecipar os efeitos da pretensão do recorrente, pois o artigo 932, caput e inciso II (localizado no Capítulo II da Ordem dos Processos no Tribunal) permite ao relator analisar o pedido de tutela provisória enquanto gênero, sem fazer qualquer distinção sobre se o pedido é baseado em urgência ou evidência.[8]

No mesmo sentido, é o acórdão abaixo:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO COLETIVA – SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL – DOCENTE – EDUCAÇÃO BÁSICA – LEI FEDERAL Nº 11.738/08 – SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA – APELAÇÃO – ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PROVISÓRIA RECURSAL – TUTELA DA EVIDÊNCIA DO DIREITO – CONCORRÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. A tutela da evidência é espécie do gênero tutela provisória que dispensa a demonstração de perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo nas hipóteses do artigo 311 do CPC. 2. Ação coletiva. Sentença de parcial procedência para determinar a observância do disposto no art. 2º §4º da Lei Federal nº 11.738/08. Apelação. Antecipação de tutela recursal. Tutela da evidência do direito. Concorrência dos requisitos legais. Pedido de antecipação da tutela provisória recursal. Deferimento. (TJSP 2237494-85.2017.8.26.0000; Relator: Décio Notarangeli, Data de julgamento: 14/12/2017, 9ª Câmara de Direito Público, Data de publicação: 14/12/2017)

[8] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Tutela Cautelar Antecedente nº 2056734-44.2017.8.26.0000. 16ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Miguel Petroni Neto. Julgado em 15 de agosto de 2017. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br. Acessado em 27 de julho de 2020.

Ademais, considerando que o art. 932, II, do CPC, é aplicável a todos os recursos, conclui-se que também ser possível a concessão de tutela da evidência em outros recursos, como o recurso especial e agravo de instrumento.

4. CONCLUSÃO

Visando dar efetividade aos mandamentos constitucionais previstos no artigo 5º, XXXV e LXXVIII e considerando a possibilidade de empregar meios que contemplem a celeridade e ainda, a demanda de inúmeros conflitos que necessitam atos do judiciário e sua apreciação de forma muito mais célere, o Código de Processo Civil tratou em prever o instituto da tutela provisória, espécie de tutela diferenciada que visa resolver provisoriamente uma pretensão no conflito existente, seja para acautelar (bem ou direito) ou para satisfazer, antecipadamente e provisoriamente, um direito de uma das partes.

O atual CPC inovou grandemente no sistema das tutelas provisórias, prevendo a existência da tutela de urgência e, sobretudo, a tutela da evidência, modalidade de tutela diferenciada semelhante às previstas no CPC de 1973, notadamente, na ação monitória e possessória de força nova.

Ademais, considerando que a urgência ou evidência do direito que fundamentam a tutela provisória (tutela de urgência ou da evidência) nem sempre é contemporânea ao ajuizamento da ação, sendo presentes em muitos casos somente em sede recursal, o atual CPC tratou em positivar a tutela provisória recursal (art. 299, parágrafo único e art. 932, II, ambos do CPC), podendo ser concedida tanto a tutela de urgência como a tutela da evidência em sede recursal, tendo em vista que tutela provisória é o gênero e tutela de urgência e da evidência são suas espécies.

Analisando especificamente a concessão da tutela de urgência e da evidência em recurso de apelação, tendo em vista a notória relevância que o recurso de apelação possui em no ordenamento jurídico pátrio, verificou-se ser cabível a concessão de ambas as modalidades de tutelas provisórias tanto de natureza cautelar como satisfativa, seja porque o art. 932, II, do CPC, prevê de forma expressa a possibilidade do relator apre-

ciar tutela provisória em recursos, ou porque sé é possível a concessão de tutela de urgência cautelar em recurso de apelação, nada obsta a concessão de tutela de urgência satisfativa nas mesmas condições necessárias para a tutela de urgência cautelar (efeito suspensivo) e, ainda, porque como há de forma expressa a possibilidade de se deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal veiculada em recurso de agravo de instrumento, nada seria razoável no recurso de apelação não admitir tal hipótese, até mesmo, devido à amplitude deste último recurso, ser bem maior que a do outro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manuel. **Manual dos Recursos**. 19 Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2020.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. **Direito processual civil**. 6 ed. – São Paulo: Saraiva, 2019.

ASSIS, Araken. **Manual dos Recursos**. 9 Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acessado em: 27 de julho de 2020.

_____ Tutela Cautelar Antecedente nº 2056734-44.2017.8.26.0000. 16ª Câmara de Direito Privado. Des. Rel. Miguel Petroni Neto. Julgado em 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br. Acessado em 27 de julho de 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

Enfam » Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – www.enfam.jus.br.

MACEDO, Elaine Harzheim; FLORES, Márcia Lunardi. **Artigo: Tutela provisória recursal: a jurisdição de urgência ou de evidência no âmbito**

do recurso de apelação. Publicado na revista: Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça em 13/12/2017.

MARINONI. Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**. 3 Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2019.

MEDINA. José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 4 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado.** 16ª edição. São Paulo: Editora RT, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I, 60 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

QUINTA PARTE

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

CAPÍTULO ONZE

O PAPEL DA VÍTIMA FRENTE AO PROCESSO PENAL BRASILEIRO SOB A PERSPECTIVA DA LEI Nº 13.431/2017

THE ROLE OF THE VICTIM IN FRONT OF THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS UNDER THE PERSPECTIVE OF LAW Nº 13.431/2017

ÁUREA EMÍLIA BEZERRA MADRUGA DE OLIVEIRA

Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Promotora de Justiça do Estado do Piauí.
E-mail: aureaemilia@mppi.mp.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. As fases da participação da vítima no processo penal. 2. Marco normativo internacional sobre os direitos das vítimas e algumas condenações do brasil no cenário exterior. 3. Marco normativo nacional sobre os direitos das vítimas. 4. Breves anotações sobre a lei 13.431/2017 – lei da escuta protegida. Conclusão.

RESUMO: O presente artigo jurídico visa apresentar uma análise sobre o papel da vítima frente ao processo penal brasileiro, bem como a necessidade de um novo olhar para o ofendido, deixando este de ser um personagem neutralizado, bem como verificar o que a legislação interna e algumas normas internacionais apresentam a respeito do tema e quais são as novidades trazidas pela Lei nº 13.431/2017 ao sistema brasileiro nessa seara. Através do método de revisão de literatura, com enfoque especial nas leis e diretrizes internacionais, procura-se entender as fases da participação da vítima no processo penal, suas implicações e desdobramentos, passando pelos marcos normativos internacionais sobre os direitos das vítimas e algumas condenações do Brasil no cenário exterior e pelo marco nacional sobre os direitos das vítimas, além de se pontuar breves anotações sobre a Lei nº 13.431/2017 – Lei da Escuta Protegida. O percurso metodológico do estudo em questão se ampara na observação individual da pesquisadora, recorrendo-se ao método de análise de conteúdo. Conclui-se, por fim, que a lei 13.417/2017 avança no sistema de garantia de proteção às vítimas, quando, por exemplo, afirma que seja realizada a oitiva, preferencialmente, uma única vez, para se evitar que se sofra novamente e por diversas vezes reviva o fato delituoso, mas não trata de como devem ser feitas as perguntas, por exemplo.
Palavras-chave: Vítima. Revitimização. Escuta. Processo. Acusado.

ABSTRACT: This legal article aims to presente na anlysis of the victim's role in the Brazilian criminal process, as well as the need for a new look at the victim, leaving him to be a neutralized character, as well as to verify what the internal legislation and some norms international organizations presente on the thee and what are the novelties brought by Law Nº 13.431/2017 to the Brazilian system in this área. Through the literature review method, with a special focus on internetional laws and guidelines, the ai mis to understand the phases of the victim's participation in the criminal process, its implications and consequences, passing through the international normative frameworks on the rights of victims and some convictions of the victim. Brazil on the foreign scene and the national framework on the rights of vitims, in addition to brief notes on Law nº 13.431/2017 – Law of Protected Listening. The methodological path of the study in question is supported by the researcher's individual observation, using the contente analysis method. Finally, it is concluded thet the law 13.431/2017 advances in the system of guaranteeing protection to victims, when, for example, it states that the hearing should be carried out, preferably only once, to avoid suffering again and for several times relives the criminal fact, but it does not deal with how the questions should be asked, for example.
Keywords: Victim. Revitimization. Listening. Process. Accused.

INTRODUÇÃO

Partindo-se da premissa que a vítima não pode ser esquecida, figurando apenas como mero instrumento de prova, faz-se necessário que a mesma seja enxergada pelos operadores do direito como um sujeito de direitos, devendo haver um processo penal equilibrado, observando-se todas as garantias fundamentais do acusado, já previstas nas normativas internacionais e no direito interno, mas não se olvidando do ofendido, que teve sua vida, seu patrimônio, sua dignidade sexual, sua imagem ou sua honra, ou qualquer outro bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, violado.

Sabemos que não há como voltar ao *status quo ante,* mas deve-se buscar minimizar os danos causados à vítima em razão do fato criminoso e, para isso, cabe mais especialmente ao Ministério Público, mas também a todos os atores da Justiça Criminal, prestar um serviço público adequado, que traga para a vítima algum tipo de reconhecimento pelo seu sacrifício.

Há de se destacar que, passados mais de trinta anos de sua promulgação, o Brasil ainda se encontra longe de cumprir o disposto no artigo 245 da Constituição Federal[1], que expõe:

> Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

É preciso que se construa soluções de favorecimento às respostas alternativas e de construções institucionais de acolhimento à essa vítima, para que o sistema de justiça brasileiro não siga fórmulas que apenas observam mais do mesmo. Afinal, esse mesmo, ao longo dos anos, não tem dado a devida concreção ao direito dessas vítimas tão sofridas e vulneráveis e, sem se esquecer, titulares de direitos de exigibilidade e realização obrigatória.

[1] BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 de dezembro de 2020, às 18h58min.

1. AS FASES DA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

A participação da vítima no Processo Penal passou por três fases: a primeira fase é conhecida como Protagonista, a seguinte é a fase da Neutralização da vítima e, atualmente, encontra-se na fase da Redescoberta da Vítima.

Desde os primórdios, na época da vingança privada, quando vigia especialmente a Lei de Talião ("olho por olho, dente por dente"), o próprio ofendido buscava a satisfação do seu suposto direito, sem existir na época nenhum sistema formal de punição.

Com a formação dos Estados nacionais, na Idade Moderna, e com o protagonismo do Estado, não se permitiu mais que a vítima exercesse uma atuação ativa na resolução do conflito penal. Isso não faria jus àquele ideal da época, que trazia um viés centralizador, trazendo o Estado para o centro da vida pública e privada. Inicia-se, portanto, a publicização de um conflito que até então era privativa aos próprios envolvidos da situação criminal. Esta fase foi tratada como a Neutralização da vítima, marcada pela apropriação pelo Estado do *jus puniendi.*

É criado, portanto, um modelo de justiça criminal que passa a neutralizar a vítima do crime, passando a ser afastada da solução do conflito penal, pois entende-se que a mesma tem interesse na resolução do processo e as suas *paixões* podem atrapalhar o julgamento justo. Então, é criado um ente estatal que é responsável pela persecução do infrator. Nesse sentido, a preciosa lição de Guilherme de Souza Nucci[2]:

> É inequívoco que o processo de modernização do direito penal somente teve início com o Iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangiere e Pagano (Itália). Houve uma preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista voltava-se ao banimento do terrorismo punitivo, **uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir**, nos limites da necessária defesa

[2] NUCCI, Guilherme de Souza, Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial/Guilherme de Souza Nucci. - 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 59.

> social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente castigar. No original, sem grifos.

Ainda nesse sentido, importante trazer a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho[3]:

> Era preciso, destarte, que a composição, a solução do litígio, se fizesse de maneira pacífica e justa e ficasse a cargo de um terceiro. Era preciso, antes de mais nada, que se tratasse de um terceiro forte demais, de modo a tornar sua decisão respeitada e obedecida por todos, principalmente pelos litigantes. Conforme vimos, somente o Estado é que podia ser esse terceiro. Então, o Estado avocou a tarefa de administrar justiça restaurando a ordem jurídica quando violada. Essa intervenção, entretanto, ocorreu paulatina e gradativamente.

Sendo assim, construiu-se uma "neutralização" da vítima e, consequentemente, todo e qualquer interesse que se atribuísse à vítima, seria um interesse fora do Direito Penal. Sendo assim, o ofendido deve perseguir seu interesse em outras instâncias e ramos do Direito. O foco do Direito Penal se restringe, então, para a infração à lei.

Com o Iluminismo, o réu passou a ser sujeito de direitos, advindo dessa perspectiva a noção da humanização das penas, a proibição dos castigos corporais e a limitação da incidência da pena de morte. Como afirmado na clássica obra de Cesare Beccaria, em 1764, intitulada Dos Delitos e Das Penas, o que interessa não é a severidade dos castigos, mas a certeza deles[4]:

> Poderiam talvez os gritos de um infeliz trazer de volta, do tempo, que não retorna, as ações já consumadas? O fim da pena, pois, é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.

[3] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Manual de Processo Penal*/Fernando da Costa Tourinho Filho – 13 ed. - São Paulo: Saraiva, 2010.

[4] BECCARIA, Cesare Bonesana . *Dos delitos e das penas.* Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

Ou seja, é necessário que se puna para que haja uma resposta – e a vítima passa a ser relegada para segundo plano.

Para esse período, o Direito Penal não deveria, portanto, preocupar-se com a vítima, e sim com a infração à lei. O dano sofrido pela vítima passou a ser objetificado pelo Estado, e este passa a substituir o ofendido na persecução penal. Por isso também há a associação do crime e uma pena: só se houver uma resposta punitiva, é que se está diante de um crime.

Outra consequência desse momento é que o infrator passa a considerar que apenas o Estado é o interlocutor dele, ou seja, é sabido que ele causou um dano a uma vítima concreta, mas como é o Estado que vai processá-lo criminalmente, ele entende que só para o Estado é que tem responsabilidade, qual seja, a de cumprir a pena que lhe foi imposta, sem dever nada à vítima.

Ainda, verificou-se que o papel da vítima se restringia apenas como instrumento de prova. Diante do seu relato, podia-se ter uma reconstrução histórica dos fatos e auxiliaria na conclusão de que o imputado fosse o autor da ação criminal. Ou seja, servia como instrumento para se definir a autoria e materialidade do crime. As indagações à vítima se restringiam apenas a esses temas, não se perquiria sobre suas necessidades para ter seu dano, material e/ou moral restaurado. Não há como negar, portanto, que esse pensamento traz consequências aos direitos das vítimas.

A preocupação é voltada à busca da repressão como consequência da ocorrência de um crime, acreditando-se que os reclamos de atenção à vítima são reclamos que redundam no incremento ou no maior rigor penal ao acusado.

Toda essa situação levou a vítima, como já dito, a ser considerada um mero informante da justiça penal, servindo como meio de prova, podendo, inclusive, ser conduzida coercitivamente, caso não compareça para prestar seu depoimento e produzir a prova que incrimine o infrator. Lembrando que a condução coercitiva não recai na pessoa do investigado. Nessa seara, dispõe o Código de Processo Penal:

> Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

> §1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

Assim, leva-se à conclusão de que a justiça só vai ser refeita quando a pena for aplicada ao infrator e, para isso, é necessário seguir todos os procedimentos técnicos que vão assegurar os direitos desse infrator e, ao final, aplicar-lhes uma sanção pelo mal cometido.

O sistema penal se volta, então, para as garantias processuais do acusado, dando preferência às formalidades. Importante que tenha todas as suas garantias fundamentais para que possibilite o exercício de sua defesa e receba uma pena justa, se for o caso, mas não se pode alijar nesse contexto um personagem tão importante e que nada fez para a ocorrência do fato criminoso.

É preciso repensar e colocar a vítima no seu papel e não se pode permitir a confusão do seu interesse como uma vingança privada, deve-se pensar além de simplesmente punir o agressor. Essa nova roupagem teve seu início mais destacado com a época do Pós-Guerra, quando as primeiras cortes internacionais foram criadas, como exemplo Tribunal de Nuremberg, onde as vítimas foram ouvidas e puderam expressar as suas concepções dos fatos e tiveram reconhecidas as lesões sofridas, nascendo, assim a fase da Redescoberta.

A fase atual recoloca a vítima numa perspectiva de sujeito de direitos, aferindo que o que ela necessita não é unicamente que a resposta do Estado se dê pela formalização de um processo e a construção de uma sentença condenatória. A mudança de paradigma começa quando a vítima passa a fazer parte da resposta penal. Afinal, a resposta penal sem a vítima traz uma crise de legitimidade do discurso penal. Pois se o Direito Penal existe para proteger bens jurídicos e se a vítima – que é a titular individual daquele bem jurídico – não há cumprimento do discurso do Direito Penal de que este serve para a proteção dos bens jurídicos.

2. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS VÍTIMAS E ALGUMAS CONDENAÇÕES DO BRASIL NO CENÁRIO EXTERIOR

Em 29 de novembro de 1985, foi adotada, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na sua resolução 40/34, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder[5]. É um documento muito recente na história da humanidade e traz o conceito do seria "vítima":

> 1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como conseqüência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.
>
> 2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da presente Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo "vítima" inclui também, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

Desse documento, podem ser extraídas uma série de recomendações para os países signatários no sentido de proporcionar às vítimas o acesso à justiça e a tratamento equitativo, atendimento às suas necessidades e reparação dos danos, direito de informação e participação nos processos judiciais, instituição de meios extrajudiciais de resolução de conflitos (mediação, conciliação, arbitragem, justiça restaurativa).

Importante destacar que já traz também a preocupação de se evitar as delongas processuais tanto na solução do crime como também na

[5] Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>.

execução da indenização ("Evitando demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas".) Afinal, deve-se pensar nos direitos da vítima que sofre também com a lentidão de uma resposta do Sistema de Justiça – o processo lento também é doloroso.

Antes mesmo do aludido documento internacional, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, traz que "toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei", conforme seu artigo 8º.

Já na Convenção Americana de Direitos Humanos [6] (Pacto de São José da Costa Rica, datado de 22 de novembro de 1969), ratificada pelo Brasil (Decreto nº. 678/92), há uma série de preceitos, especialmente o art. 8º (das garantias judiciais) ou o art. 7º (dos direitos da pessoa detida), embora não trouxesse expressamente a figura da vítima, já previa que toda pessoa deveria ter direito a recurso efetivo dado pelos tribunais nacionais, como se vê em seu art. 25:

> Artigo 25 - Proteção judicial
>
> Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

As vítimas devem ter no plano interno meios de verem seus direitos assegurados. Quando esses direitos não são assegurados no plano interno, considerando que o Brasil é signatário da referida Convenção, surgem possibilidades de penalizar o Estado nacional por danos causados pelo próprio Estado ou por terceiros às vítimas.

[6] Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

Sendo assim, verifica-se que, no plano internacional, há uma lista de organismos que cuidam especialmente do direito das vítimas, que são os organismos das Nações Unidas, que buscam realizar uma política pública de cunho internacional em relação a esses atendimentos, a partir do núcleo básico de direitos constante na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (adotada pela Resolução n.2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992) e em outros documentos similares.

Esses organismos internacionais têm mecanismos próprios de apuração que se iniciam de duas maneiras: a) comunicações estatais, que são acusações de um estado a outro, estando ambos sujeitos àquele regime convencional (aquele previsto no tratado internacional); b) comunicações individuais, que são as acusações feitas por grupos de pessoas ou por indivíduos, representados por organizações não governamentais que atuam no cenário internacional.

As condenações brasileiras no plano internacional que serão trazidas neste tópico são oriundas da Comissão Internacional de Direitos Humanos e dizem respeito também a direitos das vítimas.

Na lição preciosa de André de Carvalho Ramos, temos:

> A Comissão Interamericana de Direitos Humanos é órgão principal da Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo composta por sete membros (denominados Comissários ou, mais usualmente como decorrência de termo em espanhol, "Comissionados"), que deverão ser pessoas de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos. Os membros da Comissão serão eleitos por quatro anos e só poderão ser reeleitos uma vez, sendo que o mandato é incompatível com o exercício de atividades que possam afetar sua independência e sua imparcialidade, ou a dignidade ou o prestígio do seu cargo na Comissão[7] .

Referido mestre, em mesma obra, também assinalou sobre o procedimento na retrocitada Comissão, sendo importante trazer à baila:

[7] RAMOS, André Carvalho. In*: Curso de direitos humanos*, 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 427.

A Comissão é provocada por meio de uma petição escrita, que pode ser de (i) autoria da própria vítima, (ii) de terceiros, incluindo as organizações não governamentais (demandas individuais), ou ainda (iii) oriunda de outro Estado (demandas interestatais, de impacto reduzido – até hoje, apenas dois casos na comissão). Também a Comissão pode agir de ofício. Em sua petição internacional, o representante deve apontar os fatos que comprovem a violação de direitos humanos denunciada, assinalando, se possível, o nome da vítima e de qualquer autoridade que tenha tido conhecimento da situação.

As condições de admissibilidade da petição individual à Comissão IDH são as seguintes: i) o esgotamento dos recursos locais; ii) ausência do decurso do prazo de seis meses, contados do esgotamento dos recursos internos, para a apresentação da petição; iii) ausência de litispendência internacional, o que impede o uso simultâneo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos; e iv) ausência de coisa julgada internacional, o que impede o uso sucessivo de dois mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos[8].

O primeiro caso deste tipo de violação de direitos humanos, no Brasil, levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi o "caso José Pereira" (caso 11.289), que tratava de escravidão contemporânea no estado do Pará. Referido fato narra que um adolescente de 17 (dezessete) anos teria sido escravizado na Fazenda "Espírito Santo", no sul do Pará, para onde tinha sido atraído com falsas promessas sobre condições de trabalho, e terminou sendo submetido a trabalhos forçados, sem liberdade para sair e sob condições desumanas e ilegais, juntamente com outros sessenta trabalhadores dessa fazenda. José Pereira foi gravemente ferido, e outro trabalhador foi morto, quando ambos tentaram escapar, no ano de 1989. Na petição à CIDH, em fevereiro de 1994, foi relatado que os fatos denunciados são um exemplo da falta de proteção e garantias do Estado brasileiro, ao não responder adequadamente as denúncias sobre essas práticas, além de desinteresse e ineficácia nas investigações e nos processos referentes aos assassinos e os responsáveis pela exploração trabalhista.

Em setembro de 2003, a Comissão homologou um acordo de so-

[8] RAMOS, André Carvalho. *In: Curso de direitos humanos*, 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 428.

lução amistosa que o Estado brasileiro fez com a vítima, e o Brasil *"reconheceu a responsabilidade internacional e estabeleceu uma série de compromissos relacionados com o julgamento e punição dos responsáveis, medidas pecuniárias de reparação, medidas de prevenção, modificações legislativas, medidas de fiscalização e punição ao trabalho escravo, e medidas de conscientização contra o trabalho escravo"*[9].

Assim, como se viu, o Brasil se obrigou, entre outros pontos, a pagar uma indenização para a vítima que fora escravizada por terceiros particulares, mas reconheceu que suas instituições (polícia, Ministério Público, Judiciário, dentre outras) não agiram quando deveriam ter agido, ou agiram de modo ineficiente.

Outro caso diz respeito a racismo estrutural, em que uma mulher negra, a Sr.ª. Simone André Diniz, foi vitimada por uma empregadora que publicou um anúncio em um jornal de São Paulo, oferecendo vaga de emprego e, com um dos requisitos para o cargo, a pessoa pretendente deveria ser da cor branca (caso 12.001). Nessa ocasião, a vítima procurou a Delegacia de Crimes Raciais e relatou o ocorrido. A polícia, ao fim do seu procedimento, encaminhou o inquérito ao Ministério Público que, posteriormente, requereu o arquivamento (*"… não se logrou apurar nos autos que Aparecida Gisele tenha praticado qualquer ato que pudesse constituir crime de racismo, previsto na Lei 7.716/89…" e que não havia nos autos "… qualquer base para o oferecimento de denúncia"*[10]*),* tendo sido confirmado por sentença de extinção, prolatada em 07 de setembro de 1997.

Após nove anos de tramitação, em outubro de 2006, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) publicou o Relatório Final do caso Simone André Diniz. Nesse relatório a CIDH reconheceu a responsabilidade internacional do Estado brasileiro por não punir crime de racismo sofrido por Simone André Diniz, sendo considerado violados os artigos 8, 24 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O Brasil foi o primeiro país do continente americano a receber uma condenação desta categoria.

---

[9] https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm#:~:text=O%20caso%2011.289%20refe ere%2Dse,Santo%2C%20no%20Estado%20do%20Par%C3%A1, acessado em 01 de dezembro de 2020.

[10] <http://www.cidh.org/annualrep/2006port/brasil.12001port.html>, Acessado em 01 dez. 2020.

Outro exemplo de condenação brasileira foi o caso Ximenes Lopes, desta vez com julgamento proferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sentença prolatada no ano de 2006.

Sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, antes de analisar o caso referido, merece ser visto que a seguir se traz:

> A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), é uma instituição judicial autônoma, não sendo órgão da OEA, mas sim da Convenção Americana de Direitos Humanos. Possui jurisdição contenciosa e consultiva (pode emitir pareceres ou opiniões consultivas, não vinculantes). Não é obrigatório o reconhecimento de sua jurisdição contenciosa: o Estado pode ratificar a Convenção Americana e não reconhecer a jurisdição contenciosa da Corte IDH, que é cláusula facultativa da Convenção. Esse reconhecimento será feito por declaração específica para todo e qualquer caso (art. 62 da Convenção) ou mesmo para somente um caso específico. A jurisdição da Corte para julgar pretensas violações em face do Pacto de São José foi admitida, até o momento, por 21 Estados (inclusive o Brasil), entre os 23 contratantes do Pacto (Venezuela retirou-se da Convenção em 2012), exercendo a Corte IDH jurisdição sobre cerca de 550 milhões de pessoas. Apesar de ter ratificado e incorporado internamente a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, foi somente em 1998 que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos[11].

Quanto ao caso Ximenes Lopes, decidido em 2006, a Corte Interamericana condenou pela primeira vez o Brasil, por violações de direitos humanos. Além disso, foi o primeiro pronunciamento da Corte sobre violações de direitos humanos de portadores de sofrimento mental. Refere-se à morte do Sr. Damião Ximenes Lopes, portador de doença mental, ocorrida em 04/10/1999, e antecedida de tortura e maus-tratos enquanto estava internado em clínica filiada ao SUS, na cidade de Sobral, no Estado do Ceará.

A família da vítima recorreu à Justiça brasileira buscando indenização pelos danos em razão do tratamento cruel dispensado ao senhor Ximenes Lopes que resultou na sua morte. Todavia, diante do descaso deste Estado para com o fato, a irmã da vítima, Irene Ximenes, denun-

[11] RAMOS, André Carvalho, *in* Curso de direitos humanos, 4ed, São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 433.

ciou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ressaltando a violação de vários direitos elencados no Pacto de São José da Costa Rica, quais sejam: direito à vida, à integridade pessoal, garantias judiciais e proteção judicial.

Em outubro de 2003, a Comissão concluiu pela violação a vários artigos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, enviando relatório com recomendações ao Estado brasileiro, no sentido de investigar adequadamente o caso, além de indenizar a família da vítima, agindo para evitar situações semelhantes.

Decorrido um ano sem cumprimento substancial do que foi recomendado, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, requerendo que decidisse se o Brasil era responsável pela violação aos artigos 4, 5, 8 e 25, além do descumprimento da obrigação contida no artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) da Convenção. Em suma, a Comissão tinha por finalidade reconhecer a responsabilidade estatal pela morte de Damião Ximenes Lopes, bem como pelo descaso nas investigações e no Judiciário para punir os responsáveis.

Ao fim, em sentença proferida em julho de 2006, a Corte reconheceu a responsabilidade parcial do Estado brasileiro pela violação, em relação à vítima, aos artigos 1.1, 4.1, 5.1 e 5.2, e em relação a sua família, os artigos 8.1 e 25.1, do Pacto de São José da Costa Rica, condenando-o nos seguintes termos: à promoção, em tempo razoável, de investigação e punição dos envolvidos no fato, à publicação no Diário Oficial o teor da decisão da Corte, à realização de programas de capacitação profissional para servidores da área e, por fim, à indenização aos membros da família de Damião Ximenes Lopes, além do pagamento de todas as despesas que estes tenham realizado nos processos na Justiça Brasileira e no exterior.

Como visto nos exemplos acima trazidos, o Brasil foi condenado porque não respeitou o direito das vítimas. Neste cenário, de proteção às vítimas, fortalece-se a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional.

3. MARCO NORMATIVO NACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS VÍTIMAS

No cenário normativo nacional no tocante aos direitos das vítimas, dois momentos podem ser reconhecidos: antes e depois da Constituição Federal de 1988.

Anterior à atual Carta Magna brasileira, o Código de Processo Penal, já na sua redação original, trazia a vítima com capacidade processual a partir dos 18 (dezoito) anos (artigos 33 e 34[12]). Outro ponto de destaque também é a execução civil da sentença penal condenatória, que fixava alguma reparação do dano sofrido, sem necessidade de se ingressar como uma nova ação de conhecimento (artigo 63, *caput*[13]). Ainda, possibilita o ofendido a atuar como assistente do Ministério Público (artigo 268[14]), muito embora isso só lhe seja possível quando já em curso uma ação penal, não podendo participar da mesma forma na fase das investigações policiais, por exemplo. Há também a previsão do ofendido ser ouvido, em audiência de instrução, na ausência do réu, caso assim deseje (artigo 217).

Quanto ao Código Penal, já possui artigos atinentes às vítimas, antes mesmo da CF/88. Muito embora a preocupação maior desse instrumento legislativo fosse com a reparação dos danos, funcionando esta como condição para que o réu, salvo impossibilidade, pudesse receber *sursis* (art. 78, § 2º), livramento condicional (art. 83, IV) e reabilitação criminal (art. 94, III) e para o reconhecimento do arrependimento posterior como causa de diminuição da pena (art. 16).

Com a promulgação da Constituição de 1988, houve a inserção do

[12] Art. 33. Se o ofendido for menor de 18 anos, ou mentalmente enfermo, ou retardado mental, e não tiver representante legal, ou colidirem com os interesses deste com os daquele, o direito de queixa poderá ser exercido por curador especial, nomeado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, pelo juiz competente para o processo penal.
Art. 34. Se o ofendido for menor de 21 e maior de 18 anos, o direito de queixa poderá ser exercido por ele ou por seu representante legal.

[13] Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

[14] Art. 268. Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.

artigo 245[15] no cenário jurídico brasileiro, que prevê a necessidade de o poder público prestar assistência às vítimas de crimes dolosos e seus familiares, muito embora ainda não regulamentado até a presente data, este artigo produz seus efeitos em caráter principiológico, orientando uma preocupação de agenda institucional, o que reforça a obrigação constitucional que surge da relação jurídica entre o Estado e a vítima.

O grande marco que se tem após a CF/88 é a Lei nº 9.099/95 é Lei dos Juizados Especiais, que trouxe uma série de mecanismos de justiça penal consensual, como a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo, e a representação nos delitos de lesões corporais leves e culposas.

Ainda podem ser assinaladas outras inovações legislativas ocorridas no Brasil, que revelam influência desse novo olhar sobre a vítima: a Lei nº 9.249/1995, que criou causa extintiva da punibilidade de determinados delitos, decorrente da reparação do dano antes do recebimento da denúncia; a Lei nº 9.503/1997 (alterada pela Lei nº 9.602/1998) – Código de Trânsito Brasileiro, que instituiu a multa reparatória; a Lei nº 9.605/1998, que prevê a pena de prestação pecuniária e oferece incentivos para a reparação do dano; a Lei nº 9.714/1998, que alterou dispositivos do Código Penal e introduziu a pena de prestação pecuniária; a Lei nº 9.807/1999, que criou o Sistema Nacional de Proteção a Vítimas e Testemunhas, regulamentada pelo Decreto nº 3.518, de 20 de julho de 2000; a Lei nº 11.690/2008, que alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal; a Lei nº 11.719/2008, que determinou seja fixada, na sentença criminal, o valor mínimo para a reparação dos danos causados pelo crime.

O Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.719/2008, recebeu modificações para dar mais efetividade à resposta penal e proteção da vítima, com a previsão de indenização mínima em favor desta. Neste sentido, foram relevantes as alterações dos artigos 155 e art. 387, inciso IV do Código de Processo Penal. Por sua vez, a Lei de Execução Penal também ressalta que o trabalho do preso deve visar ao pagamento da reparação dos danos causados pelo delito (art. 29 da LEP).

[15] Art. 245. A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o poder público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito.

Quanto à reforma do CPP no ano de 2009, advinda pela Lei nº 11.960/08, que deu uma nova redação ao art. 201[16], que trata do ofendido no processo penal, trazendo ao mesmo os seguintes direitos:

- à informação, devendo ser comunicado do ingresso e saída do acusado da prisão, das datas de audiências, da sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou a modifiquem;
- a ter um espaço reservado antes do início da audiência e durante a realização da mesma. Destaca-se que muitas vezes a vítima se senta no mesmo corredor onde eventualmente está o réu que lhe fez o mal, havendo uma aproximação sem qualquer mínimo de mediação, estando a vítima ainda vulnerável, necessitando de uma efetiva atenção estatal;
- a atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a serem custeados pelo ofensor ou pelo Estado, buscando, assim, minorar os efeitos daquilo que lhe foi causado, afinal, por exemplo, toda mulher vítima de violência doméstica, se não for cuidada, tratada, há uma chance grande de escolher um outro parceiro agressivo, fazendo com que o trabalho não se atenha apena ao processo penal;
- à preservação da sua intimidade.

Já a Lei nº 11.900/2009, ao alterar o art. 185 do Código de Processo Penal, trouxe a possibilidade de interrogatório por videoconferência para impedir influência do réu no ânimo de testemunha ou vítima, desde

[16] Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)
§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

que não seja possível a ouvida delas por videoconferência. O ofendido necessita de acolhimento para minorar as consequências do trauma em razão do fato criminoso, com isso, é importante que a audiência não seja o palco para que o mesmo reviva toda aquela situação.

E, mais recentemente, no ano próximo passado, em 2019, houve o chamado "Pacote Anticrime", que, através da Lei nº 13.964, trouxe algumas inovações no processo penal em relação à vítima. Entre as quais, que a vítima seja intimada da decisão de arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, podendo manifestar discordância, ensejando revisão da decisão (art. 28, CPP[17]).

Ao comentar referido artigo legal, Nucci assevera que "a vítima foi valorizada no tocante ao arquivamento do inquérito, pois será alertada a respeito, podendo recorrer ao órgão superior do MP[18].

Importante ressaltar que essa disciplina nova do arquivamento no Processo Penal brasileiro foi suspensa por medida cautelar do STF, em decisão proferida pelo Ministro Luiz Fux (ADI 6305/DF) e, portanto, ainda não está vigente, embora a lei já tenha sido promulgada, aguardando a decisão do julgamento de mérito.

Outra inovação trazida pela citada lei nesta seara, diz respeito ao acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A[19], que se encontra

[17] Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

[18] NUCCI, Guilherme de Souza, *in* Pacote anticrime comentado: Lei 13.964, de 24.12.209 – 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020, p 58.

[19] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)
I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº (...)
§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vigência)

em pleno vigor, e, se trata de mais um mecanismo de justiça penal negociada no processo penal brasileiro.

Tal instituto prevê a reparação do dano como condição para que o acordo seja formulado (salvo impossibilidade de fazê-lo), como também a comunicação à vítima tanto da homologação do acordo quanto em relação ao seu descumprimento – na hipótese em que se inicia o processo penal.

Contudo, um mecanismo tão importante para desafogar o Judiciário, não trouxe para a vítima os holofotes necessários, haja vista que permite ao Ministério Público um acordo com o autor do crime sem que o ofendido participe, seja ouvido, narre sua versão e informe a melhor forma que mereça ser indenizado.

4. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A LEI 13.431/2017 – LEI DA ESCUTA PROTEGIDA

A Lei nº13.417, denominada também com Lei da Escuta Protegida, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, e reconhece os mesmos como sujeitos de direitos. Tal inovação legislativa advém da nova perspectiva de se criar uma cultura de atenção às vítimas, fomentando ações de acolhimento, informação, empoderamento e proteção aos ofendidos de delitos, para que recebam tratamento humanizado em todo o sistema de justiça criminal.

O instrumento atende também preceitos da Convenção sobre os Direitos da Criança adotada pela Assembleia Geral da ONU em 20 de novembro de 1989. É o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal. Foi ratificado por 196 países, tendo o Brasil o ratificado em 24 de setembro de 1990 (Decreto nº 99.710/90).

Dispõe o artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente:

> 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre

> todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.
>
> 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Comentando referido artigo, interessante ensinamento de André de Carvalho Ramos[20]:

> No art. 12, a Convenção confere à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o importante direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos com ela relacionados, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. Nesse sentido, o Estado deve proporcionar à criança a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, diretamente ou por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Tal instrumento visa garantir o direito de fala da criança e adolescente. Mais especialmente também, adveio a Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que resguarda os direitos da criança e do adolescente à livre expressão e participação – conforme sua idade e maturidade – em todos os processos judiciais ou administrativos que lhes digam respeito, reconhecendo a importância de prestar-lhes apoio e serviços de atendimento e proteção quando testemunharem ou forem vítimas de crimes. No aludido documento internacional, há convite para que os Estados-Membros elaborem suas legislações pertinentes e adotem procedimentos, políticas e práticas para crianças vítimas de crimes ou testemunhas em processos penais, o que foi seguido pelo Brasil ao apresentar a Lei nº 13.431 no ano de 2017, também em atendimento ao mandamento constitucional estabelecido no art. 227, que impõe aos Poderes Públicos o dever de assegurar os direitos da criança e do adolescente com prioridade absoluta sobre os demais. O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, em seu artigo 28, § 1o e 100, parágrafo único, inciso XII, assegu-

[20] RAMOS, André Carvalho. I*n: Curso de direitos humanos*, 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 206.

ra à criança e ao adolescente o direito de terem sua opinião devidamente considerada e de serem previamente ouvidos por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida.

Contudo, antes mesmo do advento da Lei da Escuta Protegida, a primeira experiência brasileira ocorreu no ano de 2003, na Comarca de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, por iniciativa do Juiz José Antonio Daltoé Cezar, titular da Vara da Infância e Juventude e também com competência criminal, que inseriu no cenário brasileiro uma nova maneira de ouvir crianças e adolescentes quando vítimas ou testemunhas de crimes relacionados a abuso sexual. Assim, através de videoconferência, juiz, promotor e defensor ficavam em uma sala do fórum e, em outra, a vítima ouvida por psicólogo, utilizando-se de um ponto eletrônico através do qual as perguntas eram passadas.

O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2010, editou uma Recomendação nº 33, para que os tribunais de justiça do país implementassem um sistema de depoimento vídeo gravado para as crianças e os adolescentes, o qual deveria ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática. Já após a entrada em vigor da Lei nº 13.431/2017, o CNJ apresentou a Resolução nº 299, no ano de 2019, regulamentando o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência previsto nela previsto.

A referida legislação trouxe duas modalidades de oitiva da criança ou adolescente vítima de violência:

> a) escuta especializada, que vem a ser o procedimento de entrevista sobre a situação de violência com criança e adolescente perante órgão de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade (art. 7º);
>
> b) depoimento especial, que se trata da oitiva perante a autoridade policial ou judiciária (art. 8º).

Na escuta especializada, o foco é a proteção. Por exemplo, o médico promove a oitiva com o intuito de saber para onde encaminhará a vítima,

se para o IML, a fim de realizar um exame complementar, ou, o Conselho Tutelar a escuta para averiguar quais as medidas protetivas devem ser aplicadas àquele caso. Não se busca, portanto, reconstruir historicamente os fatos para apurar eventual responsabilidade criminal, ao contrário do que ocorre no depoimento especial. Este, segundo regulamenta o art. 13, deve ser feito preferencialmente uma só vez, justamente para se evitar a revitimização.

É realizado como produção antecipada de provas, garantida a ampla defesa. É obrigatória sempre que a criança for menor de sete anos ou ocorrer violência sexual. Essa obrigatoriedade é em relação ao sistema de justiça e não ao ofendido, este tem a possibilidade de prestar seu depoimento diretamente ao juiz (art. 12, § 1º). Ainda, a criança e ao adolescente devem ser informados como será o procedimento de sua oitiva, quais são seus direitos, onde será realizado. Deve-se garantir o seu relato livre, com possibilidade de questionamentos complementares pelas partes e pelo juiz, com gravação em áudio e vídeo.

Importante destacar também que todo processo que haja depoimentos especial deve correr em segredo de justiça (art. 12, § 6º). É crime, inclusive, punível com pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, a violação do sigilo processual nesses casos de depoimento especial de criança e adolescente (art. 24).

Tem-se, assim, que o depoimento especial se apresenta como uma prova híbrida. Uma vez que não se trata apenas de um depoimento, mas também de uma prova pericial, podendo inclusive a defesa indicar um assistente técnico para acompanhar a abordagem realizada pelo psicólogo.

A lei inova e demonstra sua preocupação em evitar a revitimização e propõe uma reconstrução histórica dos fatos de maneira mais escorreita, possibilitando maior efetividade inclusive à ampla defesa – haja vista que o defensor acompanha "ao vivo" a produção da prova pericial, garantindo-se perquirir com maior precisão o que no plano fático teria ocorrido.

Desta maneira, vê-se que os institutos trazidos pela lei – escuta especializada e depoimento especial – apresentam um melhor acolhimento à vítima, devendo-se superar essa visão curta da intervenção penal do Estado unicamente direcionada à compreensão da resposta sancionatória dos delitos.

5. CONCLUSÃO

A lei 13.417/2017 avança no sistema de garantia de proteção às vítimas, quando, por exemplo, afirma que seja realizada a oitiva, preferencialmente, uma única vez, para se evitar que se sofra novamente e por diversas vezes reviva o fato delituoso, mas não trata de como devem ser feitas as perguntas, por exemplo.

Há uma necessidade de se criar protocolos de observância para a polícia, o Ministério Público e o Judiciário, a fim de que possa se dar validade à produção dessa prova sem fomentar as falsas memórias, a revitimização e ampliar o quadro já tão traumático e doloroso.

Desta maneira, urge a necessidade de se buscar alternativas para aperfeiçoar o nosso sistema de justiça, como técnicas para melhorar a oitiva, para cada vez mais dar maior espaço de participação e atenção da vítima no processo penal. Afinal, não pensar no nosso sistema como uma lógica de vingança da vítima, haja vista que o esta pretende é a proteção da lei. É importante construir uma ideia que, de uma maneira equivocada, acabou deixando a vítima afastada durante anos.

A política criminal atual do Estado precisa se orientar na busca de dar a importância especial às vítimas, uma vez que é seu dever atendê-las, devendo elas assumirem um papel de protagonismo justamente por serem elas as maiores merecedoras da preocupação da igualdade perante a lei, haja vista que já chegam ao processo em clara posição de desvantagem e vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 52.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 26 set. 2021, às 15h.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 9 dez. 2020, às 18h58min.

COMISSÃO INTERAMERICA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 95/03**. *In* Organização dos Estados Americanos. Disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm#:~:text=O%20caso%2011.289%20refere%2Dse,Santo%2C%20no%20Estado%20do%20Par%C3%A1>, acessado em 01 dez. 2020.

Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder - 1985. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%-C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%-C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>

NUCCI, Guilherme de Souza, *in* **Pacote anticrime comentado**: Lei 13.964, de 24.12.209. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 58.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Direito Penal**: parte geral: parte especial/Guilherme de Souza Nucci. 3. ed. rev. atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

RAMOS, André Carvalho, *in* **Curso de direitos humanos**, 4ed, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 428.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Manual de Processo Penal**/Fernando da Costa Tourinho Filho.13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPÍTULO DOZE

O DIREITO DIGITAL E AS IMPLICAÇÕES CRIMINAIS DECORRENTES DAS RELAÇÕES VIRTUAIS

DIGITAL LAW AND CRIMINAL IMPLICATIONS ARISING FROM VIRTUAL RELATIONS

RENATA SIMONETTI TEIXEIRA

Mestranda em Direito – FADISP. Pós-graduanda em Direito Civil e Processual Civil. Administradora e Assessora Jurídica de Desembargadora no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direito digital: novo ambiente ou novo direito? 2. Direito digital e a legislação de combate aos crimes Cibernéticos. 3. Os crimes cibernéticos e a eficácia no seu combate. Conclusão.

RESUMO: O Direito Digital é considerado um direito relativamente novo, instituído em meados dos anos 90, e que nasceu da necessidade de se regular questões surgidas com a evolução da tecnologia e a expansão da internet. Entende-se que o Direito Digital já extrapolou sua função de mera aplicabilidade de direitos pré-existentes em um determinado ambiente, para se transformar em um direito autônomo, ou ao menos, que está nascendo e começando a se desenvolver autonomamente. Com o surgimento de novos conflitos a serem regidos por esse novo direito, uma das primeiras movimentações legislativas brasileiras versaram sobre o crimes cibernéticos. Nesse contexto, o objetivo desse trabalho é analisar a normatização do Direito Digital, no que concerne aos crimes digitais, e verificar se são suficientes para assegurar a efetividade e a proteção desses direitos, atendendo aos anseios da coletividade.
Palavras-chave: Direito Digital. Novos Direitos. Legislação em crimes cibernéticos.

ABSTRACT: Digital Law is considered a relatively new law, established in the mid-1990s, and that was born from the need to regulate issues arising from the evolution of technology and the expansion of the internet. It is understood that Digital Law has already extrapolated its function from the mere applicability of pre-existing rights in a given environment, to become an autonomous law, or at least one that is being born and beginning to develop autonomously. With the emergence of new conflicts to be governed by this new right, one of the first legislative moves in Brazil dealt with cybercrime. In this context, the objective of this work is to analyze the regulation of Digital Law, with regard to digital crimes, and verify if they are sufficient to ensure the effectiveness and protection of these rights, meeting the wishes of the community.
Keywords: Digital Law. New Rights. Cybercrime legislation.

INTRODUÇÃO

A sociedade humana está cada vez mais desenvolvida quando o assunto é tecnologia. O avanço em comunicações, transportes, mídias, medicina, e outros campos da ciência, cresce assustadoramente. Quanto mais informações possuímos, mais conseguimos avançar em novas tecnologias, nos mais diversos setores.

Nesse sentido, o acesso às novas tecnologias em um mundo cada vez mais conectado têm garantido diversos avanços nas relações sociais e econômicas. Contudo, infelizmente, após tantas mudanças tecnológicas, nota-se um descompasso entre a legislação atual e os impactos efetivos que a tecnologia causa na vida das pessoas.

Desse modo, percebe-se que a legislação criada, nem sempre consegue acompanhar, com maestria, as demandas da era digital, exigindo que o poder judiciário, quando da análise dos casos concretos, perceba, não raramente, a existência de lacunas legislativas e, por consequência, atestando normas defasadas quando olhada sob a ótica de garantir os direitos digitais.

Assim, dentro desse cenário em que a legislação nem sempre consegue, de forma prática, ser aplicada com vistas a garantir os direitos dos indivíduos no campo digital, a criminalidade nesse "novo" ramo do direito só cresce. Os crimes cibernéticos são uma realidade, existindo várias novas espécies de crimes, sejam aqueles que só ocorrem no ambiente virtual, sejam outros já conhecidos e que ganham uma nova roupagem diante do avanço tecnológico.

Nesse trilhar, este trabalho se predispõe a analisar, inicialmente, o objeto de estudo do direito digital, verificando se este é um novo ramo do direito ou apenas bens jurídicos já conhecidos aplicados na seara virtual. Após, se analisará a legislação vigente no Brasil acerca da matéria, mais especificamente, no tocante aos crimes cibernéticos objeto de estudo deste artigo. Por fim, será abordado quanto a existência desses crimes, como eles se desenvolvem, e se os mecanismos usados hoje são capazes de enfrentá-los com o fito de atender às demandas sociais.

1. DIREITO DIGITAL: NOVO AMBIENTE OU NOVO DIREITO?

O início da era digital teve seu marco no ano de 1943, com a criação do chamado *Colossus*, construído na Universidade de Harvard nos Estados Unidos[1], com o objetivo de funcionar como decifrador de códigos de guerra, especificamente, mensagens alemãs, ou seja, não era um computador de uso geral e sim, especificamente, um decodificador de mensagens.

Desse modo, no ano de 1946, em plena segunda guerra mundial, foi construído o primeiro computador eletrônico, conhecido como ENIAC – Eletronic *Integratorand Calculator*[2], que, diferentemente do *Colossus*, era mais rápido, considerado de uso geral. A partir de então, os computadores abarrotam os escritórios, casas e até bolsos de paletó, pois estão cada vez menores e práticos, podendo ser de vários formatos e atendendo às necessidades das pessoas.

Outrossim, a ciência da computação, assim como muitas outras ciências, avançou muito, como já relatado alhures, propiciando à sociedade um novo ambiente para as pessoas interagirem. Desse encontro entre a computação e o direito com o a aplicação dessas novas tecnologias, temos um resultado com várias consequências jurídicas. Surge, portanto, um conjunto de aplicabilidades e relações jurídicas que precisam ser regradas a fim de dar o contorno e validade jurídica necessária à elas.

Nesse sentido, no entender de Marcelo C. Tavares Alves[3], se faz necessário validar tais ações no mundo virtual para que os no delitos possam ser impedidos, para que haja validade jurídica das informações, e que a não haja a ocorrência de "furtos" do conhecimento/manifestação, ou seja, violação de direitos autorais.

Todavia, para que se regulamente essas relações jurídicas que ocorrem virtualmente, imperioso verificar se estas seriam apenas a concretização de direitos já existentes e do conhecimento de todos, ou seja, que já ocorrem presencialmente e que agora poderiam existir no ambiente

[1] ROVER, Aires José. *Direito, sociedade e informática*: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000, p. 30.

[2] Ibdem, 2000, p. 30.

[3] ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. *Direito Digital*. Goiânia, 2009, p. 67.

virtual, ou se se trata de novos direitos decorrentes de um novo objeto de estudo e de novos bens jurídicos a serem tutelados.

Nesse trilhar, a professora Patricia Peck[4] traz em sua obra a ideia que o Direito Digital abarca todos os demais ramos do direito, sendo uma evolução do próprio direito, vejamos:

> O Direito Digital consiste na evolução do próprio Direito, abrangendo todos os princípios fundamentais e institutos que estão vigentes e são aplicadas até hoje, assim como introduzindo novos institutos e elementos para o pensamento jurídico, em todas as suas áreas (Direito Civil, Direito Autoral, Direito Comercial, Direito Contratual, Direito Econômico, Direito Financeiro, Direito Tributário, Direito Penal, Direito Internacional, etc.

Quanto a isso, percebe-se que, nessa linha de raciocínio da professora, o Direito Digital seria nada mais do que um direito que já existe, mas que agora, é aplicado dentro de um novo ambiente, qual seja, o virtual.

Poderíamos resumir, então, que não seria uma nova área de estudos, mas sim todas as demais áreas do direito já existentes e que, por motivos de possibilidades tecnológicas, passam a se integrar com as tecnologias modernas.

Contudo, não obstante tal posicionamento, em sentido contrário entende os autores Márcio da Cunha Guimarães e Gabriel Stagni Guimarães[5], quando, do artigo extraído da Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica, explicam que uma coisa é nós reproduzirmos em um ambiente (novo) o que já praticamos em outro ambiente (conhecido) e, outra bem diferente, é a existência de relações jurídicas que somente ocorrem neste novo ambiente virtual e cibernético.

Dessa feita, ainda que existam relações jurídicas em ambos os espaços, há algumas relações, assim como determinados bens jurídicos, que somente existem no ambiente virtual, e que para serem tutelados, devem ter previsão em ordenamentos jurídicos específicos, onde se exige posicionamento diferenciado do Estado para garantir estes direitos, sob pena de ocasionar a ineficácia das normas existentes.

[4] PECK, Patrícia. Direito Digital. 5.ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 38.

[5] Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 2, jul-dez 2017, p. 70-81. ISSN2526-6284.

É o que ocorre, por exemplo[6], nos crimes de sequestro de dados, em que os cibercriminosos se utilizam de um "*ransomware*", que é uma espécie de vírus de computador que, após conseguir contaminar a máquina desejada, por meio de criptografia, impossibilita o acesso à máquina já infectada, cobrando um valor em dinheiro (geralmente em moeda virtual) para liberar o acesso ao usuário.

Delineia-se, assim, que tal extorsão virtual, para os referidos autores, afeta um bem jurídico que não era tutelado anteriormente à era digital, qual seja, os dados pessoais dos indivíduos, o que se exige uma legislação específica.

Entretanto, se for realizada uma análise sob o posicionamento da professora Patricia, é possível notar que no Código Penal Brasileiro, já está previsto o crime de extorsão, devendo ser interpretado, no âmbito digital, com as peculiaridades que a área requer, mas que não deixa de ser o mesmo crime já previsto pelo legislador.

Assim, ainda que não haja uma interpretação pacificada quanto a autonomia do direito digital, o fato é que no Brasil, a ideia que prevalece é a de dois ambientes, sendo um presencial, regido por normas já conhecidas, e outro virtual, que em tese se exigira nova normatização.

Portanto, já há um número relativamente grande de legislações acerca do objeto de estudo do direito digital, abrangendo não apenas os crimes cibernéticos, como também matérias acerca da responsabilidade civil, contratos eletrônicos, provas processuais, direitos autorais, dentre outras que tenham a tecnologia como instrumento ou como estudo autônomo.

A bem da verdade é que, tal celeuma só tem relevância para os aspectos normativos, devendo se avaliar, na realidade, quanto à efetividade dessas normas, sejam as já existentes mas que se estendem ao direito digital, apenas havendo uma mudança na sua interpretação, sejam as novas que abarcam as peculiaridades da área.

[6] LISKA, Allan; GALLO, Timothy. *Ransomware (*Defendendo-se da Extorsão Digital). São Paulo: Novatec Editora Ltda., 2017, p. 77.

2. DIREITO DIGITAL E A LEGISLAÇÃO DE COMBATE AOS CRIMES CIBERNÉTICOS

Diante desse crescente fluxo de dados, a tecnologia da informação se mostra de extrema importância para nos auxiliar nessa nova realidade, seja na melhora da produtividade, dando mais eficiência às relações, seja na proteção estratégica de informações pessoais, empresariais e/ou governamentais.

Independentemente da discussão mencionada acima quanto a autonomia ou não do direito digital com os outros ramos do direito, o fato é que no Brasil, por se tratar de um país extremamente legalista, há um considerado número de leis vigentes que apontam para um problema patente, qual seja, o da defasagem das normas que versam sobre direito digital.

Nesse aspecto, a luta pelo Direito na área digital é, na verdade, a luta contra a obsolescência da lei antiga, cabendo à sociedade exigir hermenêuticas modernas ou leis modernas, consentâneas com as relações sociais praticadas pela internet e por meio de equipamentos digitais.

Para a professora Patricia Peck[7], a sociedade de direito institucionalizou o poder e deu ao ordenamento jurídico a tarefa de fazer a intermediação entre as atividades políticas e os valores morais, mediante uma fórmula tridimensional que consiste em Fato, Valor e Norma. O Direito Digital atua dentro destes conceitos, mas introduz um quarto elemento na equação: o Tempo. Torna-se, desse modo, um conjunto de estratégias que atendem a nossa sociedade digital e não mais apenas normas regulamentadoras.

Destarte, o elemento tempo no Direito Digital extrapola o conceito de vigência e abrange a capacidade de resposta jurídica a determinado fato. Ou seja, o conjunto "fato, valor e norma" necessita ter certa velocidade de resposta para que tenha validade dentro da sociedade digital[8].

Isto posto, a velocidade das transformações é uma barreira à legislação sobre o assunto, pois qualquer lei que venha a tratar de novos institutos jurídicos deve ser genérica o suficiente para sobreviver ao tempo e flexível para atender aos diversos formatos que podem surgir de um único assunto.

[7] PECK, Patrícia. Direito Digital. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 39.

[8] Ibdem 2007, p. 39.

Entretanto, ainda que haja um reconhecimento que a legislação no álea digital pode não abarcar os reais anseios da sociedade, justamente pela sua característica peculiar quanto à velocidade em que os fatos se modificam, no tocante aos aspectos constitucionais do direito digital, pode-se afirmar que ele está previsto de uma forma discreta no art. 220 da Constituição Federal, onde institui que "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição[9].".

Antes mesmo de se ter um código maior que abrangesse todas as questões digitais e que servisse como orientador de outras legislações, as questões acerca dos crimes cibernéticos já eram um problema mundial e precisavam de uma solução rápida. Assim, em 2001, foi aprovada a Convenção de Budapeste pelo Conselho da Europa.

A referida Convenção de Budapeste foi aprovada diante da necessidade de prosseguir, com caráter prioritário, uma política criminal comum, com o objetivo de proteger a sociedade contra a criminalidade no ciberespaço, em face das profundas mudanças provocadas pela digitalização, pela convergência e pela globalização permanente das redes informáticas.

Quanto a participação do Brasil nessa Convenção, este ainda não é signatário, tendo apenas, no final do mês de julho do ano de 2020, se preparado pra formalizar a sua adesão.

Noutro giro, foi alterado o Código Penal Brasileiro por força da Lei n.º 9.983/2000, que introduziu o crime de inserção de dados falsos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública (artigo 313-A) e também o delito tipificado como modificação ou alteração não autorizada daqueles sistemas (artigo 313-B).

Nesse caminho de mudanças legislativas, a mais conhecida e que também foi um marco no reconhecimento da necessidade de se tentar proteger, de forma mais efetiva, os crimes cibernéticos, foi a Lei n.º 12.737/2012, mais conhecida como "Lei Carolina Dieckmann".

Por conseguinte, a Lei Carolina Dieckmann entra no ordenamento jurídico de forma muito rápida e leva esse apelido por manter relação

[9] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1988.

com o episódio do furto de fotos íntimas do computador da supracitada atriz, a qual teve tais fotos divulgadas na internet[10], instituindo no Código Penal Brasileiro o artigo 154-A, cuja transcrição é necessária, vejamos[11]:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático de uso alheio, conectado ou não à rede de computadores, com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do usuário do dispositivo ou de instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
>
> § 1.º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.
>
> § 2.º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se da invasão resulta prejuízo econômico.
>
> § 3.º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 12.737, de 2012) Vigência Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> § 4.º Na hipótese do § 3.º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos.
>
> § 5.º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos;
>
> II - Presidente do Supremo Tribunal Federal;
>
> III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou
>
> IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal.

[10] Carolina Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera "justiça". G1, São Paulo. 14 maio 2012. Disponível em: Acesso em: 02 jun 2021.

[11] Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 02 jun. 2021.

> Art. 154-B. Nos crimes definidos no art. 154-A, somente se procede mediante representação, salvo se o crime e cometido contra a administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionarias de serviços públicos.

Aliás, a Lei n.º 12.737/2012 criou também um acréscimo ao artigo 266 do Código Penal, ao tipificar o delito de interrupção de serviço telemático ou de informação de utilidade pública ou dificultar o seu restabelecimento, introduzindo, ainda, no artigo 298, parágrafo único, do mesmo diploma legal, o delito de falsificação de cartão de crédito ou cartão de débito.

Nessa sequência, percebe-se que constitui crime o simples ato de invadir dispositivo alheio, desde que o agente haja com dolo de obter, adulterar ou destruir dados sem informações do titular, prevendo então a conduta dos criminosos que invadem dispositivo informático alheio, normalmente conectado à internet, assim considerados os (smartphones, computadores, tablets, ipads, ipods etc.).

Além disso, se observa que o termo "mediante violação indevida de mecanismo de segurança", e por mecanismo de segurança podem ser considerados (*antimalware,* backups, login/senha, certificado digital, *firewall*, entre outros).

Ademais, existem diversas possibilidades de invadir e infectar um equipamento, e a título de exemplo, ainda que o usuário execute um *malware* "camuflado" anexado ao seu e-mail, se configurará o crime, visto que existirá um vício de vontade (dolo) que faz o criminoso enganar o usuário, e o *malware* após instalado ainda irá burlar os mecanismos de segurança da máquina[12].

Ao final do tipo penal, "ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita" trata-se de mero exaurimento, mas ainda assim constitui uma finalidade específica de um ataque por *ransomware*. Uma das etapas é a instalação do programa, o qual irá modificar e explorar as vulnerabilidades do sistema para na etapa final, forçar a vítima a pagar um valor visando obter novamente o controle de seu sistema.[13]

---

[12] Brasil. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes cibernéticos / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília: MPF, 2018, p. 109.

[13] Ibdem, 2018, p. 109.

Quanto ao parágrafo primeiro, a conduta se ajusta perfeitamente à figura das organizações de cibercriminosos que disponibilizam os códigos maliciosos em fóruns de internet, terceirizando os ataques e cobrando um percentual sobre o valor recebido.[14]

No parágrafo terceiro, o legislador se preocupou com os ciberataques vinculados à espionagem industrial e governamental, tendo em vista que os ataques de *ransomware* geram grandes prejuízos, afetando a economia dos países, necessitando de uma proteção maior.

Uma grande crítica que a doutrina fazia ao art. 154-A, e que havia total razão, sempre foi no tocante às penas aplicadas aos cibercriminosos. O texto inicial, e que vigorava até maio de 2021, estipulava a pena-base para o delito cometido no caput do referido artigo, de 3 meses a um ano de reclusão e multa, o que se mostrava totalmente incompatível e ineficaz quando se olhava para os efetivos prejuízos que esses crimes causam na vida das pessoas.

Contudo, com o advento da Lei n.º 14.155/2021, se alterou as penas previstas no artigo 154-A para as mencionadas no trecho alhures, bem como incluiu o § 2.º-A e -B ao art. 171 do mesmo código, instituindo pena de reclusão de 04 a 08 anos e multa, se a fraude for cometida com a utilização de informações fornecidas pela vítima ou por terceiro induzido a erro por meio de redes sociais, contatos telefônicos ou envio de correio eletrônico fraudulento, ou por qualquer outro meio fraudulento análogo, prevendo a denominada fraude eletrônica.

Apesar da Lei n° 12.737/2012 ter adentrado em nosso ordenamento jurídico, o que se vê são ataques cada vez mais complexos, trazendo resultados desastrosos em diversos países, sem a devida identificação e punição desses cibercriminosos.

Percebe-se, então, que o problema é global e a constante evolução tecnológica trará novos desafios aos países, o que demonstra que, para que se combata de maneira efetiva os crimes cibernéticos, é necessário mais do legislações nacionais que se restringem apenas a tipificar os delitos e suas respectivas penas, tendo em vista que estas ajudam, mas não exaurem a questão, já que diferentemente dos crimes presenciais, os crimes cibernéticos não se limitam ao território de uma única nação.

14 Ibdem, 2018, p. 110.

3. OS CRIMES CIBERNÉTICOS E A EFICÁCIA NO SEU COMBATE

Alguns doutrinadores, de forma mais abrangente, como a professora Ivette Senise Ferreira[15], conceituam crimes virtuais como sendo "toda ação típica, antijurídica e culpável, cometida contra ou pela utilização de processamento automático de dados ou seu transmissão".

É de se verificar que há outras classificações[16], entre elas, as que destacam os crimes virtuais como "todos aqueles relacionados às informações arquivadas ou em trânsito por computadores, sendo esses dados, acessados ilicitamente, usados para ameaçar ou fraudar (...)", enfatizando os crimes contra o computador, de forma específica.

Contudo, embora os conceitos sejam diferenciados, o objeto será o mesmo, uma vez que envolvem o computador e os atos criminosos praticados contra ou por meio dele, levando-se em consideração que, a internet é um lugar propenso ao desenvolvimento de fraudes.

Depreende-se, então, que o crime eletrônico é, em princípio um crime de meio, isto é, utiliza-se de um meio virtual, e não de um crime de fim por natureza, ou seja, os crime cometidos por hackers, tentam de algum modo se enquadrar na categoria de extorsão, estelionato, fraude, entre outros. Isso quer dizer que o meio de materialização da conduta criminosa pode ser virtual, no entanto, o crime, em certos casos, pode ser presencial.

Desta maneira, a classificação dos cibercrimes podem ser em próprios, quando o sujeito ativo se utiliza diretamente de um computador para invadir um sistema informático e impróprios, quando o sistema tecnológico é utilizado como objeto e meio para a execução de um determinado crime, sendo a informática o bem jurídico a ser tutelado[17].

Nesse aspecto, nota-se que, diante do fato dos crimes cibernéticos terem esse viés dúplice, por assim dizer, diversos crimes podem ser listados, abarcando lavagem de dinheiro, uso ilegal de dados pessoais, es-

[15] FERREIRA, Ivette Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2000, p. 115.

[16] CORRÊA, Gustavo Testa. Aspectos Jurídicos da Internet. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 87.

[17] DAMÁSIO, Jesus de; MILAGRE, José Antônio. Manual de Crimes Informáticos. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 173.

telionato virtual, pedofilia, crimes contra a honra cometidos virtualmente, cyberbulling, entre outros.

Outrossim, para o cometimento de tais delitos, o direito digital possui uma característica que ao mesmo tempo que é uma qualidade, se utilizada com más intenções, se torna um mecanismo dos cibercriminosos, qual seja, o anonimato.

Para o direito digital, o IP do computador constitui uma forma de identificação virtual, ou seja, o anonimato na rede, em regra, é relativo, assim como as identidades virtuais podem não ter um correspondente de identidade real. Por analogia, seria o mesmo que ocorre quanto às contas de empresas fantasmas, cuja identidade física pode ser falsa.

Em que pese o fato de os crimes cibernéticos deixarem rastros, sabemos que os cibercriminosos também utilizam ferramentas para buscar o anonimato em suas ações. Um exemplo da utilização do anonimato para cometimento dos delitos cibernéticos, é o uso do navegador TOR, um dos mais utilizados para acessar a deep web para a prática de crimes. Ele mascara o IP original e a localização, embaralhando as informações e dificultando a identificação.

Assim, ao enviar uma mensagem, ela passa não por apenas uma, mas por inúmeras máquinas até chegar ao destinatário. O objetivo é dificultar o acesso indevido ao computador, confundindo quem tenta invadir a sua privacidade para ter acesso às suas informações[18].

Com isso, conforme mencionado acima, a internet acaba por se tornar um ambiente propício para o cometimento de crimes, e que, partindo desse contexto, a título de exemplo, delitos como de lavagem de dinheiro, perdem seu aspecto primário, das passagens bíblicas[19], para atingir um grande contingente de transações, bancárias ou não, conectadas a diferentes redes de pessoas, de maneira transnacional.

Desta forma, as práticas delitivas ligadas ao crime de lavagem de dinheiro se aperfeiçoaram, abrangendo um rol não taxativo de sujeitos ati-

[18] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes cibernéticos / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018, p. 101.

[19] BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição, 2013, p. 59.

vos, estes que não incluem somente os chefes de máfias nacionais, mas sim, os (cyber) terroristas, *crakers*, narcotraficantes, estes que são considerados os principais atores na manutenção do crime organizado transnacional[20].

A partir deste contexto, observa-se o poder das organizações criminosas na detenção de tecnologias, especificamente, para a lavagem de dinheiro por meio da internet, uma vez que possuem a sua disposição pessoal capacitado para pôr em prática o uso de tecnologias "high-tech" com intuito de facilitar invasões a sistemas ou até mesmo de quebrar fontes criptografadas.

É sob esse prisma que se deve ter um olhar mais crítico sobre o posicionamento do Estado. Um dos maiores problemas jurídicos dos crimes virtuais é o despreparo da polícia investigativa e a transnacionalidade para o cometimentos desses delitos.

A dificuldade encontrada pelas autoridades na apuração dos crimes cibernéticos está na característica transnacional destes, havendo grande obstáculo na obtenção de provas ou indícios, tendo em vista não haver uma legislação unificada, considerando-se a soberania dos países. Diante da inexistência de poder coercitivo na esfera internacional, os países estabelecem tratados internacionais e acordos de cooperação. Nessa atuação, há necessidade de uma combinação entre os tratados, os princípios do direito internacional e a legislação que regulamenta as empresas privadas que atuam na internet.[21]

A professora Patrícia Peck Pinheiro[22] alerta também que, em que pese o fator transnacionalidade ser um problema, alguns dos motivos mais comuns para a dificuldade em se investigar esses delitos são: a falta de recursos dos policiais e a falta de conhecimento do usuário.

> Dois motivos norteiam o problema no combate aos crimes dessa natureza: a) a falta de conhecimento do usuário, que, dessa forma, não passa às autoridades informações relevantes e precisas; e b) a falta de recursos em geral das autoridades policiais. [...] O Direito Digital traz a obrigação de atualização

[20] CALLEGARI, André Luís. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 152.

[21] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes cibernéticos / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018, p. 104.

[22] PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 227.

> tecnológica não só para advogados e juízes, como para delegados, procuradores, investigadores, peritos e todos demais participantes do processo.

Assim, percebe-se que os dois principais fatores de sucesso dos ciberataques é a exploração das vulnerabilidades do usuário final e a ausência de mecanismos hábeis a conseguir rastrear os ataques.

Nesse sentido, o combate aos diversos crimes praticados na grande rede mundial de computadores deve observar diversos fatores, entre eles o aspecto jurídico, quanto à eventual necessidade de autorização judicial, e o técnico, no que tange aos equipamentos e à capacitação dos profissionais envolvidos nesse mister[23].

Essa mudança de postura é necessária para que tenhamos uma sociedade digital segura, caso contrário, coloca-se em risco o próprio ordenamento jurídico. O maior estímulo aos delitos virtuais é dado pela crença de que o meio digital é um ambiente marginal à realidade, um submundo em que a ilegalidade impera. Essa postura permeia à sociedade, que não sente que o meio onde são praticados os crimes é suficientemente vigiado e que eles são punidos.

Mais à frente em seu texto, Pinheiro[24] retoma a temática:

> O conjunto norma-sanção é tão necessário no mundo digital quanto no real. Se houver essa falta de crédito na capacidade punitiva da sociedade digital, os crimes aumentarão e os negócios virtuais serão desestimulados. Muitas pessoas que não cometem crimes no mundo real por medo de serem pegas, acabam, de algum modo, interessando-se pela prática delituosa virtual.[...] Esses crimes tem um traço cultural que se aproxima do vandalismo.

Portanto, a adequada manipulação da Internet e de todas as tecnologias modernas, pela polícia e pelo Poder Judiciário, se tornaria uma ferramenta poderosa para a descoberta de redes criminosas que atuam no mundo real e utilizam como meio de comunicação o mundo virtual.

---

[23] BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes cibernéticos / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF, 2018, p. 100.

[24] PINHEIRO, Patrícia Peck. Direito Digital. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

CONCLUSÃO

No presente estudo, pôde-se discorrer sobre a complexidade dos avanços tecnológicos, seus reflexos na vida social atual e como isso propiciou o aparecimento de novas condutas criminosas, bem como de velhos tipos penais que ganharam novas roupagens.

Percebe-se que a discussão acerca da existência de legislação sobre a matéria torna-se apenas a ponta do iceberg, uma vez que se demonstrou o quão incompatível é a velocidade em que a tecnologia avança, quando comparada ao processo de criação da norma. O legislador brasileiro segue tentando adequar as demandas sociais da área tecnológica às suas normas, ainda que não sejam efetivamente eficientes.

Todavia, ainda que se perceba que as normas acerca do direito digital têm um grande desafio, qual seja, manterem-se eficazes no tempo, já constam diversos dispositivos previstos no ordenamento jurídico regendo a matéria, o que possibilita que certas condutas sejam previstas e rechaçadas com mais vigor, afinal, ainda que a norma seja defasada, ela existe e prevês os tipos penais, possibilitando ao Estado que os reprima.

Aproveitando-se da rapidez tecnológica e da lentidão burocrática dos órgãos repressivos governamentais, organizações de cibercriminosos se estruturaram e passaram a movimentar vultuosos valores com a condutas perpetradas no presente estudo.

Assim, viu-se que com o advento da internet e das novas tecnologias ligadas à comunicação e ao transporte de dados, inaugurou uma nova era para criminalidade, porque o mundo eletrônico permitiu a ocorrência de novos tipos penais que utilizam o meio digital para sua ocorrência.

Esses crimes possuem características específicas que, ao mesmo tempo, facilitam a materialidade dos delitos, dificultam sua investigação como, por exemplo, a transnacionalidade dos crimes interligada à alta tecnicidade de proteção dos dados utilizados pelos crakers.

Porém, esse binômio de "anonimato e segurança" não pode ser considerado, de fato, absoluto quando falamos de tecnologias. Se por um lado, os cibercriminosos se utilizam de técnicas não legalizadas de lavagem de dinheiro, por outro, existem meios possíveis de se rastrear essas atividades.

A grande questão é que esses meios de rastreio, ainda que existam e que sejam utilizados por entidades estatais internacionais para suas investigações, ainda exercem tem aplicabilidade muito lenta quando comparados com o movimento realizado pelos cibercriminosos.

O fato é que a afirmativa de que não se tem legislação suficiente para abarcar todas as demandas da matéria, não é de um todo correta, uma vez que verificou-se que há outros problemas acerca do tema, devendo se olhar para a estrutura da polícia brasileira, o conhecimento do usuário diante dos delitos e a transnacionalidade destes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Marcelo de Camilo Tavares. **Direito Digital**. Goiânia, 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro: Aspectos Penais e Processuais Penais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª Edição. 2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 2. Crimes cibernéticos / 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, Criminal. – Brasília : MPF. 2018.

CALLEGARI, André Luís. **Direito penal econômico e lavagem de dinheiro**: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet.** São Paulo: Saraiva, 2000.

DAMÁSIO, Jesus de; MILAGRE, José Antônio. **Manual de Crimes Informáticos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 02 jun. 2021.

FERREIRA, Ivette Senise. **A criminalidade informática**. In: LUCCA, Newton de, SIMÃO FILHO, Adalberto. Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2000.

LISKA, Allan; GALLO, Timothy. **Ransomware (Defendendo-se da Extorsão Digital)**. São Paulo: Novatec Editora Ltda., 2017.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Revista de Direito Internacional e Globalização Econômica. Vol 1, nº 2, jul-dez 2017, p. 70-81. ISSN2526-6284.

ROVER, Aires José. **Direito, sociedade e informática**: limites e perspectivas da vida digital. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

SEXTA PARTE

OUTROS TEMAS

CAPÍTULO TREZE

A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

THE RESTORATION JUSTICE AND THE PUBLIC MINISTRY

ÁUREA EMÍLIA BEZERRA MADRUGA DE OLIVEIRA
Mestranda pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Promotora de Justiça do Estado do Piauí. E-mail: aureaemilia@mppi.mp.br

SUMÁRIO: Introdução. 1. Entendendo o fenômeno da justiça restaurativa. 2. O pensamento restaurativo 3. O ministério público e a justiça restaurativa. Conclusão.

RESUMO: A Justiça Restaurativa ressurgiu nos anos 70, com análise sobre as sociedades indígenas e tradicionais em países da Nova Zelândia e Canadá, verificando que a forma básica de resolução de conflitos entre os membros destas comunidades não eram a partir de uma punição dos culpados, mas sim de uma composição entre os membros dessas comunidades. Passando pelos conceitos da Justiça Restaurativa, do Ministério Público e do sistema judiciário como um todo e, especificamente, pela atuação do *Parquet* perante o instituto da justiça restaurativa, o presente estudo busca entender sistematicamente tal fenômeno e sua aplicação no dia a dia ministerial. O percurso metodológico do estudo em questão se ampara na observação pessoal da pesquisadora, recorrendo-se ao método de análise de conteúdo. O estudo revela que o Ministério Público como instituição deve adotar um pensamento sistêmico para que seus membros façam uso sempre do método mais adequado para tratar de forma ampla cada conflito. O Promotor de Justiça deve superar a perspectiva meramente processual e demandista de atuação, atuando de forma integrada e em rede, nos mais diversos níveis (local, regional, comunitário), ocupando novos espaços e, quando viável, buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas das resoluções das questões que lhe são postas.
Palavras-chave: Sistema judiciário. Política. Consenso. Conflitos. Punição.

ABSTRACT: Restorative Justice reappeares in the 70s, with na analysis of indigenous and traditonal societies in New Zealand and Canada, verifying that the basic formo f conflict resolution between the members of these communities was not based on the punishment of the guilty, but rather of a composition among the members os these communities. Passing through the concepts of Restorative Justice, the Public Ministry and the judiciary system as a whole adn, specifically, the performance of Parquet before the instute of restorative justice, this study seeks to systematically understand this phenomenon and its application in the daily ministerial. The methodological path of the sutdy in question is supported by the researcher's personal observation, using the methof os contente analysis. The study reveals that the Public Ministry as na institution must adopt a systemic thinking so that its members Always use the most appropriate method to broadly address each conflict. The Public Prossecutor must overcome the merely procedural and

demanding perspective of action, acting in na integrated and networked manner, at the most diverse levels (local, regional, community), occupying new spaces and, When feasible, seeking a judicial solution after exhaustion al the political and administrative possibilities of the resolutions of the questions that are put to it.
Keywords: Judiciary system. Politics. Consensus. Conflicts. Punishment.

INTRODUÇÃO

O movimento pela Justiça Restaurativa é de força internacional e tem como proposta, acima de tudo, a promoção de uma transformação das formas de resolução de conflitos regularmente utilizadas, substituindo a lógica das respostas retributivas, ou seja, focadas na punição, para uma lógica restaurativa.

Com início em épocas ancestrais, a Justiça Restaurativa ressurgiu nos anos 70, com análise sobre as sociedades indígenas e tradicionais em países da Nova Zelândia e Canadá, verificando que a forma básica de resolução de conflitos entre os membros destas comunidades não eram a partir de uma punição dos culpados, mas sim de uma composição entre os membros dessas comunidades. A partir dessas experiências, questionou-se se essa lógica poderia ser trazida para a sociedade contemporânea, dando início a uma das primeiras iniciativas concretas de uma alternativa ao sistema de justiça criminal.

Nesse sentido, sob essa ótica contemporânea, em 1974 nasceu a Justiça Restaurativa, em uma cidade do interior do Canadá, diante de um caso de dano à propriedade de vinte e duas pessoas, cometido por dois adolescentes embriagados, no qual um agente penitenciário sugeriu ao juiz da causa que, ao invés desses jovens serem detidos na cadeia local, deveriam pedir desculpas às suas vítimas e, assim, consequentemente, fariam com que os adolescentes tivessem responsabilidades sobre os seus atos e entendessem a dimensão do dano causado aos ofendidos.

Sendo assim, segundo Saliba:

> a Justiça Restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente

> em diversos sistemas sociais e comunitários. Na modernidade, o Estado, dentro da estrutura atual, foi concebido deitando suas raízes em Hobbes, Rousseau e Locke e a concentração da resolução dos conflitos com a razão iluminista, sepultou qualquer forma de resolução de litígio por método não científico.[1]

Desta maneira, a Justiça Restaurativa pode ser vista como um processo através do qual as partes envolvidas no delito resolvem, de forma coletiva, como enfrentar suas consequências imediatas e suas implicações futuras, sendo difícil resumir a mesma a isso, nem pensar nela como uma teoria ou uma técnica pré-definida, e sim como um modelo aberto orientado pelos propósitos que visa cumprir e um guia de princípios de questionamentos que devem anteceder a resolução de conflitos no sistema penal.

1. ENTENDENDO O FENÔMENO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O ponto de partida para quem propõe a Justiça Restaurativa é simples: para saber como lidar com o problema do crime, é necessário saber como esse fenômeno se dá concretamente. Mylénne Jaccoud revela que, em suas primeiras aparições no cenário jurídico, a justiça restaurativa se apoiava no princípio de uma redefinição do crime:

> O crime não é mais concebido como uma violação contra o Estado ou como uma transgressão a uma norma jurídica, mas como um evento causador de prejuízos e consequências. Uma tendência relativamente recente no decorrer da Justiça Restaurativa propõe reconstruir a noção de crime, especificando que o crime é mais que uma transgressão para uma norma jurídica.[2]

Historicamente, com a expropriação do conflito pelo Estado, este passou a se envolver e assumiu o papel de representante da vítima. Embora essa ideia seja salutar, principalmente em casos de hipossuficiência do ofendido, ao longo do tempo, configurou-se mais uma substituição do Estado para com a vítima, relegando esta a um mero instrumento de prova.

[1] SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça restaurativa e paradigma punitivo, p. 146.

[2] JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. *Justiça restaurativa*, pp. 70-71.

Assim, como a vítima passou a ser um ente difuso e generalizante, representado pelo Ministério Público, a vítima da "vida real" normalmente tem as suas dores e os seus traumas esquecidos, com suas opiniões, expressões e prioridades alijados de todo o processo penal, deixando, portanto, de ser a protagonista sobre a resolução de um problema que era seu.

Percebe-se que, no âmbito de um processo penal, muitas vezes a atuação eminentemente retributiva-punitivista, ela se foca exclusivamente no ofensor, objetivando a responsabilização, esquecendo-se de quem efetivamente sofreu com a ação delituosa.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa propõe justamente uma retomada do protagonismo dessas partes em um processo de resolução de conflitos, pensando em uma alternativa às formas tradicionais do sistema penal, ou seja, pensando em algo além da punição, como a reparação e a composição, auxiliando a restaurar as relações interpessoais, humanizando todos os envolvidos, inclusive com reforço nas relações comunitárias e no respeito às regras dessa comunidade.

Com isso, a Justiça Restaurativa parte de três premissas básicas: 1) o processo deve se focar no dano cometido, sendo centrais as preocupações com aqueles que estavam diretamente envolvidos no conflito; 2) o cometimento de crimes necessariamente gera obrigações entre o autor e a vítima, ou entre o autor e a comunidade ao qual ele pertence; 3) o melhor resultado será atingido mediante a participação ativa dos envolvidos, sendo um dever promover o engajamento e a participação das partes interessadas no processo, a fim de que se possa atingir os seus objetivos.

Nesta seara, há de se questionar qual a base constitucional brasileira que se apresenta ao Ministério Público para atuar no âmbito da Justiça Restaurativa, em um sistema jurídico caracterizado pela legalidade e hierarquia.

Ao longo dos anos, verificou-se que só o sistema penal não basta e, após a Constituição Federal de 1988, a missão do Ministério Público e suas funções se tornaram algo que requer mudanças de postura na instituição, haja vista que passou a ser defensor de direitos, não devendo ter preocupações apenas com a punição criminal, devendo, inclusive, trazer questionamentos internos na instituição sobre a utilidade do paradigma punitivo.

A prática da Justiça Restaurativa tem se expandido em todo o país, por mostrar uma técnica de solução de conflitos mais eficaz e de maior celeridade, com resultados positivos, diante da crescente diversificação de demandas que nem o Poder Judiciário, nem o Ministério Público, nem as demais instituições, têm condições de solucionar a curto prazo.

O paradigma atual do Ministério Público Brasileiro é baseado na racionalidade penal moderna e vem sendo construída desde o Século XXVIII, e o Direito Penal Moderno e traz como consequências dois pontos: tudo o que é infração a uma norma penal merece ser punido e toda sanção deve infligir um tipo de dor, sofrimento, como, por exemplo, a privação de liberdade.

A pergunta que se faz no atual contexto é se o sistema tradicional de justiça está sendo satisfatório para a sociedade. A pessoa que sofre os danos de uma conduta criminosa está satisfeita? Os ofensores, que são as pessoas que causam esses danos ou cometem esses crimes estão satisfeitas? As redes de apoio, as famílias das vítimas e dos ofensores, a comunidade estão satisfeitos com o sistema formal de justiça?

Em uma pesquisa realizada no ano de 2012, pela Escola de Direito da Fundação de Getúlio Vargas, o Poder Judiciário segue como uma das instituições que têm a menor confiança da população no Brasil, conforme mostra o Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil). De acordo com a pesquisa, realizada com cerca de 3,3 mil pessoas, 90% dos brasileiros consideram a Justiça morosa e 82% a consideram cara. Outros 64% dos entrevistados acreditam que o Judiciário é desonesto e 61% o enxergam como nada ou pouco independente. Além disso, 64% dos ouvidos acham a Justiça "difícil" ou "muito difícil" de acessar.

O ICJBrasil também atribui notas para o desempenho do Judiciário. Numa escala de 0 a 10, a nota geral foi 5,5. A pontuação é baseada em dois subíndices: o de comportamento, que analisa se os cidadãos, quando enfrentam problemas, procuram soluções na Justiça, e o de percepção, que apura o sentimento da população em relação a celeridade, honestidade, neutralidade e custos. No primeiro requisito, a nota foi 8,7. No segundo, 4,1.

Por outro lado, quanto ao Ministério Público e a Justiça Restaurativa, ainda não há uma pesquisa sobre o interesse dos membros sobre esse novo paradigma, mas quanto aos magistrados brasileiros, em uma pesquisa

realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, no ano de 2018, intitulada "Quem somos – A Magistratura que queremos"[3], 83,1% dos Juízes de 1º grau afirmaram que se deve estimular a Justiça Restaurativa, 83,3% dos Desembargadores também concordaram, o mesmo se repetindo com 82,2% dos Ministros dos Tribunais Superiores. Até os magistrados inativos, ou seja, aqueles que já deixaram a atividade, 84,3% confirmaram a necessidade de se pensar em algo novo para a Justiça Brasileira.

Afinal, tem-se visto que o paradigma penal tradicional – essencialmente retributivo e punitivo – não atende, na maioria dos casos, os reais interesses e necessidades das pessoas envolvidas em um conflito de caráter penal. E isso não é de hoje nem acontece apenas na sociedade brasileira.

Então, com base nessa insatisfação quanto ao sistema tradicional do Judiciário, em 1974, no Canadá, mais precisamente na comunidade de Elmira, localizada na província de Ontario, dois jovens que realizaram atos de vandalismo tiveram um desfecho diverso do que se esperava. Isso se deve porque a comunidade local, à época, através de um oficial que exercia suas funções junto ao sistema formal de Justiça, convenceu o magistrado do caso a atuar de forma diferente: promover encontros dos referidos jovens com as respectivas vítimas, oportunidades em que estas relaram seus danos, suas necessidades e o que era necessário para se seguir adiante. Seguindo o sistema formal, os jovens seriam levados ao Judiciário, através do consequente processo criminal, e, provavelmente, ser-lhes-iam aplicada alguma medida com caráter sancionatório. Tal acontecimento foi considerado o marco zero do movimento contemporâneo:

> O uso intencional e programado de um processo restaurativo costuma ter, como marco inicial, o 'Caso Elmira', no Canadá, identificado como o primeiro caso de mediação penal vítima-ofensor-MVO. Trata- -se de caso acontecido em 1974, no pequeno povoado de Elmira, em Kitchener, na província de Ontário, no Canadá, quando dois adolescentes saíram às ruas e, com atos de vandalismo, danificaram mais de vinte carros, além de casas e lojas. Mark Yantzi, membro de uma igreja menonita e voluntário no programa de *probation* daquela localidade, cansado da ausência de resposta efetiva do Estado para a infração juvenil, sugeriu ao diretor de *probation* e ao juiz do caso que, ao invés de uma sanção, aqueles infratores assumissem suas responsabilidades perante

[3] https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf

> as vítimas. Quando as autoridades, enfim, aceitaram a sugestão, os jovens, sob a supervisão do próprio Mark Yantzi, com apoio da comunidade, foram até as residências e locais de trabalho das vítimas, admitiram a responsabilidade pelos danos e fizeram um acordo para restituir todas as perdas, acordo este que, em poucos meses, foi cumprido.[4]

Assim, nasceu o primeiro programa da fase contemporânea da Justiça Restaurativa chamado VORP (Victim Offender Reconciliation Program). Tratava-se de um Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor, que promovia encontros, mas não recebiam ainda a denominação de atividade da Justiça Restaurativa, mostrando que seu início foi marcado mais pela prática que pela teoria. Já no seu início contemporâneo, muito antes de receber essa denominação, Justiça Restaurativa já veio para atender as necessidades das pessoas afetadas por aqueles atos criminosos, ou seja, atender as necessidades das vítimas. Uma visão de justiça, portanto, com foco nas necessidades.

Verificou-se, então, a necessidade de voltar a vítima para a solução do conflito que lhe causa sérias repercussões, afetando-lhe diretamente. Ao longo do tempo, a vítima foi a grande perdedora, sem qualquer protagonismo, servindo apenas como mero meio de prova.

> Diante de tudo isso, seria mais lógico que as vítimas estivessem no fulcro do processo judicial, e que as suas necessidades fossem o foco central. Seria de supor que as vítimas tivessem alguma ingerência sobreas acusações que são feitas, e que suas necessidades seriam levadas em consideração no desenlace final do caso. Seria de se esperar que, ao menos, elas fossem informadas de que o infrator foi identificado, e sobre as demais fases do processo penal. Mas na maioria dos casos pouco ou nada disso acontece. Elas não podem influenciar em nada o modo como o caso será decidido. Com frequência, as vítimas são levadas em consideração apenas quando são necessárias como testemunhas. (...) As vítimas ainda continuam prioridades periféricas no processo judicial. Elas são as notas de rodapé do processo criminal.[5]

Assim, com base na importância de se enxergar a vítima e suas necessidades e seus sentimentos, em uma busca de reparação não apenas

[4] Justiça restaurativa na prática [recurso eletrônico]: no compasso do Ciranda / Fernando Gonzaga Jayme, Mayara de Carvalho (coord.). – Belo Horizonte: Del Rey, 2018, pág.16.

[5] ZEHR, Howard, Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo; São Paulo: Atlas, 2008, pág. 35.

material, mas também integral, foi dado o nome de Justiça Restaurativa a esse movimento.

> A Justiça Restaurativa vê o crime primordialmente como um dano causado a pessoas e comunidades. Nosso sistema jurídico, com seu foco em regras e leis e sua visão de que o Estado é a vítima, muitas vezes perde de vista essa realidade. Preocupado em dar aos ofensores o que eles merecem, o sistema jurídico considera as vítimas, na melhor das hipóteses, como uma preocupação secundária do processo penal. Mas na Justiça Restaurativa, ao colocar o foco no dano, surge uma preocupação inerente com as necessidades da vítima e o seu papel no processo. Portanto, para a Justiça Restaurativa o "fazer justiça" começa na preocupação com a vítima e suas necessidades. Ela procura, tanto quanto possível, reparar o dano – concreta e simbolicamente. Essa abordagem centrada na vítima requer que o processo judicial esteja preocupado em atender as necessidades da vítima, mesmo quando o ofensor não foi identificado ou detido. É importante também oferecer àqueles que sofreram danos a oportunidade de definirem suas necessidades, ao invés de tê-las determinadas por outros ou pelo sistema.[6]

Logo, tem-se que as necessidades da vítima são o ponto de partida da Justiça Restaurativa. Isso não quer dizer que ela não se preocupe em atender as necessidades do ofensor, para transformar aquela realidade, bem como se preocupa em atender as necessidades da comunidade.

Nesta visão, não pode o Ministério Público, portanto, ser deixado de lado ou não assumir uma postura de protagonismo no cenário da Justiça Restaurativa. O membro do Parquet não pode se distanciar das vítimas de crimes e não deve vê-las mais como pessoas que vão fornecer informações probatórias no processo penal. Necessário que se importe com a vítima não para o fomento da vingança, mas para compor o conflito e atenda os seus anseios, restaurando no ofendido a confiança no sistema de justiça criminal.

2. O PENSAMENTO RESTAURATIVO

A Resolução nº 12 de 2002, elaborada pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas é tido como o marco normativo internacional da Justiça Restaurativa e afirma que a mesma

[6] ZEHR, Howard, Justiça Restaurativa, São Paulo: Palas Athena, 2015, pág. 38.

> evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades, percebendo que essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade", conforme trecho exposto do seu preâmbulo[7].

Assim, satisfazer vítimas, ofensores e comunidades é o tripé fundamental do pensamento restaurativo. Com isso, tal pensamento requer, no mínimo, que os danos sofridos pela vítima e suas necessidades sejam cuidados, que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aqueles danos, e que vítimas, ofensores e comunidade sejam envolvidos nesse processo.

Sob esse foco, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 225 [8], de 2016, definiu a Justiça Restaurativa de forma completa, conforme dispõe o seu art. 1:

> Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:
>
> I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;
>
> II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

[7] https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf

[8] https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289

> III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

Importante destacar que a Justiça Restaurativa não é incompatível com o sistema formal de justiça nem tampouco busca eliminá-lo, tanto que pode ser aplicada de madeira diversória ou paralela.

Outrossim, a Justiça Restaurativa não é contrária às penas ou às medidas sócio-educativas, ainda que impliquem em privação de liberdade. O que se propõe é que quando houver situações como essa, que seja feito de maneira mais restaurativa possível.

Ademais, importante destacar que para que haja práticas restaurativas, o ofensor deve ter assumido a sua participação no fato criminoso, haja vista que não se investiga culpa nesta seara, fazendo-se necessário, portanto, o prévio reconhecimento por parte do ofensor. A investigação da culpa é função do processo formal de justiça.

Ainda, a Justiça Restaurativa não se resume a um programa ou um método, como conferências, mediações, círculos etc. A própria Resolução da ONU já citada (12/2002) diz que a Justiça Restaurativa traz medidas para complementar os sistemas formais de justiça dos países membros da ONU. Já a Resolução nº 225 do CNJ afirma que "a aplicação do procedimento restaurativo pode acontecer de forma alternativa ou concorrente com o processo forma de justiça".

Diante disso, percebe-se que a Justiça Restaurativa vem ganhando força ao longo do tempo dentro do sistema Judicial, deixando de ser uma mera indicação, mas sim, visto como algo com potencial de resolver os litígios de forma efetiva. Desta forma, busca-se cada vez mais um resultado restaurativo para os processos, que refaça vínculos outrora danificados, recupere vítimas e ressocialize ofensores. Os litígios judiciais cada vez mais deixam ser vistos como números a serem despachados, mas sim, como seres humanos feridos que precisam de ajuda para se reinserirem da melhor forma possível na sociedade.

Sobre os métodos da Justiça Restaurativa, a aludida Resolução da ONU já apresentava, em 2002, os seguintes: mediação, conciliação, confe-

rência e círculos (na seara penal, inclusive). Atualmente, a mediação entre vítima e ofensor já não mais recebe esse nome, e sim "encontro vítima-ofensor", "diálogo vítima-ofensor", porque a mediação prevista na legislação brasileira, a exemplo do que prevê o Código de Processo Civil, não é considerado um método de Justiça Restaurativa.

A conferência pressupõe a participação da comunidade, que pode ser a do local do fato como também das famílias dos envolvidos diretamente com o crime e/ou fato danoso. Há ainda os círculos de construção de paz, sendo estes os métodos mais utilizados no Brasil.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO E A JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Constituição Federal de 1988, em seu preâmbulo, afirma que o Brasil é comprometido com a solução pacífica das controvérsias[9]. Tem-se, portanto, que um processo pacífico se consegue pelas autocomposições e isso deve ser buscado por todos os atores, mais ainda pelo Ministério Público. Essa visão de justiça que se preocupa com todos os envolvidos é a que pode promover o bem de todos, atendendo-se aos princípios da dignidade da pessoa humana, do amplo acesso à Justiça, da proporcionalidade, da não exclusão de tratados, da eficiência administrativa, dentre outros. Ora, o Ministério Público será tão mais eficiente quanto mais satisfizer as necessidades dos envolvidos na situação conflituosa.

Ainda, a Resolução nº 118 do CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público e dá outras providências, prevê as práticas restaurativas e legitima esse uso ao afirmar que, no Ministério Público, a política nacional de autocomposição inclui o uso e o impulsionamento de práticas restaurativas pelos membros.

O Código de Processo Civil, no seu art. 3º, § 3º, ressalta a promoção de se estimular métodos de solução consensual de conflitos, inclusive pelos membros do Ministério Público:

[9] "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para inss tituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

> Art. 3º (...) § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Esse artigo legal demonstra que a Justiça Restaurativa já deixou de ser exclusividade da resposta ao crime. A Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), em seu artigo 42, ressalta que os seus dispositivos também se aplicam aos demais métodos autocompositivos:

> Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

A Carta de Brasília, formalizada em um acordo de resultados firmado entre a Corregedoria Nacional e as Corregedorias das unidades do Ministério Público, aprovada durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão, em setembro de 2016, com o objetivo de modernizar a atuação extrajudicial do Ministério Público e fomenta a atuação resolutiva, estimulando que seus membros adotem uma postura pró-ativa, que valorizem e priorizem atuações preventivas, exigindo, para isso, articulação.

CONCLUSÃO

Desta forma, o Ministério Público como instituição deve adotar um pensamento sistêmico para que seus membros façam uso sempre do método mais adequado para tratar de forma ampla cada conflito. O Promotor de Justiça deve superar a perspectiva meramente processual e demandista de atuação, atuando de forma integrada e em rede, nos mais diversos níveis (local, regional, comunitário), ocupando novos espaços e, quando viável, buscar a solução judicial depois de esgotadas todas as possibilidades políticas e administrativas das resoluções das questões que lhe são postas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Resolução 225/2016. Ministro Ricardo Lewandowski. Presidência. DJe/CNJ, nº 91, de 02/06/2016, p. 28-33. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2289>

JACCOUD, Mylène. **Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. Justiça restaurativa**, pp. 70-71.

JAYME, Fernando Gonzaga. et al. **Justiça restaurativa na prática [recurso eletrônico]**: no compasso do Ciranda / Fernando Gonzaga Jayme, Mayara de Carvalho (coord.). – Belo Horizonte: Del Rey, 2018, pág.16.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal**. Resolução 2002/12. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf>

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça restaurativa e paradigma punitivo, p. 146.

VIANA, Luís Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **Quem Somos**: A Magistratura que queremos. 1 Ed. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Magistrados, 2018. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf>

ZEHR, Howard, **Justiça Restaurativa**, São Paulo: Palas Athena, 2015, pág. 38.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: justiça restaurativa para o nosso tempo; São Paulo: Atlas, 2008, pág. 35

CAPÍTULO QUATORZE

TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE FIM: CONSEQUÊNCIAS TRABALHISTAS

OUTSOURCING THE END ACTIVITY: LABOR CONSEQUENCES

CARLOS HENRIQUE SÁ RODRIGUES DE OLIVEIRA JUNIOR

Mestrando em Direito pela Faculdade Alves Faria. Especialização em Direito Civil. Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Especialização em Direito Tributário. Especialização em Direito Empresarial. Especialista em Recursos Humanos. Especialista em Marketing. Especialista em Gestão de Negócios. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC/GO). Graduado em Administração pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR).

SUMÁRIO: Introdução. 1. Arcabouço legal. 2. Consequências da terceirização da atividade-fim. Conclusão

RESUMO: A terceirização tem origem na gestão administrativa do sistema de acumulação de capital pós-Ford e tem como objetivo propagar a transferência de suas atividades periféricas a terceiros e focar nas atividades inerentes ao seu objeto social, de forma a racionalizar as operações e melhorar a produtividade da empresa. O presente artigo possui o objetivo de expor o arcabouço legal em que a terceirização das atividades-fim é baseada e relatar as consequências trabalhistas deste processo. Este artigo é resultado de uma revisão bibliográfica, construída através de um levantamento de publicações relevantes acerca da temática. A terceirização das atividades-fim empresariais foi aprovada com intuito de aumentar as vagas de emprego disponíveis no mercado, no entanto, além de não cumprir o objetivo proposto, veio a esvaziar os direitos trabalhados conquistados pelos empregados, como representação sindical, CIPA e SEMST, dependentes da quantidade de colaboradores das empresas. As consequências vão além, e provocam um sentimento de não pertencimento e diminuição da autoestima dos terceirizados. A distorção da terceirização tem causado inúmeros prejuízos aos trabalhadores, ao movimento sindical e à sociedade, resultando na divisão das categorias profissionais, na escravidão, no aumento dos índices de acidentes de trabalho e na ampliação do fosso social e redução de salários e benefícios, etc.
Palavras-chave: terceirização; atividade-fim; atividades-meio; redução de direitos; oportunidades trabalhistas.

ABSTRACT: Outsourcing originates from the administrative management of the post-Ford capital accumulation system and aims to propagate the transfer of its peripheral activities to third parties and focus on activities inherent to its corporate purpose, in order to rationalize operations and improve the productivity of the company. This article aims to expose the legal framework on which the outsourcing of core activities is based and to report the labor consequences of this process. This article is the result of a literature review, built through a survey of relevant publications on the subject. The outsourcing of corporate core activities was approved in order to increase the job vacancies available in the market, however, in addition to not fulfilling the proposed objective, it came to empty the worked rights conquered by employees, such as union representation, CIPA and SEMST, depending on the number of employees of the companies. The consequences go further, and cause a feeling of non-belonging and a decrease in the outsourced's self-esteem. The distortion of outsourcing has caused countless losses to workers, the union movement and society, resulting in the division of professional categories, in slavery, in the increase in work accident rates and in the widening of the social gap and reduction of wages and benefits , etc.
Keywords: outsourcing; end-activity; middle activities; reduction of rights; employment opportunities.

INTRODUÇÃO

A questão da terceirização elevou-se ao nível constitucional, de modo que a categoria emprego é a porta de entrada para todo o rol de direitos sociais, individuais e coletivos garantidos aos trabalhadores pela Constituição de 1988Portanto, os graves problemas sociais causados pela expansão da terceirização para as atividades-fim da empresa se manifestam, de fato, como questões constitucionais a serem enfrentadas em uma perspectiva completamente diferente da do STF (FILHO E DUTRA, 2014).

A terceirização tem origem na gestão administrativa do sistema de acumulação de capital pós-Ford e tem como objetivo propagar a transferência de suas atividades periféricas a terceiros e focar nas atividades inerentes ao seu objeto social, de forma a racionalizar as operações e melhorar a produtividade da empresa. Parte-se da premissa de que se concentra nas atividades diretamente relacionadas ao seu objeto social e repassa para terceiros as atividades periféricas que não possuem tecnologia própria, e a empresa otimizará sua produção (FONSECA, 2018).

Como uma grande vantagem, a terceirização permite que os destinatários dos serviços se concentrem apenas nas atividades nas quais estão engajados e as aprimorem. Portanto, a terceirização é um contrato de prestação de serviço firmado entre duas empresas que concordam em fornecer um determinado produto, e não um contrato de fornecimento de mão de obra. Trata-se de contratação de serviços, não de trabalhadores (FONSECA, 2018).

A terceirização não estrutural, conforme Garcia (2017, p. 25), "pode ser entendida como a transferência de certas atividades do tomador de serviços, passando a ser exercidas por empresas distintas."

No mesmo sentido, para Beltran (1997), terceirização "É, pois, um processo de transferência, para terceiros especializados, que têm a incumbência da realização de atividades acessórias ou de apoio, liberando a empresa tomadora para maior aperfeiçoamento e concentração em sua atividade-fim."

Viana (2017) acredita que o fenômeno da terceirização pode ser dividido em dois aspectos, definidos como interno e externo.

A terceirização interna permite que uma empresa traga trabalhadores não relacionados para seu escopo interno, enquanto a terceirização externa permite que a empresa terceirize e transfira trabalhadores ou parte do ciclo de produção. Como uma terceirização interna, temos exemplos de contratação de empresas especializadas em atividades de limpeza e vigilância, prática esta implantada há muito tempo, inclusive em órgãos da administração pública. Ressalta-se o esclarecimento de Viana sobre dois aspectos desse fenômeno:

> A terceirização externa lembra o trabalho por conta própria. Uma empresa contrata a outra, mas o que lhe interessa é o produto final. Por isso, só ao término da produção passa a ter propriedade sobre ele. Já a terceirização interna se articula com o trabalho por conta alheia. A empresa tomadora vai se apropriando do trabalho dos terceirizados à proporção em que eles o executam. Aproveita a força de trabalho do mesmo modo que faria ser os tivesse contratado como empregados seus (VIANA, 2017, p.20).

Historicamente, o objetivo principal dessas duas formas de prática de terceirização parece ser permitir que a empresa receptora se concentre mais em suas atividades principais. Em relação à terceirização externa, as práticas da indústria automotiva são marcantes que, segundo Viana, tem:

> [...] a ideia era repartir renda, transformando (praticamente) todo homem em trabalhador, todo trabalhador em empregado e todo o empregado em consumidor, e assim realimentando o ciclo. [...] A terceirização externa era, assim, não um modo de dividir e precarizar (ou dividir para precarizar), mas uma necessidade imposta pela complexidade crescente do produto e pelas exigências também maiores do consumo. Apenas já não era viável – por razões técnicas ou análogas – reunir toda a fabricação de automóvel num único lugar, do mesmo modo que nunca foi possível produzir todos os nossos bens de consumo numa única fábrica (VIANA, 2017, p.52).

No entanto, no Brasil, o processo de contratação de mão de obra por terceiros passou a ter um papel importante nas atividades básicas da empresa receptora, distorcendo as instituições mencionadas. Neste processo, nenhuma atividade final foi transferida para terceiros. Apenas o empre-

go do trabalhador é repassado. A atividade final da terceirização não é a terceirização. É um trabalho intermediário (FONSECA, 2018).

Maurício Godinho Delgado considera sobre as atividades-fim:

> Atividades-fim podem ser conceituadas como as funções e tarefas empresariais e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação no contexto empresarial econômico. São, portanto, as atividades nucleares e definitórias da essência da dinâmica empresarial do tomador de serviços (DELGADO, 2004, pp.440-441).

A partir daí, pretende questionar a questão da terceirização e encontrar a resposta no ordenamento jurídico da Constituição, que está longe de se calar sobre o assunto, mas explicitamente a menciona com caráter de exceção, uma vez que, a regra se define pela relação de emprego bilateral exposta na Consolidação de Leis Trabalhistas (CLT) (FILHO; DUTRA, 2014).

A falta de legislação específica que regule os contratos de terceirização de serviços e a crescente procura de alternativas para melhorar a competitividade das empresas são motivos considerados para a edição de dispositivos legais específicos nesta área. No entanto, o conteúdo da legislação pode permitir consequências desastrosas (ASSIS, 2018).

1. ARCABOUÇO LEGAL

A prática de contratos de terceirização de serviços existe há muito tempo, mas não existe um sistema legal claro no ordenamento jurídico que faça as provisões necessárias para a validade deste contrato, e não há forma e padrão para a responsabilidade do contratante. No ordenamento jurídico constava apenas a legislação relativa ao trabalho temporário (Lei 6.019/74) e às atividades de vigilância (Lei 7.102/83) (ASSIS, 2018).

Dada a inexistência de disposições legais específicas, tendo em conta a legislação civil e laboral em vigor, na apreciação dos litígios suscitados por este tipo de contrato, a jurisprudência estabeleceu normas, as quais passaram a ser cumpridas aquando da celebração dos referidos contratos, submetendo-os ao Judiciário para deliberação (ASSIS, 2018).

Anteriormente, a lei estipulava claramente que os departamentos que poderiam terceirizar atividades acessórias eram o departamento de gestão pública (transporte, proteção, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros departamentos da mesma natureza) e o setor bancário (vigilância patrimonial e transporte de valores). Posteriormente, foi promulgada a Lei nº 8.863/94 para ampliar a possibilidade de terceirização dos serviços de vigilância patrimonial e transporte de valores para além do setor bancário (FILHO E DUTRA, 2014).

É precisamente pela interpretação dessas coleções aparentemente contraditórias de normas constitucionais que o Tribunal Superior do Trabalho é sensível às necessidades do mundo empresarial de terceirização de mídia, que evoluíram a partir do entendimento expresso pela primeira vez na Súmula nº 25.629, quando soube que, exceto na hipótese de trabalho temporário e fiscalização, não será autorizada a terceirização no país, de modo que, por meio do TST nº 331, deve-se distinguir com precisão a hipótese da contratação triangular e suas limitações e possibilidades, e a CLT deve ser cumprida, assim como, as circunstâncias das regras gerais nos artigos 2 e 3: firmar contratos de trabalho bilaterais que permitam aos trabalhadores ingressar no ente coletivo da empresa prestadora do serviço e vinculá-los à categoria sindical não dividida (FILHO E DUTRA, 2014).

A este respeito, o conteúdo da Súmula 331 se reflete principalmente nos seguintes aspectos:

> CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
>
> I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
>
> II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
>
> III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, des-

de que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral (BRASIL, 2011)

Portanto, a justiça do trabalho não se posicionou de forma extrema no sentido de proibir a terceirização: pelo contrário, seu reconhecimento de atividades intermediárias ultrapassou inclusive a própria legislação. No entanto, quando este fenómeno conflita com os pressupostos previstos nos artigos 2º e 3º da Lei do Trabalho, portanto, a intervenção protetora da lei do trabalho só pode ser garantida em caso de fraude. No entanto, esta intervenção visa sempre delinear objetivamente a importância da jurisdição do trabalho na avaliação de casos específicos (FILHO E DUTRA, 2014).

Amparada nos artigos 2º e 3º da CLT, a forma de contratação prescrita é a relação laboral, que constitui uma relação contratual direta com o beneficiário da prestação de serviços. Tendo em conta a transformação do intermediário de trabalho em comercialização de trabalho humano, restrita pelos primeiros conceitos jurídicos sobre trabalho livre (FILHO E DUTRA, 2014).

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

§ 1º Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de

> emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados.
>
> § 2º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico, serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego.
>
> § 3º Não caracteriza grupo econômico a mera identidade de sócios, sendo necessárias, para a configuração do grupo, a demonstração do interesse integrado, a efetiva comunhão de interesses e a atuação conjunta das empresas dele integrantes.
>
> Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
>
> Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual (BRASIL, 1943).

Acresce que, para este tipo de contrato, são atribuídas as consequências jurídicas da responsabilidade acessória do destinatário do serviço, estando também em construção, e assim sucessivamente, recorrendo ao organismo jurídico existente mais próximo, nomeadamente o contrato de empreitada (art. 455 da CLT):

> Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro.
>
> Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo (BRASIL, 1943).

Na década de 1970, com a mudança do mundo do trabalho, certos regulamentos foram emitidos para tolerar tolerâncias especiais (às vezes limitados ao setor público, às vezes envolvendo o setor privado, mas limitados a regulamentos sobre certas atividades e situações), como previsto no

art. 10, § 7º, do Decreto-Lei nº 200/67 e nas Leis nº 5.645/70, nº 6.019/74 e nº 7.102/83 (FILHO E DUTRA, 2014).

Ao tratar do Projeto de Lei nº 4.302 / 1998, que deu origem à Lei nº 13.429 / 2017, o Senado Federal tratou do Projeto de Lei Complementar nº 30/2015, que acabou sendo rejeitado. Este projeto prevê a possibilidade de contratação de empresas com responsabilidades solidárias sem a verificação dos pagamentos feitos pela empresa terceirizada aos funcionários, e um percentual de 4% do valor que deve ser retido. A prestação de serviços é uma forma de garantir que os trabalhadores cumpram as suas obrigações laborais e previdenciárias. Também estipula que caso as empresas prestadoras de serviço sejam substituídas por funcionários contratados por ex-terceirizados, seus salários devem permanecer dentro dos mesmos parâmetros (SANTOS, 2017).

Outras previsões que merecem destaque neste projeto incluem a possibilidade de os trabalhadores empregados por uma empresa terceirizada receberem alimentação, transporte e serviços ambulatoriais fornecidos pela empresa receptora, e a situação em que os funcionários da empresa terceirizada são representados pelo mesmo sindicato da empresa prestadora de serviço (SANTOS, 2017).

No entanto, se o trabalhador contratado pelo prestador de serviço não trabalhar nas instalações do mutuário, ele não terá direito aos benefícios acima. Inversamente, se trabalhar nesses locais, mas em vez de fornecer alimentação e assistência médica aos seus empregados, mas fornecer vale-refeição e seguro saúde, o prestador de serviço não é obrigado a conceder esses benefícios aos trabalhadores que contrata (FONSECA, 2018).

Por fim, mesmo para mudanças prejudiciais aos trabalhadores, é preciso solucionar os problemas que envolvem o pagamento de reclamações trabalhistas aos terceirizados (FONSECA, 2018).

Como muitos prestadores de serviços não pagam reclamações trabalhistas, principalmente verbas rescisórias, é notório o grande número de pedidos feitos ao judiciário - fato muito comum, mesmo para empresas que trabalham de forma irregular na administração pública. Com efeito, grande parte deles acaba por assinar um acordo judicial em que apenas aceitam apenas parte do montante devido. Outros não recorrem ao judi-

ciário porque ainda trabalham para o prestador de serviço por meio de outras empresas, tendo medo de atitudes derivadas de represálias. Desta forma, apenas uma pequena parte dos valores são efetivamente pagos aos trabalhadores terceirizados (FONSECA, 2018).

O capital social mínimo de uma empresa com no máximo 10 empregados estabelecido de acordo com o artigo 4B, inciso III "a" da Lei nº 13.429/2017 é de 10.000 reais sem o direito de proteger os trabalhadores contratados por prestadores de serviço por não ser suficiente para pagar recibos de pagamento mensal. Além disso, não há garantia de que o capital declarado será efetivamente retido no patrimônio da empresa, nem pode ser garantido que seja consistente com a realidade. Portanto, o capital social mínimo estipulado em lei não deve ser confundido com a capacidade financeira do prestador de serviço prevista no artigo 4A da Lei 6.019/74. A capacidade econômica deve ser medida em termos do patrimônio líquido da empresa, que corresponde à diferença entre ativos e passivos (FONSECA, 2018).

Nesse sentido, no que se refere à responsabilidade por reclamações trabalhistas, a Lei nº 13.429/2017 usualmente estipula a responsabilidade subsidiária da controlada. Com exceções, só constrói solidariedade no ambiente de trabalho, mas, ainda assim, somente quando o trabalho é realizado em suas dependências ou locais convencionados (FONSECA, 2018).

A Lei de Terceirização (Lei nº 13.429/2017) alterou as disposições da Lei do Trabalho Temporário e estipula claramente:

> "Art. 1º As relações de trabalho na empresa de trabalho temporário, na empresa de prestação de serviços e nas respectivas tomadoras de serviço e contratante regem-se por esta Lei." (NR) "Art. 2º Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física contratada por uma empresa de trabalho temporário que a coloca à disposição de uma empresa tomadora de serviços, para atender à necessidade de substituição transitória de pessoal permanente ou à demanda complementar de serviços. [...] § 3º O Contrato de Trabalho temporário pode versar sobre o desenvolvimento de atividades-meio e atividades-fim a serem executadas na empresa tomadora de serviços." (NR) [...] "Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. § 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para

> realização desses serviços. § 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante." [...] "Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. § 1º É vedada à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços. § 2º Os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes. § 3º É responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. § 4º A contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados, existente nas dependências da contratante, ou local por ela designado. § 5º A empresa contratante é subsidiariamente responsável pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991." (BRASIL, 2017)

A Lei nº 13.429/2017 altera os termos da Lei nº 6.019/1974, que regulamenta o trabalho temporário em empresas municipais e contempla a prestação de serviços a terceiros. No que se refere ao trabalho temporário, entre as modificações propostas, pode-se observar que: i) Os motivos que justificaram este tipo de contrato foram ampliados para cobrir a demanda de serviços suplementares nos termos do art. 2º, §2º, é causado por fatores imprevisíveis, ou quando causado por fatores previsíveis, tem caráter intermitente, periódico ou sazonal; e ii) Prorrogar o prazo do contrato de trabalho temporário para 180 dias, podendo prorrogá-lo por mais 90 dias, seja contínuo ou não, desde que mantidas as condições (art. 10, § 2º) (FONSECA, 2018).

> Art. 2º - A Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, passa a vigorar com as seguintes alterações:
>
> "Art. 4º -A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de servi-

ços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

....." (NR)

"Art. 4º -C. São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4o

-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;

b) direito de utilizar os serviços de transporte;

c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;

d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1o Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo. § 2o Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes. " "Art. 5º -A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal....." (NR) "Art. 5º -C. Não pode figurar como contratada, nos termos do art. 4º -A desta Lei, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos dezoito meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. "Art. 5º -D. O empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso de prazo de dezoito meses, contados a partir da demissão do empregado. " (BRASIL, 2017)

Nas disposições legais acima mencionadas, é previsível que o contrato de trabalho temporário possa envolver o desenvolvimento das atividades principais e atividades fim da empresa prestadora de serviços. Desde a promulgação da primeira versão da Lei 6.019 em 1974, está prevista a possibilidade de contratação de trabalhadores temporários em substituição temporária aos trabalhadores de longa duração. Portanto, independentemente de esses funcionários exercerem atividades de apoio, os temporários são sempre contratados para substituir funcionários em licença, licença maternidade, etc. A natureza do contrato de trabalho temporário não exige a distinção entre um tipo de atividade e outro tipo de atividade, distinção essa que é um dos erros teóricos suscitados pela nova lei que mencionamos anteriormente (FONSECA, 2018).

No entanto, quando o legislador estipulou o contrato de prestação de serviços nos artigos 4.º-A, 4.º-B, 5.º-A e 5.º-B, não mencionou as atividades essenciais e intermédias. Ao conceituar o que é prestador de serviço, em nome do art. 4 -A apenas menciona a prestação de determinados serviços específicos, o que nunca levará ao entendimento de que se referem à atividade final. Por determinação e especificidade, pode ser entendido como o serviço certo definido no contrato de prestação de serviço, não havendo qualquer conclusão lógica de que tais serviços possam estar relacionados com as atividades principais das partes contratantes (FONSECA, 2018).

Menos de quatro meses após a publicação da norma, a Lei nº 13.467/2017 mais uma vez alterou a Lei nº 6.019/1974 da seguinte forma:

> Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (BRASIL, 2017)

Sob a condição de terceirização de todas as atividades da empresa, ela pode até funcionar sem funcionários. Portanto, hospitais não contratam médicos, escolas não contratam professores, restaurantes não contratam garçons, bancos não contratam bancários e transporte, não precisa contratar motoristas, etc. (FONSECA, 2018).

No entanto, deve-se observar que, à semelhança da interpretação jurídica do parágrafo único do artigo 442 da CLT que foi fundido, os artigos 2º, 3º e 9º da CLT não foram revogados. De acordo com o art. 4º-A, § 1º, da Lei nº 6.019/1974 só podem ser terceirizados legalmente se não houver vínculo empregatício e o prestador contratar, remunerar e dirigir o desenvolvimento do trabalho (FONSECA, 2018).

No entanto, a interpretação das seguintes disposições legais conduziu inevitavelmente à determinação da responsabilidade solidária neste caso, conforme consta do Código Civil:

> Código Civil:
>
> Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:
>
> (...)
>
> III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
>
> Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.
>
> Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
>
> Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932.
>
> Convenção 155 da OIT:
>
> Art. 17. Sempre que duas ou mais empresas desenvolverem simultaneamente atividades num mesmo local de trabalho, as mesmas terão o dever de colaborar na aplicação das medidas previstas na presente Convenção. (FONSECA, 2018)

Quanto ao aumento de empregos, relatório Amorim e Delgado:

> Segundo dados divulgados pelo Ministério do Trabalho do México, no ano de 2013, após a regulamentação da terceirização no país, as taxas de desemprego não diminuíram, como esperavam os defensores da reforma trabalhista; pelo

> contrário, foram mais altas do que em relação a quase todos os mesmos meses no ano anterior (AMORIM; DELGADO, 2015, p. 27).

Da mesma forma, de acordo com um artigo publicado pela NippoBrasil, o Relatório Econômico da Força de Trabalho de 2010 do Ministério da Saúde, Trabalho e Bem-Estar do Japão apontou que a promoção da desregulamentação do setor de trabalho no país na década de 2000 trouxe um aumento no número de mão de obra terceirizada e uma aprofundamento da desigualdade social. O relatório critica a indústria por aumentar a proporção de terceirizados e sugere que, para reverter essa situação, o governo deve se concentrar na estabilização da economia e permitir que as empresas passem a investir mais na qualificação dos funcionários e na contratação de funcionários efetivos de forma planejada (NIPPOBRASIL, 2017).

O que cria empregos é a demanda por bens e serviços, é o aquecimento da economia. Se não houver necessidade devido ao aumento das vendas, os empresários não aumentarão o número de empregos. Portanto, presume-se que as mudanças legislativas propostas apenas farão com que os empregos diretos sejam substituídos por empregos intermediários e reduzam os direitos trabalhistas (NIPPOBRASIL, 2017).

2. CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

A autorização constitucional das atividades intermediárias das empresas subcontratadas, como no campo da gestão pública, pressupõe que o empresário possa utilizar seus recursos para a realização de suas atividades finais, ou seja, suas atividades principais, de forma a utilizar racionalmente o tempo do sistema e energia para maximizar a eficiência administrativa (DELGADO e AMORIM, 2014).

A proteção temporária concedida aos trabalhadores da CLT decorre do princípio da continuidade da relação de trabalho, que, segundo Arnaldo Süssekind, historicamente se baseia em diversos direitos previstos no art. 7º da Constituição, que prevê indenização em caso de demissão sem justa causa (§ 1), seguro-desemprego (§ 2), saque de depósitos do FGTS (§

3) e aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (§ XXI) (DELGADO e DELGADO, 2013)

Além disso, representam também a intenção de continuidade da relação de trabalho, o direito a "férias anuais remuneradas" (artigos 7º, XVII), e seus benefícios dependem da prestação de trabalho durante os períodos consecutivos de aquisição e preferência, e a "aposentadoria" Direitos (artigo 7, XXIV), como ferramenta de proteção social para cumprir as condições de aquisição de "trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher" (art. 201, § 7º, 1º) (DELGADO e AMORIM, 2014).

Por outro lado, a proteção do espaço, a integração máxima dos trabalhadores na vida da empresa e a relação direta entre trabalhadores e empresários, que são os beneficiários finais da força de trabalho, se refletem no conceito constitucional de categorias profissionais, que é o fundamento do modelo de organização sindical concebido na Constituição (art. 8º), este reconhece os laços de solidariedade entre os trabalhadores ao serviço de uma empresa económica como condição para o exercício das associações profissionais (DELGADO e AMORIM, 2014).

A Constituição também expressa a intenção de incluir os trabalhadores nas empresas econômicas, tanto quanto possível, no artigo 7, inciso XI, "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei", um direito cuja eficácia depende da solvência econômica da empresa e do desenvolvimento de seu sistema para gerar lucros e resultados (BRASIL, 1988).

Por fim, a constituição considera que os empregados devem ser incluídos na empresa como uma alegação da eficácia das leis e regulamentos de proteção de sua saúde e segurança. Este é um direito básico estipulado no artigo 7, XXI. Sua eficácia também depende da existência de trabalhadores estáveis no ambiente de trabalho (DELGADO e AMORIM, 2014).

Assim, ao impor um forte efeito disruptivo da existência dos trabalhadores na vida da empresa, descentralizando a continuidade do emprego e promovendo a elevada mobilidade dos contratos, a eficácia destes componentes acabará por ser reduzida, nomeadamente a proteção do tem-

po, do espaço e das relações no trabalho. Ao impor essas restrições de proteção, a terceirização é um mecanismo reservado pela Constituição para as atividades-meio da empresa, que visa permitir que as empresas se concentrem em suas atividades finais e promover o seu desenvolvimento direto e máximo (DELGADO E AMORIM, 2014).

A prática de terceirizar as atividades-fim tem frustrado a visão da comunidade da empresa, pois o extremismo desse mecanismo pode tornar realidade a imagem da empresa sem funcionários, terceirizando todas as suas atividades e livrando-se de muitas responsabilidades sociais, trabalhistas e previdenciárias (DELGADO E AMORIM, 2014).

Da mesma forma, os empresários podem usar a terceirização para inviabilizar ou enfraquecer as greves, abandonar o sentido constitucional da greve, como um direito jurídico coletivo de exigir um melhor ambiente de trabalho (BRASIL, 1988).

Ao terceirizar todos os procedimentos, os empresários podem evitar se envolver em políticas sociais constitucionais que são essenciais para a implementação das funções sociais da empresa, determinadas pelo número de funcionários na empresa (DELGADO E AMORIM, 2014). Por exemplo, pode ser difícil para as empresas cumprir o artigo 11 da Constituição, que estipula que os funcionários têm o direito de eleger funcionários representativos em empresas com mais de 200 funcionários (BRASIL, 1988).

Portanto, embora o mesmo número de trabalhadores seja retido no local de trabalho, os terceirizados não fazem parte da base de cálculo da Cipa e do SESMT, dificultando o monitoramento do cumprimento das normas de segurança e saúde ocupacional e aumentando a incidência de acidentes (FONSECA, 2018).

Por meio da terceirização irrestrita e da redução artificial de funcionários, as empresas também podem se desfazer da participação em políticas sociais que incluam pessoas com deficiência no mercado de trabalho, conforme estipula o art. 24, XII, Constituição. No projeto de lei, de acordo com o artigo 93º da Lei nº 8.213/91, essa política social é implementada pela admissão obrigatória de pessoas com deficiência, aplica-se às empresas com mais de 100 trabalhadores e é proporcional ao número de trabalhadores, para isso:

> A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção: I – até 200 empregados: 2%; II – de 201 a 500: 3%; III – de 501 a 1.000: 4%; IV – de 1.001 em diante: 5%. (BRASIL, 1991)

Ao terceirizar sem restrições, o empresário terá o direito de escolher se deseja aplicar essa política social, o que é incompatível com a eficácia das normas constitucionais (DELGADO E AMORIM, 2014).

Além disso, em decorrência da terceirização das atividades fim, as empresas privadas ainda podem atuar como preceito protetor de direitos nos termos do artigo 227 da Constituição, isentando-as de implementar políticas sociais relativas ao ingresso de jovens no mercado de trabalho e à obtenção de qualificação (BRASIL, 1988).

Este direito é legalmente baseado na obrigação da empresa de empregar cotas de aprendizes, "equivalentes a pelo menos 5% e 15% da maioria dos trabalhadores existentes em cada organização, e suas funções requerem treinamento profissional" e deve participar, segundo o artigo 429 da CLT, dos cursos dos Serviços Nacionais de Aprendizagem (BRASIL, 1943)

Além disso, as empresas que podem reduzir artificialmente o número de empregados, terceirizando as atividades-fim, estão abonadas de participar diretamente no financiamento da seguridade social e a pagar por meio da folha de pagamento prevista no art. 195, I, a, Constituição (BRASIL, 1988).

As empresas que optarem pela terceirização de todas as atividades finais só participarão das contribuições previdenciárias indiretamente por meio dos prestadores de serviços, reduzindo bastante essa participação, pois a terceirização incentiva a redução dos salários, o que por sua vez estimula a redução das contribuições previdenciárias e trabalhistas. Em grande escala, isso terá um efeito devastador no sistema previdenciário e obviamente prejudicará a sociedade (DELGADO E AMORIM, 2014).

Os cortes salariais em grande escala nas atividades principais da empresa também levarão à redução das contribuições para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prejudicando este plano social que visa finan-

ciar políticas de habitação em massa, saneamento básico e infraestrutura urbana, que geralmente são benéficas para a sociedade, e, especialmente, para os grupos de baixa renda, isso fragiliza a expressiva função social da empresa (DELGADO E AMORIM, 2014).

O esvaziamento de funcionários da empresa também significa a não participação em importantes programas sociais previstos na Constituição, por não ter cooperado com o programa de salário educação previsto no art. 212, § 5º da Constituição, como fonte de recursos para a educação básica. Dispensado da participação no art. 7º, art. XII da Constituição, disposto sobre o programa de salário-família, e dispensado do pagamento do Programa de Integração Social, nos termos do art. 239 da Constituição, que prevê o pagamento do seguro-desemprego na Constituição (BRASIL, 1988)

Nesta perspectiva, a efetivação da política de pesquisa e desenvolvimento científico (art. 128, CF) é outra função social relevante atribuída à empresa pela Constituição que, sob o incentivo do Estado, pode ser profundamente afetada pela prática de externalização das atividades-fim (DELGADO E AMORIM, 2014).

De acordo com o § 4º desta normativa, a lei deve apoiar e incentivar as empresas a investirem na formação e na melhoria dos seus recursos humanos, e implementar um sistema de remuneração, a parte de sua remuneração, que participe dos benefícios econômicos decorrentes da sua produtividade (BRASIL, 1988).

Nesse contexto, a prática da terceirização das atividades fim significa fugir da função social constitucional da empresa, pois reduz o valor social do trabalho aos benefícios do lucro como um fim em si mesmo, distorcendo assim o valor social da liberdade-iniciativa, violando os princípios básicos da República previstos no artigo 1º, IV, da Constituição (BRASIL, 1988).

> A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana. (DELGADO E AMORIM, 2014)

Assim, o contrato de externalização da atividade fim da empresa, ao rebaixar os padrões de proteção social dos trabalhadores, é apenas para fins pessoais e egoístas da empresa, e constitui um instrumento para atentar contra os interesses constitucionais individuais dos trabalhadores e ofender os seus interesses. A dignidade humana enfrenta o sistema normativo obrigatório e protetor de todo o trabalho humano (DELGADO E AMORIM, 2014).

Esse raciocínio é amparado pelo parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil, que prevê a validade do conteúdo do contrato no cumprimento de regras imperativas:

> Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos" (BRASIL, 2002).

Portanto, a prática da terceirização nas atividades fim da empresa vai além das restrições constitucionais obrigatórias à contratação de serviços, anula a função social da empresa e do próprio contrato como sistema jurídico instrumental de liberdade de iciativa, e ignora o valor social da livre-iniciativa, atributo constitucional do desenvolvimento de atividades econômicas e a atenção aos direitos básicos dos trabalhadores (DELGADO E AMORIM, 2014).

A terceirização das atividades-fim acaba por permitir a empresa não destinar recursos para prevenção de acidentes e equipamentos de proteção coletiva e individual, oferecer menor remuneração, não realizar horas extras e não depositar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), as atividades finais da contratada só podem ser reduzidas com a contratação de trabalhadores por meio de um terceirizado para redução de custos. Fundo (FGTS), não proporciona aos funcionários mais pausas no trabalho, etc., do contrário, não seria vantajoso (FONSECA, 2018).

As evidências levantadas na pesquisa civil pública do MPT vão ao encontro de estudo do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese), segundo o qual os terceirizados recebiam cerca de 24,7% a menos de renda que os trabalhadores regulares em dezembro de 2013; trabalhavam três mais horas por semana, excluindo horas extras, e o tempo de permanência na empresa é cerca de três anos a menos. Além dis-

so, 8 em cada 10 acidentes fatais ocorrem com trabalhadores terceirizados. Esta pesquisa não separa terceirização legal de intermediários de trabalho e abrange trabalhadores que atuam nas atividades finais e intermediárias de prestadores de serviços (CUT, 2014).

As consequências da intermediação do trabalho são as mais prejudiciais. Eles começam reduzindo salários e benefícios, porque os tomadores de serviços que transferem o emprego dos trabalhadores para terceiros são aqueles que devem cumprir as regras coletivas que estabelecem níveis salariais e benefícios mais elevados. Podemos citar o caso de uma instituição financeira, que está vinculada a um acordo coletivo de funcionários do banco, que estipula melhores níveis salariais e mais benefícios, e transfere a contratação de funcionários que realizam todo o atendimento e trabalho direcionado por telefone para uma empresa de telemarketing, cujo sindicato profissional não conseguiu as mesmas conquistas, inclusive o mesmo nível salarial (FONSECA, 2018).

Em relação aos acidentes de trabalho, os trabalhadores terceirizados geralmente sofrem mais infortúnios. Estudos recentes constataram que:

> Quanto à vida dos trabalhadores, a maior incidência dos terceirizados entre as vítimas de acidentes fatais evidencia sua natureza deletéria. Nos últimos anos têm sido divulgadas pesquisas conclusivas sobre essa relação nos setores elétrico e petroleiro. Em 2013, outros setores corroboram a vinculação entre acidentes e terceirização, com base no percentual de mortes em comparação à proporção de assalariados formais de cada ramo no conjunto da economia. Isso pode ser apreendido a partir da Classificação Nacional de Atividade Econômica (CNAE), forma pela qual as empresas se identificam. Construção, atividade para a qual há maior quantidade de Comunicações de Acidentes de Trabalho (CAT) fatais, é exemplo disso. (...). Ela abrange várias CNAE, que no mundo real se misturam ou se complementam e, comumente, realizam as mesmas tarefas, atuam nas mesmas obras. Um deles é Construção de Edifícios, CNAE com predomínio de terceirizados entre os acidentados, na qual a incidência de fatalidade é o dobro do conjunto do mercado de trabalho. As CNAE de construção que têm mais terceirizados entre os mortos suplantam ainda mais esse índice, como: 1) construção de rodovias, ferrovias, obras não especificadas, ruas, praças e calçadas têm 4,55 vezes mais acidentes fatais; 2) na CNAE obras para geração, distribuição de energia, telecomunicações, redes de água, coleta de esgoto, instala-

> ções industriais e estruturas metálicas, são 4,92 vezes mais mortes; 3) na CNAE demolição e preparação de terreno, 3,3 vezes mais acidentes fatais. Ou seja, quanto maior a proporção de mortos na CNAE, maior o predomínio de terceirizados entre as vítimas (KREIN e FIGUEIRAS, 2014).

Em especial no setor petrolífero, cabe destacar que dados da Federação Única dos Petroleiros (FUP) mostram que, no período de 1998 a 2003, 102 dos 133 acidentes de trabalho da Petrobras foram relacionados a terceirizados, ou seja, 76% das mortes registradas (ALVAREZ et al, 2007).

Os dados do Ministério do Trabalho e Emprego sobre os trabalhadores escravos realizados pelas inspeções do trabalho de 2010 a 2013 mostram que a prevalência entre terceirizados é sintomática. Segundo o pesquisador, nos últimos quatro anos de sua pesquisa, em média, nas 10 maiores operações de resgate, 90% dos trabalhadores que enfrentaram condições semelhantes às de escravos eram terceirizados (FILGUEIRAS, 2014).

Portanto, trabalhadores terceirizados em sua vivência dos direitos sociais, como salários, jornada de trabalho, estabilidade no emprego, saúde e segurança no trabalho e seus próprios direitos à dignidade possuem condições distintas dos moldes celetistas. Em circunstâncias totalmente irrestritas, tais direitos dos trabalhadores terceirizados, como em situações extremas semelhantes ao trabalho escravo, obviamente comprometem a validade dos direitos relativos a esses trabalhadores abstratamente previstos no artigo 7º da Constituição Federal (FILHO E DUTRA, 2014).

Além disso, além dessas perdas materiais, as perdas não materiais causadas pela terceirização também devem ser consideradas. Com efeito, o contrato de trabalho não pode ser simplificado como transação de mercado, por um lado, envolve apenas o dispêndio de energia do trabalhador e, por outro, envolve o correspondente pagamento do empregador pelo produto (FILHO E DUTRA, 2014).

Com o respaldo da Constituição de 1988, a compreensão e avaliação do trabalho dada pela lei, e mesmo a cognição do posicionamento sociológico do significado do trabalho nas organizações sociais atuais, não permitem esse tipo de simplificação. O patrimônio jurídico imaterial dos funcionários também é afetado (FILHO E DUTRA, 2014).

Toda a construção jurídica do direito do trabalho, incluindo o âmbito dos instrumentos de proteção internacional, está relacionada com a negação da ideia do trabalho como mercadoria, envolvendo-se, portanto, qualquer concepção de trabalho que não considere a subjetividade humana (FILHO E DUTRA, 2014).

Em outras palavras, quando um trabalhador troca trabalho por remuneração em uma determinada empresa, ele é diferente de uma máquina: seu espírito, seus sentidos, seus ideais e sua paixão estão todos nela. Na sociedade atual, o trabalho é fonte de dignidade pessoal e valor (FILHO E DUTRA, 2014).

Portanto, considerar apenas os aspectos materiais e financeiros da terceirização é ignorar o fato de que ao ser excluído do corpo da empresa e expulso da sua condição de funcionário, passando a atuar como terceirizado, o indivíduo fica privado de alguns direitos previstos no estatuto jurídico e tem sua subjetividade afetada (FILHO E DUTRA, 2014).

Paixão e Lourenço pontua que "o trabalhador terceirizado é um indivíduo sem referência de tempo e espaço – que são as dimensões constitutivas da experiência humana no mundo exterior" (PAIXÃO E LOURENÇO, 2009, p. 12).

Não se deve esquecer que, a pessoa se encontra ferida e indiferente em uma situação ilegal, conhece suas violações e tem que ceder diante de uma urgente demanda alimentar, reduzindo assim seu próprio sentimento de si mesmo, reduzindo a autoestima que constitui as dimensões relevantes dos direitos de imagem. (FILHO E DUTRA, 2014).

Na prática, continua a manter uma relação laboral que não cumpre as garantias mínimas constitucionais, e está excluído da organização empresarial de que efetivamente faz parte, não podendo resistir a esta ideia devido à urgência da manutenção de uma fonte de renda, experimentando sentimentos como impotência, dependência, baixa autoestima e falta de proteção. A imagem do próprio trabalhador, quando for obrigado a sucumbir a esta situação de instabilidade, haverá um declínio que não pode ser ignorado (FILHO E DUTRA, 2014).

Ao retirar a condição de trabalhador do trabalhador, ele é reduzido a um estado de terceirização, ou seja, a mão-de-obra, por definição, não essencial para as atividades da empresa, rotativa, provisória, volátil – não

só deixa de perceber essas diferenças de remuneração e vantagens econômicas. Impede que o trabalhador reconheça e tenha percebido o valor do seu trabalho para a dinâmica empresarial, impedindo-o de confirmar a sua identidade de sujeito, como membro da categoria económica da qual realmente faz parte, e conduzindo à desconstrução do seu pertencimento a uma empresa (FILHO E DUTRA, 2014).

A terceirização, quando se desvia da forma jurídica e aponta para um verdadeiro intermediário de mão de obra, caracteriza-se por uma atividade comercial que visa a redução de custos a todo custo. As dispensas aqui são sempre voltadas para a mão de obra (FILHO E DUTRA, 2014).

A análise geral do problema leva-nos a concluir que, além das perdas materiais já mencionadas, como a terceirização de salários dos trabalhadores inferiores aos dos trabalhadores contratados, os benefícios que se limitam aos empregados (como planos de saúde, participação nos lucros, etc.) não são usados devido à terceirização. Os funcionários têm uma taxa maior de acidentes de trabalho – pessoas que não podem receber o mesmo treinamento e equipamento de proteção individual que os funcionários –, também determinou-se perdas extrapatrimonais, incluindo perdas de investimento de qualificação, até a expulsão do trabalhador do quadro social, o que afeta o sentimento de pertença do trabalhador à organização onde presta serviços e a sua identidade perante o grupo de trabalhadores cujas condições de vida e de trabalho são semelhantes às deles, sem falar que os trabalhadores são automaticamente excluídos do sindicato de origem, isso pode levar à perda da referência coletiva e ao isolamento social. Portanto, o termo que define a condição dos trabalhadores terceirizados é a exclusão (FILHO E DUTRA, 2014).

Rodrigo de Lacerda Carelli, com base na pesquisa realizada pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal Fluminense, finalmente explicou as condições de exclusão e desqualificação dos terceirizados:

> A intermediação de mão de obra causa sérios gravames aos trabalhadores, como a quebra do sistema protetivo laboral e a precarização do trabalho humano. Porém, não param por aí os malefícios dessa forma ilícita de contratação de trabalhadores.

> Talvez o maior prejuízo para os trabalhadores seja mesmo o estado de exclusão em que permanecem os terceirizados, discriminados dentro do ambiente de trabalho, segregados de um grupo de trabalhadores com status de efetivos, recebendo melhores benesses do empregado único (...). Podemos ver que todas essas causas de ruptura de inclusão social são aplicadas na intermediação de mão de obra. A tentativa de fuga da dependência, mesmo jurídica, do real empregador em relação ao trabalhador demonstra que aquele não quer ter com este outras relações além do puro contratualismo de troca simples: trabalho x dinheiro. Não há espaço para comprometimento comutativo, não há espaço para confiança, não há espaço para coesão. O trabalhador intermediado está, da mesma forma, irremediavelmente ligado ao curto termo. Ele sabe que a qualquer hora pode ser trocado por outro, já que está sendo somente alugado pelo real empregador. Como verificamos acima, pela maioria dos contratos analisados, o tomador de serviços pode, a qualquer tempo, em qualquer ônus, requerer a substituição do trabalhador. Assim, o curto termo é a sua vida, ele sabe que trabalhará hoje, mas amanhã poderá estar em outra empresa, ou até em nenhuma. Não há tempo para comprometimento, fidelidade ou sentimento de pertencimento. Quanto à ausência de mutualidade nas relações, verifica-se, principalmente, que o trabalhador, exercendo às vezes as mesmas funções que empregado da tomadora de serviços, não tem o status de empregado reconhecido, nem pelos seus colegas de trabalho, nem pelo empregador. Dessa forma, a primeira troca, que seria o reconhecimento, torna a relação viciada desde o começo quanto à mutualidade. Destarte, restou demonstrado o processo de exclusão social a que são submetidos os trabalhadores intermediados, segregados dentro do ambiente laboral. (CARREL, 2003)

A principal consequência das práticas empresariais descritas na pesquisa acima é a comercialização do trabalho humano e sua ressignificação social, de forma depreciativa, pois seu sentido não é mais a inclusão e construção da cidadania do trabalhador, mas fonte de discriminação e conquista (FILHO E DUTRA, 2014).

É inseparável restaurar o estado dos trabalhadores à perturbação do complexo dos direitos da personalidade, por isso é imperativo compreender o impacto imaterial da terceirização (FILHO E DUTRA, 2014).

Principalmente em termos de organizações coletivas, como resultado dessa nova organização do espaço e do tempo de trabalho, a terceirização tem produzido uma profunda personalização dos processos de trabalho, e o trabalho coletivo é gradativamente cindido e desconstruído,

o que é essencial para a formação e prosperidade dos coletivos identitários (FILHO E DUTRA, 2014).

Ao analisar o perfil dos trabalhadores envolvidos, fica evidente a dificuldade de compartilhamento da identidade social: os terceirizados costumam ser menos qualificados, aparecem como rotativos e possuem vínculos frágeis com a matriz e, portanto, não compartilham sua cultura organizacional. Isso porque a instabilidade do trabalho e a impossibilidade de obter as condições e benefícios proporcionados pela empresa impedem que se identifiquem com os colegas e não possam mergulhar nessa cultura organizacional, o que é diferente dos funcionários regulares (FILHO E DUTRA, 2014).

Como Graça Druck explicou, esse tipo de conflito cultural organizacional impede relacionamentos com outras pessoas e ajuda a formar uma nova identidade social individualizada:

> Esse processo tem sérias implicações sobre a relação dos trabalhadores entre si e com o trabalho, determinando novas identidades sociais. Em geral, extremamente frágeis, à medida que a referência deixa de ser coletiva ou sustentada em coletivos de trabalhadores e passa a ser individual, fragmentada e incentivada pela solidão do mercado. (...). Essa individualização leva à quebra do sentimento de pertencimento social, reforçado pela ausência de construção de identidades de interesses, forjadas na experiência coletiva, e que é fundamental para a construção de uma identidade de classe. (DRUCK, 1999)

Por outro lado, a situação dos terceirizados é crítica. Devido à inferioridade jurídica que lhes é imposta pelos mutuários, são discriminados pelo processo de produção e pelos próprios colegas, não podendo constituir uma identidade coletiva sólida porque não têm as condições de trabalho semelhantes às dos trabalhadores celetistas e, em termos de prestação de serviços foram rebaixados a instáveis. Graça Druck corrobora que: "Unidos pelo trabalho, mas separados pelas identidades e pelas condições salariais e de trabalho" (DRUCK, 1999).

Além disso, a descentralização da terceirização de serviços prestados por diversas prestadoras de serviço no país também aumentou seu impacto na representação sindical dos trabalhadores terceirizados (DELGADO, 2003).

Ricardo Antunes esclarece:

> Com o aumento desse abismo social no interior da própria classe trabalhadora, reduz-se fortemente o poder sindical, historicamente vinculado aos trabalhadores 'estáveis' e, até agora, incapaz de aglutinar os trabalhadores parciais, temporários, precários, de economia informal, etc. Com isso, começa a desmoronar o sindicalismo vertical, herança do fordismo e mais vinculado à categoria profissional, mais corporativo. Este tem se mostrado impossibilitado de atuar como um sindicalismo mais horizontalizado, dotado de uma abrangência maior e que privilegie as esferas intercategoriais, interprofissionais, por um certo tipo de sindicalismo mais capacitado para aglutinar o conjunto dos trabalhadores, desde os 'estáveis' até os precários, vinculados à economia informal, etc. (ANTUNES, 2010)

Obviamente, a relação entre a terceirização e a frustração da ausência do gozo dos trabalhadores, dos direitos sociais, individuais e coletivos básicos é em si uma questão constitucional que precisa ser enfrentada (FILHO E DUTRA, 2014).

Portanto, o problema não pode ser analisado absolutamente sob a lente de aumento da restrição da liberdade de iniciativa ou da liberdade contratual. Sob o castigo da institucionalização social selvagem, a liberdade de contratar e se engajar em atividades econômicas deve ser realizada por meio da observância e do respeito às pessoas, o centro do sistema jurídico. Se a dignidade de todo cidadão trabalhador não for respeitada e seus direitos trabalhistas forem protegidos em condições não voláteis (artigos 7º e 8º da Constituição Federal), a dignidade humana não pode ser respeitada (FILHO E DUTRA, 2014).

Como você pode ver, isso não é resultado de uma terceirização excessiva. Embora restrito pelo ordenamento jurídico, a fim de ampliar a possibilidade especial de contratação triangular para além do permitido por lei, esse tipo de engano destruiu a categoria sindical, o que significa salários mais baixos e coletivos historicamente estáveis e, mais grave, a proporção de terceirizados que sofrem acidentes de trabalho e doenças ocupacionais, característica de abuso da liberdade contratual (art. 187 do CCB) para burlar a legislação trabalhista e privar os trabalhadores de condições de dignidade (FILHO E DUTRA, 2014).

O eixo básico da legislação trabalhista é o conceito de contrato de trabalho, que é estipulado na CLT, que se alia ao conceito de empregado e empregador. O que confere as características singulares e a autonomia científica do domínio do direito do trabalho, pois é tal conceito que liga a atribuição do trabalhador às atividades básicas e primitivas do empregador (FILHO E DUTRA, 2014).

Por outro lado, autorizar a externalização de atividades fim significa permitir que os intermediários intervenham nesta relação bilateral (empregador-empregador) sem destruir a conexão objetiva entre a atribuição do trabalhador e as atividades principais do empregador, e sem elementos factuais e jurídicos da relação laboral. Não teremos mais relações bilaterais, pois para o exercício das atividades principais dos empregadores, haverá sempre um décimo regular dos empregadores, formando assim uma relação trilateral ou plurilateral, prejudicando a legislação social e suas regras convincentes (FILHO E DUTRA, 2014).

Por outro lado, a terceirização no campo final da empresa, além de violar o eixo básico da legislação trabalhista, conforme mencionado acima, também trará consequências incomensuráveis no campo da organização sindical e da negociação coletiva. A questão é: embora os prestadores de serviços sejam os beneficiários finais dos serviços que prestam, eles estarão totalmente protegidos e isentos do cumprimento das normas coletivas acordadas por não serem mais responsáveis pelas obrigações trabalhistas dos empregados relacionados ao intermediário? Sem dúvida, diante da fragmentação das atividades relacionadas ao setor produtivo e do consequente aumento do número de empregadores, a consequência desse processo é, naturalmente, o enfraquecimento da categoria profissional. Todas essas questões estão em jogo e merecem reflexão especial.

CONCLUSÃO

Como prova este artigo, a Constituição da República não permite que os legisladores consagrados na Constituição estabeleçam ou autorizem qualquer escopo de terceirização na atividade fim da empresa. Isto não se deve apenas à elevada densidade de conteúdo dos artigos 7 a 11 do texto

constitucional, que conferem aos trabalhadores proteções constitucionais específicas e à sua intenção de integração na empresa e continuidade da relação laboral, mas também decorrem da garantia do valor social do trabalho e a livre empresa como república (artigo 1, IV), as funções sociais da propriedade, os princípios constitucionais da empresa como base da ordem econômica (artigo 170, III), e a primazia do trabalho que é a base de toda ordem social (artigo 193).

Ao contrário, a Constituição reserva a estrutura complementar do conteúdo constitucional mínimo da proteção social para os legisladores como plataforma para os direitos dos trabalhadores, sobre a qual cabe à legislação ordinária instituir "outros que visem à melhoria de sua condição social" (art. 7º, caput), orientados pela responsabilidade objetiva da proteção social decorrente das normas constitucionais de todos os mecanismos de proteção acima mencionados.

Portanto, em termos de terceirização, a Constituição desafia os legisladores nos termos da Constituição a promulgar regras especiais para proteger os trabalhadores terceirizados que estão entre os destinatários dos serviços, para que esse sistema de emprego esteja o mais próximo possível dos padrões constitucionais da sociedade. A proteção visa superar o escasso sistema de empregos típico da terceirização.

Em suma, podemos resumir algumas das principais consequências da terceirização das atividades-fim:

• foram criados dois tipos de trabalhadores: os que têm mais direitos e os que têm menos direitos, que habitualmente vivem no mesmo ambiente de trabalho. A discriminação, a injustiça e a insatisfação são um terreno fértil para a reprodução;

• o poder de barganha dos trabalhadores é afetado pela divisão da categoria em diferentes sindicatos;

• A cota para contratação de pessoas com deficiência e beneficiários de reabilitação estipulada no artigo 93 da Lei nº 8.213 de 1991 foi reduzida ou mesmo dispensada. Isso porque, de acordo com essas leis, as cotas são calculadas com base no total de funcionários da empresa. Com cem ou mais funcionários, o recrutamento é obrigatório. Se o número total de em-

pregados for reduzido, a transferência de alguns empregados para terceiros afetará a base de cálculo, resultando na exclusão de milhares de pessoas do mercado de trabalho por fatores como discriminação e falta de informação dos empregadores;

• pelo mesmo motivo, a quota de aprendizes estipulada no artigo 429 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) será afetada, prejudicando milhões de jovens que se retiraram do mercado de trabalho por falta de experiência prática;

• O número de membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) será reduzido, pois seu cálculo é feito com base no número de empregados da empresa de acordo com a Portaria 5 do Ministério do Trabalho (MTB); e,

• os componentes do Serviço Especializado em Medicina e Segurança do Trabalho (SESMT) também será reduzido, pois também é calculado com base no total de funcionários. É este total que definirá se é necessária a contratação de médicos do trabalho, técnicos de segurança do trabalho, engenheiros de segurança do trabalho, etc., de acordo com as normas regulamentares MTB nº 4.

Essa distorção da terceirização tem causado inúmeros prejuízos aos trabalhadores, ao movimento sindical e à sociedade, resultando na divisão das categorias profissionais, na escravidão, no aumento dos índices de acidentes de trabalho e na ampliação do fosso social e redução de salários e benefícios, etc.

Além disso, a experiência internacional mostra que a Lei nº 13.429/2017 e a Lei nº 13.467/2017 têm como objetivo estimular a terceirização e a intermediação de mão de obra, levando à substituição de contratos de trabalho mais seguros por contratos de trabalho instáveis e sem geração de oportunidades de trabalho. Portanto, a implementação da terceirização das atividades fim das empresas não cumpre seu papel no aumento da demanda de emprego.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, D. et al. **Reestruturação produtiva, terceirização e relações de trabalho na indústria petrolífera offshore da Bacia de Campos (RJ).** In: Gestão & Produção, São Carlos, v. 14, n. 1, p. 55-68, jan/abr. 2007.

AMORIM, H. S.; DELGADO, G. N. **Os limites constitucionais da terceirização.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

ANTUNES, R. **Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho.** São Paulo: Cortez, 2010. p. 65-66.

ASSIS, R. S. G. **Terceirização da atividade-fim: uma nova realidade?**. Revista Eletrônica, Tribunal Regional do Trabalho da 4º Região. Ano XIV, Número 211, Rio Grande do Sul, 2018.

BELTRAN, A. P. **Flexibilização, globalização, terceirização e seus impactos nas relações do trabalho.** Revista LTr, São Paulo, v. 61, n. 4, p. 490-495, abr. 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 3 de janeiro de 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.432, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis de Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso: 02 jan. 2021.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso: 02 jan. 2021.

_____. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei no 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 02 jan. 2021.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 02 de janeiro 2021.

_____.**Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível

em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso: 02 jan. 2021.

_____.**Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331.** Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 02 jan. 2021.

CARELLI, R. de L**. Terceirização e intermediação de mão-de-obra: ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. v. 1.

CUT – CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **Terceirização e Desenvolvimento: uma conta que não fecha – Dossiê acerca do impacto da terceirização sobre os trabalhadores e propostas para garantir a igualdade de direitos.** São Paulo: CUT, 2014.

DELGADO, G. N. **Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2003. p. 173.

DELGADO, G. N.; AMORIM H. S. **A inconstitucionalidade na terceirização da atividade-fim das empresas.** Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho.** 3. ed. São Paulo: LTr., 2004. p. 440-441.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Tratado jurisprudencial de direito constitucional do trabalho.** São Paulo: RT, 2013. v. II. p. 407.

DRUCK, M. da G. **Terceirização: (des)fordizando a fábrica**. São Paulo: Boitempo, 1999. p. 227-230.

FILGUEIRAS, V. A. **Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência?** Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2014/06/terceirizacao-e-trabalho-analogo-ao-escravo-coincidencia/>. Acesso em: 8 de janeiro de 2021.

FILHO, L. P. V. M e DUTRA, R. Q. **A terceirização da atividade-fim: caminhos e descaminhos para a cidadania no trabalho.** Rev. TST, Brasília, vol. 80, no 3, jul/set 2014. pg. 187-214.

FONSECA, V. P. **Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador.** Livro: Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Capitulo 5. Ipea, Brasilia, 2018.

KREIN, J. D.; FILGUEIRAS, V. A. **A luta contra a legitimação da terceirização no STF.** Jornal Brasil de Fato. 2014.

NIPPO BRASIL. **Governo critica sistema de mão de obra terceirizada**. Disponível em: <https://goo.gl/ePGdkR>. Acesso em: 30 de janeiro de 2021.

PAIXÃO, C.; LOURENÇO FILHO, R. M**.. Entre a indisponibilidade e a negociação: as normas coletivas como fontes do direito do trabalho.** Caderno Jurídico, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, Brasília, ano 3, v. 3, n. 4, jul./ago. 2009.

SANTOS, E. R. dos. **A Nova Lei da Terceirização – Lei n. 13.429/2017 - um cheque em branco ao empresariado.** Revista Eletrônica da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Porto Alegre, ano 13, n. 204, p. 51-59, jun. 2017. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portal/portal/EscolaJudicial/RevistaEletronica> Acesso em: 30 jan. 2021.

VIANA, M. T.. **Para entender a terceirização.** São Paulo: LTr, 2017. 124p.

CAPÍTULO QUINZE

DIREITO À SAÚDE, ATIVISMO JUDICIAL E PROCESSOS ESTRUTURAIS

LAW IN HEALTH, JUDICIAL ACTIVISM AND STRUCTURAL PROCESSES

LEONARDO BARROSO COUTINHO

Mestre em Direito Constitucional pela IDP,
Mestrando pela FADISP e Doutorando pela
Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: Introdução. 1. O âmbito do direito à saúde sob o viés da CF/88. 2. Os contornos do âmbito de proteção do direito à saúde definidos pelo STF. 3. Novo modelo de processo para tutela de interesses públicos: Processos estruturais. 4. Processos estruturais como instrumentos de controle de políticas públicas. 5. **A aplicação do conceito de processo estrutural e o ativismo judicial. 6.** Análise da decisão que decretou o lockdown em várias cidades do Maranhão. Conclusão

RESUMO: O objetivo do presente trabalho é abordar alguns aspectos do direito à saúde e da utilização dos processos estruturais como importante instrumento desse direito social. Assim, inicialmente, delimitou-se o âmbito de proteção do direito à saúde à luz do texto constitucional de 1988, abordando o que estaria incluído na garantia de proteção e promoção da saúde. Em seguida, evidenciou-se o posicionamento do STF quanto aos limites do Judiciário nesse contexto da concretização desse direito de índole prestacional. Destacou-se, também, que o modelo de processo estrutural vem sendo utilizado como importante instrumento de controle judicial das políticas públicas a cargo do Poder Executivo federal, estadual e municipal, com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, mormente do direito à saúde. Por fim, efetuou-se breves comentários sobre decisão judicial proferida em sede de ação civil pública por juiz do Estado do Maranhão, na qual se impôs que esse ente federativo declarasse *lockdown*.
Palavras-chave: Direito à saúde. Processos estruturais. Instrumentos de correção de políticas públicas. Ativismo judicial.

ABSTRACT: The objective of this work is to approach some aspects of the right to health and the use of structural processes as an important instrument of this social right. Thus, initially, the scope of protection of the right to health was delimited in the light of the 1988 constitutional text, addressing what would be included in the guarantee of protection and health promotion. Then, the position of the Supreme Court regarding the limits of the Judiciary in this context of the realization of this right of a benefit nature was evidenced. It was also highlighted that the structural process model has been used as an important instrument of judicial control of public policies under the responsibility of the federal, state and municipal Executive Power, with the objective of guaranteeing the realization of fundamental rights, especially the right to health. Finally, brief comments were made on the court decision handed down in a public civil action by a judge from the State of Maranhão, in which this federative entity was required to declare a lockdown.
Keywords: Right to health. Structural processes. Public policy correction instruments. Judicial activism.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, de forma inédita, conferiu à saúde *status* de direito social, destinando à temática, ao tratar da Seguridade Social (artigos 196 a 200), uma Seção específica.

Assim, o tratamento que o texto constitucional despendeu ao direito à saúde reflete a íntima ligação que tal direito mantém com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, inicialmente, delimitou-se o âmbito de proteção do direito à saúde à luz do texto constitucional de 1988, abordando o que estaria incluído na garantia de proteção e promoção da saúde.

Em seguida, em virtude fenômeno da "judicialização" do direito à saúde e da necessidade de uniformizar o entendimento do Judiciário sobre esse tema, evidenciou-se o posicionamento do STF quanto aos limites do Judiciário nesse contexto da concretização desse direito de índole prestacional.

Tratou-se, ainda, que no âmbito da sistemática processual brasileira, emergiu uma nova metodologia processual direcionada a solver controvérsias de interesse público, como as gravitam em torno do direito à saúde, baseada em experiências norte-americanas, principalmente a partir do início da década de 1950.

Assim, evidenciou-se que o modelo de processo estrutural vem sendo utilizado como importante instrumento de controle judicial das políticas públicas a cargo do Poder Executivo federal, estadual e municipal, com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos fundamentais, mormente do direito à saúde.

Por fim, efetuou-se breves comentários sobre decisão judicial proferida em sede de ação civil pública por juiz do Estado do Maranhão, na qual se impôs que esse ente federativo declarasse *lockdown*.

1. O ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE SOB O VIÉS DA CF/88

O direito à saúde foi inserido na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e

a justiça social. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância

Todavia, a delimitação do âmbito de proteção do direito à saúde é tarefa complexa, uma vez que o texto de 1988 não indica o que estaria incluído na garantia de proteção e promoção da saúde.

Na tentativa de precisar os contornos do direito fundamental à saúde previsto no texto constitucional, a partir da ideia de sua fundamentalidade em sentido material, (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, 2008, p. 129) asseveram que:

> A fundamentalidade em sentido material encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, que se evidencia pela importância da saúde como pressuposto à manutenção da vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.

Nesse contexto, da ideia da fundamentalidade em sentido material do direito à saúde previsto na Constituição de 1988, conclui-se que a Carta Fundamental alinhou-se à concepção mais abrangente do direito à saúde, contemplando as dimensões preventiva, promocional e curativa.

Destarte, o direito fundamental à saúde congrega um plexo de posições jurídico-subjetivas diversas quanto ao seu objeto, podendo ser contemplado a partir de diversas perspectivas, como os prismas de direito de defesa e de direito a prestações.

Como direito de defesa (ou direito negativo), almeja a salvaguardar a saúde individual de todos ingerências indevidas estatais e de outros particulares. Já na perspectiva de direito a prestações (direito positivo), o direito à saúde impõe deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental (v.g., organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição dos recursos financeiros e sanitários, etc, bem como a regulação

do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde).

Assim, o direito à saúde possibilita às pessoas requererem as mais variadas prestações materiais (como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, etc.), cumprindo destacar a tendência crescente da doutrina e da jurisprudência pátrias em alargar o rol prestações que seriam devidas pelo Estado para garantir o direito à saúde.

Por conseguinte, o direito à saúde, sob o prisma do direito a prestações, impõe ao Estado deveres de proteção, ações que deverão ser desempenhadas segundo a normativa do Sistema Único de Saúde (SUS).

2. OS CONTORNOS DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DEFINIDOS PELO STF

A incapacidade do Estado em cumprir o compromisso constitucional firmado no art. 196 compele aos destinatários do direto à constante busca da tutela jurisdicional.

O fenômeno da "judicialização" do direito à saúde é um debate cujo deslinde ainda não está perto para sociedade brasileira, sendo pertinente nesta assentadas apenas evidenciar o posicionamento do STF quanto aos limites do Judiciário nesse contexto da concretização desse direito de índole prestacional.

Nesse contexto, cumpre destaca o posicionamento da Excelsa Corte seguido no julgamento da STA 175[1], relator ministro Gilmar Mendes, cuja decisão serviu como o mais relevante precedente para o Poder Judiciário nacional durante praticamente uma década. Após as experiências e dados apresentados na audiência pública da saúde, foram fixados os seguintes vetores interpretativos sobre a judicialização da saúde:

> existindo omissão na implementação da política estatal estabelecida, o direito subjetivo do cidadão faz-se presente, restando ao Judiciário determinar o cumprimento daquela; em caso de omissão estatal, deve-se analisar se houve decisão administrativa de não incorporar determinada ação de saúde; caso

[1] Acesso em 29/09/2022, *link* STA-AgR 175 (stf.jus.br).

> não tenha ocorrido tal negativa, sobressai a responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde envolvendo a medicina baseada em evidências; e a determinação de fornecimento de medicamento abrange apenas aquele registrado na Anvisa e não pode envolver tratamento experimental (sem comprovação científica de sua eficácia).

Porém, como tal decisão não possui eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, não evitou que novas ações fossem propostas com pleitos relativos a fármacos não registrados na Anvisa ou medicamento órfão para tratamento de doenças raras e ultrarraras.

Assim, com intuito de conferir uniformidade ao tratamento pelo Judiciário brasileiro, o STF afetou ao menos três recursos extraordinários sobre a matéria à sistemática da repercussão geral: RE 566.471, RE 657.718 e RE 855.178 (temas 6, 500 e 793, respectivamente). Eis o teor de tais temas:

Tema 6: Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo.

Tema 500: "1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União".

Tema 793: "Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro".

Diante desse cenário, a decisão da Suprema Corte estabeleceu ser possível o fornecimento e o custeio pelo poder público, por meio de demanda judicial, de medicamento não registrado na Anvisa, desde que: *(i)* exista pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); *(ii)* registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e *(iii)* a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Ademais, pôs fim a solidariedade entre os entes, repassando à União o ônus de suportar o custeio desse medicamento sem registro na Anvisa.

Vê-se, pois, que, em relação ao medicamento não registrado na Anvisa, referidos RE's cambiaram parte do entendimento definido por meio da STA 175, uma vez que não se referiu, por exemplo, à necessidade de comprovação de incapacidade financeira para custeio de medicamento solicitado.

Assim, esses são os contornos que o STF conferiu ao direito à saúde e que devem ser observados pelos magistrados ao se depararem com demandas que envolvam tal direito, uma vez que a missão constitucional de interpretar o texto constitucional foi atribuída ao Supremo.

3. NOVO MODELO DE PROCESSO PARA TUTELA DE INTERESSES PÚBLICOS: PROCESSOS ESTRUTURAIS

No âmbito da sistemática processual brasileira, emergiu uma nova metodologia processual direcionada a solver controvérsias de interesse público, baseada em experiências norte-americanas, principalmente a partir do início da década de 1950.

Essa nova modalidade de conflitos são chamados pela doutrina de litígios estruturais, espécie do gênero litígios de interesse público, marcados pela necessidade de implementar uma nova forma de adjudicação de direitos, a reforma estrutural, na qual há a busca pela significação de valores constitucionais na operacionalização de organizações ou instituições burocráticas.

Ao contrário dos litígios marcados pela bipolarização, tais lides acabam por demandar uma nova realidade processual, de modo a imprimir a tutela jurídica que melhor se amolde às peculiaridades do conflito.

O estudo do modelo de processo e o modo de implementação da decisão na noção de decisão estruturante foi desenvolvido pela doutrina dos Estados Unidos a partir da década de 1960, especificamente no proposto por Owen Fiss[2].

Assim, os litígios estruturais são qualificados por demandarem intervenções judiciais que expandem o território judicante para além dos interesses das partes, sendo as características do processo estrutural, segundo Owen Fiss[3], as seguintes:

1) O processo não é visto como um instrumento a serviço das partes para resolver determinado litígio. Mas, como mecanismo de promoção e defesa de valores públicos consagrados na Constituição, tais como liberdade, igualdade, devido processo legal, ausência de punições cruéis. Dessa forma, o processo transcende os fins privados das partes, tendo como função social dar significado concreto para moralidade pública (conjunto de valores) dentro do contexto do Estado burocrático;

2) pressupõe o modelo de Estado intervencionista surgido nos Estados Unidos do século XX, após o *New Deal* e à II Guerra Mundial, que situa o Estado como um participante ativo na vida social, o qual desenvolve atividades concretizando direitos dos particulares;

3) a legitimação do Judiciário em tal modelo não decorre do consentimento individual, mas de sua capacidade em cumprir sua função social. Logo, no processo estrutural a legitimidade do Judiciário assenta-se em sua capacidade para aplicar e dar significado concreto aos valores públicos consagrados no Texto Constitucional;

4) percebe os órgãos jurisdicionais como fontes coordenadas do poder estatal, sendo partes integrantes de um sistema político mais amplo;

5) o processo estrutural desobedece a forma tripartite, uma vez que na demanda judicial não estão mais envolvidas apenas duas partes, mas diversas partes e as organizações ou grupos. Assim, o antagonismo não é binário, implicando a sentença proferida na neutralização de ameaças aos valores constitucionais;

[2] FISS, Owen. Um Novo Processo Civil - Estudos Norte-americanos Sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: 2004. Editora RT.

[3] FISS, Owen. Um Novo Processo Civil - Estudos Norte-americanos Sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade. São Paulo: 2004. Editora RT.

6) destarte, tendo em vista que o objetivo do processo é garantir a prevalência dos valores constitucionais, a tarefa de aplicar o remédio judicial é mais complexa, uma vez que o juiz, no mínimo, terá de terá de determinar se a vítima e os grupos beneficiários devem ser coincidentes e criar critérios para incluir ou excluir indivíduos desses grupos.

Em solo brasileiro, especialmente após a evolução processual atinente aos direitos coletivos e a promulgação da CRB/88, com o fenômeno da constitucionalização de novos direitos, observou-se uma verdadeira expansão das fronteiras do Poder Judiciário, tornando-se os litígios de interesse público mais corriqueiros.

Nesse contexto, os processos estruturais significam uma nova tipologia de litígio, com características particulares e que não podem ser simplesmente enquadrados nos limites da lógica bipolar do litígio comum (individual ou o coletivo), uma vez que em tais litígios busca-se tutelar valores públicos reputados juridicamente relevantes e de ampla dificuldade de apreensão e efetivação de direitos fundamentais, relacionados a questões de amplo espectro.

São muitos as hipóteses de casos complexos que envolvem questões constitucionais socialmente relevantes, como, meio ambiente, saúde, educação, sistema carcerário e trabalho. Tais questões são verificadas em casos de grande repercussão nacional como a tragédia ambiental ocorrida em Mariana/MG e o conflito da ACP do Carvão de Criciúma.

E, a solução jurisdicional ministrada nesses litígios passa pela adjudicação de direitos por meio da implementação de uma reforma estrutural, implementada através de decisões judiciais experimentais e prospectivas, sempre com a finalidade de dar significado a valores públicos constitucionais reputados relevantes na operacionalização da burocracia de organizações públicas ou privadas.

Por conseguinte, a tutela de litígios estruturais é diversa da que se verifica em conflitos bipolares, uma que a sentença proferida no processo estrutural considera problema de forma mais ampla, com o foco voltado para o futuro e para o resultado, bem como para tentar modificar e propiciar tratamento adequado a uma situação de violação de direitos.

4. PROCESSOS ESTRUTURAIS COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

No atual contexto nacional, o modelo de processo estrutural vem sendo utilizado como instrumento de controle judicial das políticas públicas a cargo do Poder Executivo federal, estadual e municipal, com o objetivo de garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

Todavia, deve-se sempre ter em mente que o manuseio das *structural injunctions* somente deve ocorrer de forma excepcional, sendo a última *ratio*. Sendo eficiente o emprego de medidas mais simples, incabível será a utilização das providências estruturais, seja diante da sua complexidade, seja por conta do elevado custo para os cofres públicos, seja pelo caráter instrutivo que apresenta.

Assim, a atuação do Poder Judiciário nos processos estruturais deve ocorrer sempre de modo coordenado, com o desiderato de afastar o estado de inércia e deficiência estatal permanente, tendo como pano de fundo a formação dessas decisões uma ampla participação de todos os possíveis envolvidos no litígio, por intermédio de um contraditório participativo.

Dessa forma, cumpre salientar não ser juridicamente possível que a decisão estruturante extrapole os limites do objeto que ela pretende combater, sob pena do juiz do caso transformar-se em gestor público.

Como instrumentos à disposição do magistrado em processos estruturais, cumpre destacar a possibilidade de realização dos negócios jurídicos processuais.

Nesse sentido, através do negócio processual previsto no artigo 190 do CPC/2015, viabiliza-se o desenvolvimento de meios hábeis de superação dos mais variados entraves à efetivação dos direitos fundamentais, sendo comuns acordos de procedimento, os acordos de calendarização, a suspensão convencional do processo, a negociação sobre prazos processuais, a delimitação de forma consensual dos pontos que serão objeto de prova.

A propósito, a suspensão convencional do processo é uma medida de relevante importância na customização de uma decisão efetiva

na seara das políticas públicas, haja vista que a sequência de atos prevista pela legislação processual civil, em muitas vezes, acabaria prejudicando o caminho da marcha processual, diante da possibilidade de preclusão temporal ou da realização de algum ato incompatível com a composição entre as partes.

Outro importante instrumento que deve ser utilizado nos processos estruturais refere-se às audiências públicas, cujo importância decorre da circunstância de permitir que o juiz entre em contato com conhecimentos que escapam ao campo jurídico, ou que apresentam uma tecnicidade que não está presente no dia-a-dia do Poder Judiciário.

Ao analisar o direito positivo, deduz-se que o fundamento jurídico legitimador do uso de audiências públicas nos litígios estruturantes decorre tanto da realização do negócio processual entre as partes demandantes, bem como do princípio da cooperação previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil.

Logo, as audiências públicas permitem relevante incremento das decisões judiciais, mormente quando há participação do poder público, bem como da sociedade civil organizada, na qual há entidades dotadas de ampla experiência profissional a respeito da matéria que está sendo judicialmente debatida.

Dessarte, diante do acima exposto, conclui-se ser necessária uma mudança de paradigma da atuação processual, uma vez que as características dos litígios que envolvem políticas públicas não devem segui a lógica dos processos individuais ou coletivos, marcados pela rígida sequência de atos processuais, avultando a importância da realização dos negócios processuais, que irá contribui para que haja maturação suficiente para encontrar a solução que seja a mais eficiente para o caso em análise.

Por fim, cumpre destacar que as decisões proferidas em sede de processos estruturais não violam o princípio da separação dos poderes, mas apenas reduzir os mais variados abusos aos direitos fundamentais sociais, garantindo a efetivação de valores que são tão caros e relevantes para a sociedade e que diariamente são desrespeitos pelo poder público.

5. A APLICAÇÃO DO CONCEITO DE PROCESSO ESTRUTURAL E O ATIVISMO JUDICIAL

Atualmente, no Brasil e em outros países, muito se debate sobre os limites do papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei. Tal postura dos magistrados refere-se ao chamado ativismo judicial, que, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso[4], pode assim se descrito:

> A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, freqüentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Assim, das lições acima transcritas, constata-se que a ideia de ativismo judicial refere-se à uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Essa postura ativista pode ser se manifestar através de várias medidas, a exemplo da aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário e a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

[4] JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA – acessado em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-ativismo-judicial-no-brasil-como-mecanismo-para-concretizar-direitos-fundamentais-sociais/

Nesse contexto, conclui-se que o processo estrutural, como acima explicitado, por ser um instrumento que permite ao Poder Judiciário o exercício de outros papéis fora do binarismo típico processual, realizando direitos fundamentais, políticas públicas, etc., é uma clara manifestação de ativismo judicial.

Porém, em que pese a importância do ativismo judicial na efetivação das políticas públicas, há sério risco de o Judiciário, por vezes, extrapolar os limites tradicionais da sua função (divisão de competências entre os Poderes) e se imiscuir indevidamente nas atribuições do administrador público.

Nesse contexto, cumpre destacar, primeiramente, que uma interferência constante pode trazer, além de violação ao princípio da separação dos poderes, insegurança para o campo jurídico, uma vez que o ativismo judicial indiscriminado acerca de políticas públicas supõe a ideia de que os magistrados são melhores conhecedores de assuntos técnicos que os administradores públicos, subvertendo a lógica do funcionamento institucional do poderes concebidos pela Constituição.

Aliás, acerca da prudência do Poder Judiciário para intervir em políticas públicas, veja-se interessante decisão proferido no agravo de instrumento n. 5003393-49.2020.4.02.0000/RJ, do TRF da Segunda Região, relator Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, que deferiu liminar após as seguintes considerações:

> Diante da repartição de competências, constitucionalmente garantida, como corolário do Estado Federativo, e, tendo em vista, a prudência que o delicado momento exige, ante o novo cenário mundial, deve-se prestigiar, ao menos até o presente momento, a política pública eleita pelo município agravante, evitando-se que a intervenção do Poder Judiciário, que, por certo, não detém os conhecimento técnicos acerca da melhor forma de contenção da pandemia, impacte, de forma imprevisível e incalculável, o sistema de saúde municipal.

O Ministro Luiz Fux[5], no mesmo sentido, em recente artigo:

> *[...] Está na ordem do dia a virtude passiva dos juízes e a humildade judicial de reconhecer, em muitos casos, a ausência de expertise em relação à Covid-19.*
>
> *É tudo novo para a Ciência, quiçá para o Judiciário. Nesse contexto, impõe-se aos juízes atenção para as consequências das suas decisões, recomendando-se prudência redobrada em cenários nos quais os impactos da intervenção judicial são complexos, incalculáveis ou imprevisíveis.*
>
> *Antes de decidirem, devem os juízes ouvir os técnicos, porque uma postura judicial diversa gera decisões passionais que desorganizam o sistema de saúde, gerando decisões trágicas e caridade injusta.*
>
> *A novel figura do amigo da Corte (amicus curiae), que pode ser um cientista, um economista, um médico, foi incorporada ao novo Código de Processo Civil para coadjuvar os juízes e tribunais nas decisões que exigem conhecimentos que escapam à formação dos profissionais do Direito.*
>
> *A participação desses experts é fundamental, na medida em que aqui e ali vislumbram-se decisões que apreendem máscaras e remédios, internam-se pessoas cujo tratamento deve ser caseiro, fadigando a disponibilidade de leitos hospitalares, impede-se a criação de postos próximos aos cidadãos para receberem o auxílio econômico governamental, entre outras.*
>
> *Positivamente, não é hora do impulso imoderado, mas do raciocínio prudente, racional e consequencialista, sob pena de a Justiça, cujo o desígnio é dar a cada um o que é seu, transformar-se num paciente infectado por uma Covid que adoece a alma e a razão, ferindo de morte, a um só tempo, a vida dos que sofrem e a esperança dos que intentam viver.*

Dessa forma, em que pese restar consolidada na doutrina e jurisprudência nacional a concepção de processo estrutural, que possibilita a expedição de decisões que representam evidente atuação do Poder Judiciário como formulador de políticas públicas, deve-se sempre estar alerta para o risco de um ativismo judicial indevido.

Nesse cenário, a prudência dos magistrados na condução de processos em que se debate direitos amplos, políticas e saúde públicas exsurge como instrumento relevante para o exercício de um ativismo judicial que

[5]<https://diariodopoder.com.br/opiniao/covid19-processo-estrutural-e-ativismo-judicial#_ftnref34 >. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

respeite as balizas institucionais desenhadas pelo poder constituinte originário que conformou a ordem jurídica iniciada em 1988.

6. ANÁLISE DA DECISÃO QUE DECRETOU O *LOCKDOWN* EM VÁRIAS CIDADES DO MARANHÃO

Em recentíssima decisão, na ação civil pública n.º 0813507-41.2020.8.10.0001, o juiz Douglas de Melo Martins, titular da Vara de Interesses Difusos da Comarca de São Luís/Ma, atendendo a pleito do Ministério Público Estadual, determinou que o Estado do Maranhão decretasse *lockdown* nas cidades que compõe a região metropolitana de São Luís.

A referida decisão liminar foi preferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual sob a alegação de "[...] de acordo com o BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO COVID-19 atualizado às 19 horas do dia de ontem, 28/04/2020, (...) 100% (cem por cento) dos 112 (cento e doze) leitos de UTI exclusivos para a COVID-19, na rede hospitalar do governo do Estado, nesta capital, estão ocupados, o que significa na completa ausência de atendimento com respiradores, se necessários, mesmo após ampliação que vem sendo desenvolvida, inclusive com recursos federais".

E, o juiz, ao acolher o pleito do *Parquet*, determinou, *in litteris*:

> [...] Ante o exposto, com fundamento no artigo 300 do CPC, DEFIRO o pedido de concessão de tutela de urgência e, por conseguinte, DETERMINO:
>
> (i) ao Estado do Maranhão:
>
> a. que aplique, nos Decretos que tratam do distanciamento social como medidas não farmacológicas contra a disseminação do vírus causador da COVID-19, o , lockdown inicialmente pelo prazo de 10 dias, a iniciar dia 05/05/2020, compreendendo: [...]

E, o magistrado fundamentou sua decisão com os seguintes argumentos, *in litteris*:

> [...] *As* medidas de isolamento social e de proibição temporária de atividades que possibilitem aglomeração de pessoas, conforme autoridades sanitárias,

> órgãos e entidades representativas de técnicos da área da saúde, são as mais adequadas para o momento e têm a finalidade de retardar o crescimento da curva de disseminação do vírus.
>
> Ocorre, no entanto, que para o presente momento as medidas de distanciamento social estão se mostrando ineficazes para contenção da propagação do vírus causador da COVID-19, demandando do Poder Público a adoção de medidas mais intensas para evitar um colapso do sistema público de saúde, que, na Capital, já se evidencia, com a lotação máxima dos leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19.
>
> E o estrangulamento não se resume à rede pública.
>
> Hospitais privados já noticiam que a capacidade máxima de seus leitos para pacientes com COVID-19 foi atingida, a exemplo do Hospital São Domingos, e requerem do Poder Público a adoção de medidas de isolamento mais enérgicas.
>
> Para esse estágio, segundo Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde , a [2] medida preconizada pela OMS para conter a proliferação descontrolada da doença e possibilitar a recuperação do sistema de saúde, caso o distanciamento social não se mostre mais eficaz, é o (bloqueio total de atividades) lockdown .
>
> No caso presente, é necessária adoção do bloqueio total, ainda que por curto período, pois essa é a única medida possível e eficaz no cenário para contenção da proliferação da doença e para possibilitar que o sistema de saúde público e privado se reorganize, a fim de que se consiga destinar tratamento adequado aos doentes. [...]

Assim, à vista do determinado pelo magistrado, a decretação de *lockdown*, e a motivação da decisão, razões de ordem estritamente administrativa, não resta dúvida da natureza estrutural da interlocutória em questão.

No caso em tela, cujo pano de fundo é tema complexo (combate ao Covid-19), a decisão prolatada impõe transformação na estrutura interna do Estado do Maranhão e de vários municípios, no sentido implementar as medidas de *lockdown*, atuando o magistrado como administrador.

Assim, a decisão representa paradigmático caso de ativismo judicial materializado em sede de processos estruturais, novel instrumento processual cada vez mais utilizado na tutela de direitos difusos.

CONCLUSÃO

Por conseguinte, a saúde é direito garantido pelo Constituição Federal como um direito de todos, tornando-se um direito público subjetivo e constitucionalmente tutelado.

Nesse sentido, compete ao poder público formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência médico hospitalar.

Porém, tal direito de caráter prestacional ainda não encontrou a efetividade prometida no texto constitucional, de sorte que incumbe ao Judiciário intervir para que esse direito não se converta em mera promessa constitucional.

Nesse contexto, a fim corrigir as políticas públicas voltadas a garantir o direito à saúde, exsurgem os chamados processos estruturais, nos quais verifica-se um papel criativo dos tribunais no sentido atuarem como autores na formulação das políticas, como recentemente ocorreu em processo em que o magistrado impôs ao Estado do Maranhão a decretação de *lockdown* em diversos municípios maranhenses.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DANTAS, Humberto. **Democracia e saúde no Brasil: uma realidade possível?** São Paulo: Paulus, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **A Ação Civil Pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos.** In MILARÉ, E. et alli. Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação. Coord. Edis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FISS, Owen. **Um Novo Processo Civil - Estudos Norte-americanos Sobre Jurisção, Constituição e Sociedade**. São Paulo: 2004. Editora RT.

GANDINI. João Agnaldo Donizeti; BARIONE. Samantha Ferreira; SOUZA. André Evangelista de. **A efetivação dos direitos sociais à saúde e à**

moradia por meio da atividade conciliadora do Poder Judiciário. In: SANTOS, Lenir (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes Editora, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira et alii. **Curso de Direito Constitucional**. 1. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CAPÍTULO DEZESSEIS

INTOLERÂNCIA RELIGIOSA: IMPACTOS CONTEMPORÂNEOS NO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA

RELIGIOUS INTOLERANCE: CONTEMPORARY IMPACTS AT THE FUNDAMENTAL LAW ON RELIGIOUS FREEDOM

RODRIGO PELLEGRINO

Mestrando em Direito pela Faculdade Autônoma do Direito de São Paulo. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade de Minas Gerais (FACUMINAS). Pós-graduado em Direito Constitucional e Político pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU). Pós-graduado em Teologia pelo Centro Adventista de São Paulo (UNASP). Graduado em Direito pela Faculdade Metropolitanas Unidas (FMU). Graduado em Teologia pelo Centro Adventista de São Paulo (UNASP). E-mail: prof.rodrigopellegrino@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceitos, 1.1 Tolerância, 1.2 Intolerância, 1.3 Direito Fundamental, 1.4 Liberdade Religiosa; 2. Breve Panorama Histórico da Intolerância Religiosa, 2.1 Período pré-medieval, 2.2 Período Medieval, 2.3 Período pós-medieval; 3. Casos Hodiernos de Intolerância Religiosa, 3.1 Afeganistão, 3.2 Israel, 3.3 China; 4. Impactos Contemporâneos da Intolerância Religiosa; 5. Possíveis Ações como Forma de Minimizar a Intolerância Religiosa; Conclusão; Referências.

RESUMO: Após séculos dos adventos das constituições modernas, a deflagração de inúmeros cenários de intolerância religiosa é algo tão hodierno e constante. O cerceamento do direito fundamental à Liberdade Religiosa é contemplado sob diversas formas, em diversos aspectos ligados à ótica da intolerância religiosa. Atualmente vislumbramos cenários bélicos no Afeganistão, conflitos atrelados à China, o oriente evidencia diversos exemplos de intolerância religiosa. Todavia, a intolerância religiosa não está restrita a povos orientais, e muito menos aos países que não possuem uma tutela efetiva a direitos fundamentais; a intolerância religiosa é contemplada em nações que são membros da Organização das Nações Unidas. Através de uma revisão bibliográfica, e por meio de análise de casos hodiernos, analisaremos situações pelas quais a intolerância religiosa impacta negativamente o direito fundamental à liberdade religiosa; o tema em analise visa criar um pensamento mais reflexivo, para motivar ações, incentivar o fomento de medidas para coibir a intolerância religiosa, seja ela explicita ou praticada de forma camuflada, possibilitando um respeito, uma tutela mais efetiva à Liberdade Religiosa de tantos que tem sua dignidade e até sua vida cerceada.
Palavras-Chave: Intolerância. Tolerância. Liberdade Religiosa.

ABSTRACT: After centuries of the advent of modern constitutions, the outbreak of countless scenarios of religious intolerance is something so modern and constant. The curtailment of the fundamental right to Religious Freedom is contemplated in different ways, in various aspects linked to the viewpoint of religious intolerance. Currently, we glimpse war scenarios in Afghanistan, conflicts linked to China, the east shows several examples of religious intolerance. However, religious intolerance is not restricted to Eastern peoples, and even less to countries that do not have effective protection of fundamental rights; religious intolerance is contemplated in nations that are members of the United Nations. Through a literature review, and through the analysis of current cases, we will analyze situations in which religious intolerance negatively impacts the fundamental right to religious freedom; the subject under analysis aims to create a more reflective thinking, to motivate actions, encourage the promotion of measures to curb religious intolerance, whether it is explicit or practiced in a camouflaged way, enabling respect, a more effective protection to the Religious Freedom of so many who have her dignity and even her curtailed life.
Keywords: Intolerance. Tolerance. Religious freedom.

INTRODUÇÃO

A intolerância já gerou muitos prejuízos para a humanidade e de forma hodierna, mesmo após o surgimento dos Estados Democrático de Direito, notamos que ela continua sendo uma triste realidade.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, nos remete a ideia de tolerância ao prescrever com um de seus objetivos fundamentais o não preconceito, em seu Art. 3º, inciso IV, *in verbis:*

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Mesmo com Cartas Constitucionais que aderem a tutela de direitos fundamentais, estabelecendo até instrumentos assecuratórios destes direitos, não foram suficientes para inibir a intolerância religiosa.

De forma genérica há o pensamento que a intolerância ou tolerância é direcionada a grupos minoritários, onde o grupo dominante tolera o grupo minoritário, ou pratica ato de intolerância contra este.

Um grupo é visto como minoritário dependendo do contexto social, cultural o qual está inserido, exemplo disto podemos destacar os Judeus em Israel são maioria. Os muçulmanos na Itália representam um grupo minoritário, mas na Arabia Saudita são maioria.

A intolerância de forma mais violenta e com mais frequência é vislumbrada por grupos majoritários, todavia, as minorias também podem ser intolerantes, por exemplo uma situação hipotética onde um judeu resolva não contratar um católico, pois este se recusa a trabalhar domingo de manhã, pois quer ir à missa.

Visamos delinear conceitos, vislumbrar um panorama histórico, destacar impactos atuais que a intolerância religiosa está causando em diversas nações, como formadores de opinião que devemos ser, fomentar o cultivo da tolerância e o efetivo respeito a dignidade da pessoa humana, raça a qual somos integrantes.

1.CONCEITOS

1.1. TOLERÂNCIA

A tolerância pode ser compreendida como um elemento agregador ao direito à Liberdade Religiosa, sendo até vista como uma obrigação; há uma obrigação de tolerância. Podemos tecer a tolerância como um dever de respeito a dignidade e personalidade alheias, assim como pelas diferentes crenças e opções de consciência. (WEINGARTNER NETO, 2007)

> Tolerância, ou seja, respeito pelas pessoas que tem pontos de vista diferentes do nosso, é uma palavra chaves no estudo das religiões. Não significa necessariamente, o desaparecimento das diferenças e das contradições, o que não importa no que você acredita, se é que acredita em alguma coisa. Porém a tolerância não é compatível com atitudes como zombar das opiniões alheiras ou se utilizar da força de ameaças. (SORIANO, 2002, p.25)

"A tolerância é um elemento favorecedor da paz e do desenvolvimento de uma sociedade fraterna, justa e pluralista. Se queremos paz devemos fomentar uma sociedade tolerante". (SORIANO, 2002, p.23)

> Quando se fala em tolerância nesse seu significado histórico predominante, o que se tem em mente é o problema de convivência de crenças (primeiro religiosas, depois, também políticas) diversas. Hoje, o conceito de tolerância é generalizado para o problema da convivência das minorias étnicas, linguísticas, raciais, para os que são chamados de diferentes. (SORIANO, 2002 apud BOBBIO, 1992, p.203)[1]

Conceito Reflexivo: a tolerância não é o oposto de intolerância, mas sua falsificação. Ambas são despotismos. Uma se atribui a si mesma o direito de impedir a liberdade de consciência, e outra, o autorizá-la. A tolerância era de pensamento despótico. Tolerância não significa concordar com as opções do outro; não significa nem tentar mudar o modo de ser do sujeito tolerante nem do outro; significa aceitar o direito do outro a ser diferente com suas opções (BARROCO, 2014).

[1] SORIANO, *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*, p.23

Tolerância Simulada: parte da sociedade finge "tolerar" as escolhas alheias desde que elas se objetivem fora do espaço de convivência pública, desde que não perturbem a ordem social e moral, desde que não demande um envolvimento com os seus sujeitos (BARROCO, 2014).

A "tolerância" falsa e repressiva, especialmente veiculada pela publicidade, pela propaganda e pelo controle ideológico que reprime o impulso à liberdade, passando a falsa ideia de imparcialidade do poder dominante (BARROCO, 2014).

1.2. INTOLERÂNCIA

Podemos tecer a intolerância religiosa, como a necessidade de estigmatizar para fazer oposição entre o que é normal, regular, padrão, e o que é anormal, irregular, não padrão. Estigmatizar é um exercício de poder sobre o outro. Estigmatiza-se para excluir, segregar, apagar, silenciar e apartar do grupo considerado normal e de prestígio (NOGUEIRA, 2020).

"As minorias étnicas, linguistas, raciais, sem embargo, são as que mais sofrem com a intolerância, que pode, inclusive, ser de índole religiosa". (SORIANO, 2002, p. 24).

A expressão "intolerância religiosa" tem sido utilizada para descrever um conjunto de ideologias e atitudes ofensivas a crenças, rituais e práticas religiosas consideradas não hegemônicas. Práticas estas que, somadas à falta de habilidade ou à vontade em reconhecer e respeitar diferentes crenças de terceiros, podem ser consideradas crimes de ódio que ferem a liberdade e a dignidade humanas (NOGUEIRA, 2020).

1.2. DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são direitos atrelados à proteção, ao respaldo e à dignidade da pessoa humana:

> Os direitos fundamentais constituem, primordialmente, uma reserva de direitos que não pode ser atingida pelo Estado [Poder Público] e nem pelos

> próprios particulares. Os direitos fundamentais ganham normatividade, e consolida-se a ideia de que existe um núcleo de direitos que é indevassável. Esse núcleo se torna indevassável, intangível e oponível contra as maiores seja particular ou o próprio poder público. Portanto é assegurado, seja contra o particular o poder público, a proteção dos direitos fundamentais. (NERY JUNIOR, ABBOUD, 2020, p.354-355)

1.3. LIBERDADE RELIGIOSA

"Por fim, também não podemos olvidar que das liberdades, a liberdade religiosa é, senão a mais importante, uma das mais importantes liberdades. A liberdade religiosa é a pedra de toque dos direitos fundamentais". (VIEIRA, REGINA, 2020, p.101)

> A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor qualquer religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis (SORIANO, 2002 apud MIRANDA, 2000, p.409)[2]

2. BREVE PANORAMA HISTÓRICO DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Destacaremos três períodos atrelados a era medieval, pois nesta era, de forma institucionalizada vislumbramos de maneira acentuada, em inúmeros contextos atos relacionados intolerância religiosa, com o consequente cerceamento ao direito fundamental à Liberdade Religiosa.

2.1. PRÉ PERÍODO MEDIEVAL

Como período pré medieval, destacamos antigo remontado ao Império Romano, abarcando uma estrutura monarquia mais primitiva.

É possível afirmar que a intolerância religiosa não é algo recente na história da humanidade e muito menos na história do Brasil. Todavia,

[2] Idem, p. 7.

suas formas de manifestação têm sido modificadas de acordo com a organização política, cultural e econômica de cada sociedade em determinado tempo e espaço (NOGUEIRA, 2020).

Na antiguidade, no período pré medieval, a intolerância religiosa era prática seja pela prevalência do poder religioso, ou seja, pela predominância do poder político, destacamos o argumento de ADRAGÃO, 2018, p. 39:

> O monismo, a identificação entre o poder político e a religião, é a característica fundamental do mundo pré-cristão em todas as latitudes; é esse o modelo típico da Antiguidade. Compreende variantes fundamentais: a teocracia, em que o elemento religioso predomina sobre o político, e o cesarismo, em que o elemento político prevalece sobre o religioso.

2.2. PERÍODO MEDIEVAL

Como era medieval destacamos o período que adentra na supremacia da Igreja Apostólica Romana, até o século XVIII, onde percebemos o enfraquecimento desta supremacia.

"A igreja Católica Apostólica Romana, alegava que era a detentora de todo poder, quer fosse político ou religiosa, pois teria recebido este poder diretamente de Deus". (CHEHOUD, 2017, p. 30).

Registro é silente de intolerância religiosa no período medieval contra o povo judeu, porém não podemos descartá-la, neste sentido SANCOVSKY, 2007:

> A intolerância ao elemento judaico pode ser explicada, em muitos casos, como a não compreensão e oposição às visões de mundo produzidas pelo Judaísmo Rabínico, em sua expressão literária mais conhecida e difundida pelas comunidades judaicas em todo o mundo: o Talmud. A historiografia medievalista até hoje permaneceu silenciosa quanto às inflexões da cultura rabínico talmúdica sobre o universo social do judeus e dos conversos de origem judaica. Chegam sequer a apontar o Talmud como possibilidade para o estudo do antissemitismo, latente entre os séculos 6 e 7, ou antes, como fundamento filosófico e exegético da resistência dos judeus batizados.

A tolerância na idade média, foi utilizada como uma falsa intolerância ou ainda, como um elemento para tentar suprir a falta de liberdade religiosa, neste sentido destacamos CHEHOUD, 2017, p.36:

> Os inícios da liberdade religiosa foram simplesmente tratados de paz entre duas religiões interessadas em cessar a l uta. Aos poucos ouras religiões foram sendo admitidas. Esse era o regime de tolerância. Onde uma religião preponderava, as outras eram toleradas. Havia uma precisa divisão entre religião dominante e as outras as meramente toleradas. **Vigora o espírito de tolerância religiosa o lugar da liberdade religiosa.** (grifos nossos)

Destacando ainda a ideia de tolerância como falsa tolerância, notamos:

> Em vez de se falar de liberdade religiosa, falava-se de tolerância religiosa, espírito de tolerância, e outros conceitos semelhantes, em 1789, puseram o dedo na chaga. Zurziam as ideias de religião "dominante" e de "tolerância". O último foi assaz claro e feliz**: "A tolerância não é o oposto à intolerância, mas sua falsificação.** Amas são despotismos. Uma se atribui a si mesma o direito de impedir a liberdade de consciência, e outra, o de autorizá-la". A "tolerância" era o resto de pensamento despótico. (CHEHOUD, 2017 apud MIRANDA, 1971, p.120, grifo nosso)

Podemos destacar várias atrocidades que foram cometidas na idade média devido a intolerância religiosa, destacaremos ao menos um exemplo emblemático, o massacre de são Bartolomeu.

> No dia 22 de agosto de 1572, teve início esse diabólico ato de sanguinária brutalidade. Pretendia-se com um único golpe acabar com a raiz da arvore do protestantismo, que antes havia sofrido danos apenas em seus galhos. O rei da França havia astutamente proposto um casamento entre sua irmão e o príncipe de Navarra, capitão e príncipe protestante. Os soldados foram postos de modo a receber um sinal para, de imediato se lançarem ao massacre em todas as partes da cidade. Nos três primeiros dias, mataram dez mil de todas as classes sociais. Os corpos foram lançados nos rios, e pelas ruas corria uma forte corrente de sangue. Em Orleans foram mortos mil homens, mulheres e crianças; seis mil em Rouen. As núpcias do jovem rei de Navarra com a irmã do rei da França foram celebradas em pompa, no final da meia noite, na noite de São Bartolomeu, o sinal foi dato e todas as casas protestantes foram invadidas de uma só vez;

> a fúria da religião com a raiva partidária foram unificadas, no palácio do rei ocorreram um das principais matanças, muitos empregados protestantes do rei de Navarra, foram mortos na própria cama ao lado de suas esposas. Em Barre usaram de grande crueldade, mesmo para com as crianças, as quais abriam e lhes arrancavam as entranhas, e em sua fúria, chegam a ranges os dentes. (FOXE, 2020, p. 76-81).

No final do período medieval, a prática da tolerância religiosa começa a surgir paulatinamente na Europa. As monarquias católicas e protestantes de cunho absolutistas, que de forma habitual exercia atos de intolerância, por vezes concederem estatutos de tolerância aos seus súditos. (ADRAGÃO, 2018).

2.3. PÓS-PERÍODO MEDIEVAL

No período pós-medieval, vislumbramos o advento das Constituições, a adesão a carta magnas que tutelam direitos fundamentais; surge os Estados Modernos, marcados pelo ideia de democracia e no direito.

Os conflitos criados por pretextos religiosos são problemas de grande magnitude que assola a sociedade. As guerras, os conflitos em nome da religião não é exclusividade dos dias atuais. Desde as civilizações mais antigas, esses conflitos têm causado inúmeras mortes e dividido os povos ao redor do mundo. Com o crescimento das tensões políticas e das crises econômicas mundiais, os conflitos religiosos estão cada vez mais recentes, ameaçando inclusive a humanidade (ENTENDA por que os conflitos religiosos devem acabar, 2020).

> O preconceito, a discriminação, a intolerância e, no caso das tradições culturais e religiosas de origem africana, o racismo se caracterizam pelas formas perversas de julgamentos que estigmatizam um grupo e exaltam outro, valorizam e conferem prestígio e hegemonia a um determinado "eu" em detrimento de "outrem", sustentados pela ignorância, pelo moralismo, pelo conservadorismo e, atualmente, pelo poder político – os quais culminam em ações prejudiciais e até certo ponto criminosas contra um grupo de pessoas com uma crença considerada não hegemônica.

A minimização do poder eclesiástico, decorrente do fim do período medieval é um fator que corroborou para o enfraquecimento da intolerância religiosa, neste sentindo destacamos Lorea (2008, p. 34):

> Com a paulatina superação da Idade Média, a nascente Idade Moderna assiste a um debilitamento do Império a favor dos reios, e da Igreja universal a favor das igrejas nacionais.

O Brasil, como sociedade ocidental, não nasceu como uma democracia religiosa. Não é necessário que se vá muito longe na história do nosso país para entender que a intolerância religiosa e a farsa da laicidade têm como origem o colonialismo. Desde a invasão pelos portugueses, a religião cristã foi usada como forma de conquista, dominação e doutrinação, sendo a base dos projetos políticos dos colonizadores (NOGUEIRA, 2020).

De forma hodierna a intolerância religiosa e discriminação ocorrem de forma constante na vida dos adeptos das religiões de matriz africana no Brasil. A justiça federal do Rio de Janeiro até prolatou sentença declarando que o candomblé e a umbanda não seria religiões.

A Intolerância religiosa impende relações econômicas no mundo; estudos do instituto *Pew Ressearch*, descreve a intolerância mundial só cresce, 76% das pessoas do mundo, sofrem devido a intolerância religiosa (hostilidade, restrições). O Brasil está em queda com a tolerância religiosa, segundo estudos do instituto *Pew Ressearch,* em 2012 o Brasil era o primeiro país da lista com maior índice de tolerância religiosa, como as menores taxas de restrições governamentais e hostilidades sociais em relação a liberdade religiosa. (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018).

Em 2015, ao se levantar novamente a pesquisa, a intolerância religiosa aumentou no Brasil, e o país ocupa o 5º lugar, antes era o primeiro (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018). A intolerância religiosa, no Brasil, é frequente na vida dos seguidores de matriz africana, o juiz federal do Rio de Janeiro proferiu sentença que declarou que o candomblé e a umbanda não são religiões, voltou atras pelo clamor público.

A intolerância religiosa cresce nos EUA, para as religiões de tradição judaica e cristã; orações nas escolas públicas são banidas por técnicas

de yoga. Uma empresa de panificação foi penalizada drasticamente, devido ao fato que seus donos que são adeptos aos valores cristãos se recusaram a servir um bolo em um casamento gay (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018). O banimento da religião em espaços públicos e até privados na terra da liberdade é uma atual realidade.

A posição dominante de religiões majoritárias, possibilita um cenário de intolerância face as religiões minoritárias, neste sentido, Weingartner Neto, Jayme (2007, p. 161):

> [...] a posição dominante da Igreja Católica decorre de um sistema secular de união político-religiosa, estruturada em privilégio e discriminação, a radicação história de práticas de coerção e discriminação é insuficiente para legitimá-las, na ótica do constitucionalismo atual, é ilegítimo qualquer arranjo jurídico-político que perpetue e consolide situações históricas de desigualdade religiosa, em preceitos das legitimas aspirações das minorias.

3. CASOS HODIERNOS DE INTOLERÂNCIA RELGIOSA

Diversos países deflagram casos recentes de intolerância religiosa, onde drasticamente a vida, a dignidade da pessoa humana é violada, destacaremos algumas situações mais recentes, cuja repercussão é posta em tela de forma global.

3.1. AFEGANISTÃO

Há vários séculos que o território do Afeganistão sofre com guerras por motivações religiosas. Recentemente, o conflito maior está entre o Regime do Talibã, formado por fundamentalistas muçulmanos, e do outro lado a Aliança do Norte, formado por pessoas que querem combater muçulmanos radicais, considerado um grupo menos radical, menos extremista. (ENTENDA por que os conflitos religiosos devem acabar, 2020).

No Afeganistão temos dois grupos em destaque que estão em conflito: fundamentalistas radicais muçulmanos e não-muçulmanos. Desde a época em que Alexandre, o Grande, por volta de 300 a.C., o Afeganistão já

era campo de conflito. Atualmente, dois grupos disputam o poder no país, em um conflito que se desenrola há anos. De um lado está o Talibã, movimento fundamentalista islâmico que governou o país entre 1996 e 2001. (SOARES, 2016)

Do outro lado está a Aliança do Norte, organização político-militar que une diversos grupos demográficos afegãos que buscam combater o Regime Talibã. Depois dos atentados de 11 de setembro de 2001 que ocorreram nos Estado Unidos, a Aliança do Norte passou a receber o apoio da América do Norte, onde o Afeganistão foi invadido em busca do líder do Al-Qaeda, Osama Bin Laden, estabelecendo uma nova república no país. (SOARES, 2016)

Em 2011, americanos e aliados comemoraram a captura e morte do líder do grupo fundamentalista islâmico responsável pelo ataque às Torres Gêmeas, mas isso não acalmou os conflitos internos no país, que continua sendo palco de constantes ataques talibãs. (SOARES, 2016)

A intolerância religiosa no Afeganistão é marca registrada desde os tempos áureos da Grécia Antiga. Inúmeras mortes e atrocidades foram cometidas em nome da fé, com base na intolerância religiosa.

3.2. ISRAEL

O governo israelense incluiu em uma publicação no *twitter* um trecho do Alcorão, o livro sagrado dos muçulmanos. O post foi interpretado pelos internautas como um ataque à Palestina e ao islamismo. (SOARES, NUNES, 2021)

> Israel utilizou o trecho para acusar a Palestina de violência contra o país. A publicação motivou diversas críticas sobre intolerância religiosa pelos usuários do Twitter. Os internautas também comentaram que o perfil do governo israelense estava distorcendo o significado das escrituras do Islã para atacar os palestinos. As tensões aumentaram entre Israel e Palestina na última semana, com ataques constantes em Gaza. Israel proibiu a entrada e livre circulação de palestinos em locais de Jerusalém que são sagrados tanto para o islamismo quanto para o judaísmo. (SOARES, NUNES, 2021)

3.3. CHINA

A China é um caso típico de intolerância religiosa a católicos e protestantes, o símbolo ícone da fé cristã foi duramente atacado pelo governo chines.

> Em mais uma das medidas da conhecida perseguição religiosa do Partido Comunista Chinês aos cristãos, a província de Anhui chegou ao número de mais de 900 cruzes removidas das igrejas.
>
> Em 2016 o governo já havia definido que as cruzes não podem ser mais altas que a bandeira da China. Agora, o site Bitter Winter, que investiga a perseguição chinesa, confirmou que esse número de remoções corresponde somente ao primeiro semestre de 2020.
>
> A província de Anhui tem a segunda maior população cristã da China, entre católicos e protestantes.
>
> Caso desobedecidas as determinações, os templos podem ser fechados pelo regime, e os membros podem perder benefícios sociais básicos que garantem a sobrevivência.
>
> O Departamento de Trabalho da Frente Unida, que fiscaliza as remoções, afirmou que qualquer Cruz mais alta que o prédio do governo deve ser demolida, porque "ofuscam as instituições do Estado".
>
> Também na China é que todos os altares devem ter primeiro a foto do ditador. A desobediência ao governo, infelizmente, ainda é um grave risco à vida na China.

4. IMPACTOS CONTEMPORÂNEOS DA INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Pelo argumento a seguir, podemos inferir que a intolerância religiosa está atrelada a questões culturais, políticas, raciais e financeiras, todos estes elementos compõe o arcabouço da intolerância.

> A complexidade desses conflitos é enorme. Os motivos que levam às guerras não são apenas a intolerância religiosa, mas questões culturais, políticas, raciais e financeiras. Nesse emaranhado, fica difícil de entender de fato o que acontece nesses conflitos e quais os impactos que eles causam. (ENTENDA por que os conflitos religiosos devem acabar, 2020).

A intolerância deflagra o caos, se exterioriza através de elevados atos de violência contra dignidade da pessoa humana, pessoas diuturnamente sofrem ofensas a sua integridade, por atos de grupos majoritários, que com sua ação de dominância subjugam os que não tem força de defesa, não possui voz de reação.

> O ministro das Prisões do regime do Talibã, Nooruddin Turabi, anunciou que o regime vai retomar as execuções e amputações de mãos para castigar delinquentes, embora possivelmente não impondo esses castigos publicamente, como no passado. "Cortar as mãos é muito necessário para a segurança", disse o veterano dirigente da milícia islâmica em uma entrevista à agência de notícias norte-americana Associated Press.
>
> Turabi, um dos fundadores do movimento fundamentalista e o principal executor de sua dura interpretação da lei islâmica, advertiu que ninguém deve interferir no novo regime afegão. "Ninguém nos dirá quais devem ser nossas leis. Seguiremos o islã e faremos nossas leis respeitando o Corão", sentenciou. (DANA, 2021)

O grupo fundamentalista islâmico conhecido como Talibã, com suas ações extremas, com base na fé, impulsionam a intolerância religiosa e impactam não só o Afeganistão, mas o mundo.

Em um mundo globalizado, as nações estão conectadas, e ações de intolerância geram efeito em cadeia, é notório que a intolerância religiosa gera impactos na economia, na cultura, nas ações políticas das nações.

> Hostilidades e restrições religiosas criam ambientes que podem afastar o investimento local e estrangeiro, minam o desenvolvimento sustentável, e perturbam grandes setores da economia. Tal ocorreu no ciclo contínuo de regulação e hostilidades religiosas no Egito, que afetou negativamente a indústria do turismo entre outros setores. Os jovens empreendedores são empurrados a levar seus talentos a outros lugares devido à instabilidade associada a restrições e hostilidades religiosas elevadas e crescentes. (GRIM, LAZARI, SORIANO. 2018, p. 117-118)

"[...] a intolerância é um obstáculo aos negócios e também ao enriquecimento das nações, o cultivo da liberdade religiosa, contribui para o desenvolvimento de um mundo mais pacífico e tolerante." (GRIM, LAZARI, SORIANO. 2018, p.121).

As relações trabalhistas sofrem impactos atrelados a intolerância religiosa, exemplo disto são os dias de guarda religiosa não são respeitados, as religiões minoritárias são perseguidas ou discriminadas. Mesmo religiões majoritárias como os católicos e os evangélicos, vem sofrendo com o crescimento do pensamento na sociedade de que as religiões não podem expor suas ideais ou defender seus valores de forma publica (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018).

Ações e processos trabalhistas, gerando diversos prejuízos a empresas e até ao primeiro setor, ocorrem em decorrência da intolerância religiosa, a intolerância não está somente nas ações dos grupos extremistas armados, mas no trato diário, em situações comuns da vida, destacamos aqui dois casos.

A intolerância religiosa também ocorre no serviço público brasileiro, dois cidadãos, uma já era servidora pública, e o outro estava na expectativa de tomar posse do cargo, passaram por atos de intolerância religiosa, que tiverem que submeter suas demandas a Corte Constitucional Brasileira.

> O primeiro caso julgado (RE 611874) originou-se do Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF. O recorrido foi o adventista Geismário Silva dos Santos, que impetrou o MS perante o TRF da 1ª Região, contra ato da presidente daquela corte, visando a garantir sua participação na prova prática de capacidade física, em um local que previa a realização do mesmo exame em um domingo, de modo que não ofendesse sua crença. O TRF decidiu, por maioria da corte especial, que o pedido do candidato era compatível com o interesse público e não acarretava prejuízo às atividades da Administração nem às regras do edital. Desta decisão proferida pelo julgador regional é que originou o RE nº 611874, interposto pela União perante o STF. (BATISTA NETO, 2020)

> O segundo caso (ARE 1099099) iniciou-se com a impetração do mandado de segurança pela adventista Margarete da Silva Mateus Furquim contra ato do prefeito municipal de São Bernardo do Campo (SP), por ter sido exonerada após parecer da Caeds (Comissão de Avaliação Especial de Desempenho do Servidor), acusada de não ter cumprido requisito da assiduidade, por faltas no período de sua guarda religiosa. Por essas razões, solicitava a decretação de nulidade do ato exoneratório e a reintegração ao cargo de professora da educação básica (EJA). Após decisão de primeira instância denegatória da segurança, a professora interpôs a Apelação nº 1022527-95.2014.8.26.0564 e a 2ª Câmara

> de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso por unanimidade. Sendo assim, em sua defesa foi interposto o recurso perante o STF. (BATISTA NETO, 2020)

O Supremo Tribunal Federal após julgar o Recurso Extraordinário nº 611874, proferiu acordão, reconhecendo o direito dos jurisdicionados, que sofreram intolerância religiosa, por questões de fé.

Os demandantes são Adventistas do Sétimo dia, grupo cristão minoritário que por questões de crença e consciência tem o dia de sábado, como dia santo, se abstendo de realizar atividades seculares neste dia.

A Suprema Corte Brasileira decidiu:

> No caso da prestação de concursos públicos, questão ligada o candidato Geismario, a suprema corte garantiu: "que é possível a realização de etapas de concursos públicos em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca escusa de consciência e crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da operação e a preservação da igualdade entre todos os candidatos".[3]
>
> Na situação que envolve o estágio probatório, demanda ligada a Margarete, a tese final declarou: "é possível à administração pública, inclusive em estágio probatório, estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presente a razoabilidade da operação e não se caracterize o desvirtuamento do exercício de suas funções".[4]

Caso de regulador financeiro chama atenção para epidemia de mortes por excesso de trabalho na China, um fenômeno que tem até nome: guolaosi.

A China está em um processo acelerado de crescimento, que tirou milhões da pobreza, mas está deixando outras vítimas pelo caminho. Para maximizar o lucro se minimiza a dignidade humana. Baixos Salários - o salário-mínimo é diferente em cada a localidade. Os governos estadual,

[3] Acórdãos, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443931/ false> Acesso em: 16 abr. 2021

[4] Idem.

municipal e regional podem estabelecer um valor para o salário-mínimo. Ausência de suprimir o mínimo existencial. Doenças e Mortes devido a exaustiva jornada laborativa. Os chineses trabalham mais horas, pois têm menos feriados e menos férias. 1.600 chineses chegaram a morrer por dia de tanto trabalhar. (CALEIRO, 2014).

A intolerância religiosa na China foi um obstáculo para o seu desenvolvimento econômico? Aparentemente não, porque o governo chinês associou a tirania comunista ao livre mercado. Um grande ressalva foram os maciços investimentos dos Estados Unidos, sem os quais a China estaria tão apagada quanto à Coréia do Norte (SORIANO, 2021).

Não há como negar que intolerância, impacta negativamente o desenvolvimento econômico. Melhor resultado econômico seria alcançado se a China tivesse adotado a democracia liberal com todas as liberdades públicas e não apenas em parte a liberdade econômica.

A intolerância religiosa impacta negativamente a economia e a reputação de empresas e países que a praticam. A situação de intolerância e discriminação em relação as mulheres muçulmanas que fazem uso do véu são hodiernas e fatídicas.

Uma moça muçulmana, sofreu discriminação na empresa que trabalhava – varejista de roupas Abercrombie & Fitch, a respeito do uso do véu, foi demitida pela atitude discriminatória da empresa a qual trabalha. A mulçumana moveu processo que resultou não somente prejuízos econômicos, mas também a imagem, publicidade da empresa. (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018).

5. POSSÍVEIS AÇÕES COMO FORMA DE MINIMIZAR A INTOLERÂNCIA RELIGIOSA

Uma forma de tentar minimizar a tolerância religiosa foi a criação de instrumentos legais para coibir esta intolerância. Um marco moderno disto foi a ideia de liberdade e tolerância outorgada pelos estados modernos.

> A Declaração Americana distingue se pela confluência de dois elementos: a ideia da liberdade religiosa no sentido liberal e antiabsolutista, e a ideia

> de liberdade e tolerância entre cristãos de diferentes confissões, própria do contexto norte americano do século XVIII com prevalência do segundo elemento. (ADRAGÃO, 2018, p.71)

Ações do poder legislativo, a elaboração de normas Constitucionais e infraconstitucionais; uma ação efetiva dos poderes públicos, como a tutela jurisdicional conferida pelo poder judiciário, ações do poder executivo em promover a tolerância e isonomia, são formas que podemos contemplar para minimizar a intolerância, provendo o respeito ao fundamento mor, a dignidade da pessoa humana.

Uma ação promovida pelo poder legislativo, que se une a ações do executivo e do segundo e terceiro setor, foi a elaboração da Lei nº 17.346 de 12 de março de 2021, do Estado de São Paulo, Institui a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo e dá outras providências, reproduzimos alguns artigos que visam viabilizar ações para minimizar a intolerância religiosa, art. 1º, parágrafo único; art.7º, inciso I; art. 8º, incisos I ao V; artigos 34 ao 41, *in verbis:*

> **Artigo 1º** - Fica instituída a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo, que se destina a combater toda e qualquer forma de **intolerância religiosa**, **discriminação religiosa** e desigualdades motivadas em função da fé e do credo religioso que possam atingir, coletiva ou individualmente, os membros da sociedade civil, protegendo e garantindo, assim, o direito constitucional fundamental à liberdade religiosa a toda população do Estado de São Paulo.
> **Parágrafo único** - O direito de liberdade religiosa compreende as liberdades de consciência, pensamento, discurso, culto, pregação e organização religiosa, tanto na esfera pública quanto na esfera privada, constituindo-se como direito fundamental a uma identidade religiosa e pessoal de todos os cidadãos, conforme a Constituição Federal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional aplicável.
>
> **Artigo 7º** - Para os fins desta Lei considera-se:
> I - **intolerância religiosa: o cerceamento à livre manifestação religiosa, bem como o assédio e os atos de violência em ambiente de trabalho, instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou quaisquer outros ambientes públicos ou privados;**
>
> **Artigo 8º - As ações e políticas públicas de enfrentamento à intolerância religiosa e de implementação de cultura de paz terão como finalidade**:

I - o combate à intolerância religiosa ocorrida no âmbito familiar ou na comunidade e a divulgação de ações, governamentais ou não, que promovam a tolerância;

II - a adoção, em instituições públicas, de práticas diferenciadas que se fizerem necessárias em razão de convicção religiosa da pessoa;

III - a promoção e conscientização acerca da diversidade religiosa como integrante da diversidade cultural;

IV - a promoção e conscientização, por intermédio de órgãos e agências de fomentos públicos, projetos culturais e de comunicação, do direito à liberdade religiosa e do respeito aos direitos humanos;

V - o apoio e a orientação a organizações da sociedade civil na elaboração de projetos que valorizem e promovam a liberdade religiosa e os direitos humanos em seus aspectos de tradição, cultura de paz e da fé.

Das Ações do Estado na Defesa da Liberdade Religiosa e Enfrentamento da Intolerância Religiosa

Artigo 34 - O Estado de São Paulo:

I - assegurará ampla liberdade de consciência, de crença, de culto e de expressão cultural e religiosa em espaços públicos;

II - **realizará campanhas de conscientização sobre o respeito a todas as expressões religiosas**, bem como campanhas de promoção, proteção e defesa do direito de liberdade religiosa para todos e em todos os lugares;

III - garantirá, nos limites legais, o acesso aos parques de conservação ambiental e o uso democrático de espaços públicos para as manifestações, cultos e práticas de crenças religiosas, respeitados os regulamentos e normas de segurança, e também, respeitadas as áreas de proteção permanente (APP), a reserva legal (RL) e as unidades de conservação (UC).

Artigo 35 - A assistência religiosa, com liberdade de culto, poderá ser prestada a internados em estabelecimentos de saúde, prisionais, educativos ou outros similares.

§ 1º - Nenhum internado será obrigado a participar de atividade religiosa.

§ 2º - Os agentes públicos e prestadores de serviço público receberão treinamento para o atendimento das singularidades do tratamento e cuidado aos internados religiosos e não religiosos, observando o respeito à expressão da liberdade de consciência, de crença ou tradição cultural ou religiosa, os interditos, tabus e demais práticas específicas, a fim de garantir a integralidade de atenção e cuidado aos internos.

§ 3º - O poder público promoverá o acesso de religiosos de todas as tradições, confissões e segmentos religiosos às unidades de internação de que trata o caput

Artigo 36 - O Poder Executivo através da Secretaria Estadual de Educação e do Conselho Estadual de Educação, implementará, no que couber, as diretrizes da Lei Estadual de Liberdade Religiosa do Estado de São Paulo no ensino público e privado, de modo a **incentivar ações de sensibilização das instituições públicas e privadas de ensino fundamental, médio e superior, com vistas à implantação de políticas de ações afirmativas, de promoção, proteção e defesa do direito de liberdade religiosa.**

Artigo 37 - O Estado de São Paulo poderá estabelecer cooperações de interesse público com as organizações religiosas radicadas no território estadual com vistas, designadamente, à promoção dos direitos humanos fundamentais, em especial, à promoção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Parágrafo único - Não constitui proselitismo religioso nem fere a laicidade estatal a cooperação entre o poder público estadual e organizações religiosas com vistas a atingir os fins mencionados neste artigo.

Artigo 38 - **O Poder Público Estadual promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para todos, independentemente da fé ou religião** de cada um, sendo vedado ao poder público estadual a contratação, em qualquer modalidade, ainda que por concurso ou licitação, que contenha alguma exigência ou preferências de caráter religioso.

Artigo 39 - As agências de publicidade e produtores independentes, quando contratados pelo poder público estadual, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como aqueles contratados pelo Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, **deverão observar que a peça publicitária, os comerciais e anúncios não abordem, por qualquer forma, a discriminação religiosa.**

Artigo 40 - O Poder Executivo do Estado de São Paulo **promoverá, anualmente com o apoio das emissoras de rádio e televisão educativas do Estado, amplas campanhas públicas de combate à intolerância e à discriminação religiosa**, incentivando sempre o respeito às diferenças de credo.

Artigo 41 - O Estado de São Paulo deve prevenir e combater casos de violência, discriminação e intolerância fundadas na religião ou crença, em especial através da realização de investigações eficazes, no que compete ao Estado, que combatam a impunidade. (grifos nossos).

Os dispositivos susoditos, são suficientes para evidenciar medidas pelas quais o poder público, juntamente como a iniciativa privada, pode implementar para coibir a intolerância religiosa e prover a proteção da liberdade religiosa, resguardado a dignidade da pessoa humana.

Vale consignarmos ações da iniciativa do segundo e terceiro setor, iniciativa privada e entidades sem fins lucrativos, que visam implementar ações que procuram minimizar a intolerância religiosa, em diversos programas de acolhimento, de capacitação profissional e inclusão.

A Empresa Migrafix em São Paulo (Brasil); os imigrantes ao chegarem no Brasil, por vezes enfrentam preconceitos por causa de sua identidade religiosa e cultural; o CEO desta empresa ajuda a capacitar economicamente imigrantes e refugiados, buscando integrá-los a sociedade, isto gera renda, riqueza para as relações econômicas do país. A empresa abraça, judeu, cristão é muçulmano, independente de religião (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018).

A Fundação Liberdade Religiosa & Negócios é uma organização sem fins lucrativos, não partidária, que trabalha globalmente na defesa de que a LR é boa para os negócios sustentáveis e inovação. Sendo um órgão não governamental, 3º setor – Sociedade Civil, se organizando, unindo forças para promover respeito e defesa a LR. A Fundação realizou no Rio de Janeiro o primeiro "Prêmio Global Negócios & Paz Inter- Religiosa", atividades empresariais que promovem paz e crença, objetivo e incentivas a empresa promover paz no ambiente de trabalho na comunidade a qual estão inseridas (GRIM, LAZARI, SORIANO, 2018).

CONCLUSÃO

A tolerância religiosa é uma necessidade real face a tantas arbitrariedades que vem sendo cometidas ao longo dos séculos.

Os maiores atos de intolerância foram acometidos em nome da fé. Uma real conscientização, a ideia de isonomia e respeito ao supra princípio da dignidade da pessoa humana se faz uma ação necessária, iminente e constante.

De forma hodierna, vemos que a intolerância impacta de maneira negativa, a economia, a cultura e a política. Vislumbramos diversos retro-

cessos econômicos, culturais e políticos nas nações que estendem a bandeira da intolerância religiosa.

De forma hodierna, em nos Estados Democráticos de Direito, contemplamos ainda diversas situações de intolerância, todavia, com ações do poder publico e da iniciativa privada, é possível fomentar possíveis soluções para minimizar os impactos causados pela tolerância religiosa.

Almejamos o dia, o qual, todos os povos e nações, poderão externar sua fé, praticar seus atos de crença, sem terem sua consciência e dignidade mutiladas pela intolerância religiosa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. **A Liberdade Religiosa e o Estado.** São Paulo: Almedina, 2018.

BARROCO, Maria Lucia S. **Reflexões sobre liberdade e (in) tolerância**. Serviço Social & Sociedade, n. 119, p. 468-481, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sssoc/a/mnBp9jFdJbjR3xRFXM3shcM/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 29 set. 2021.

BATISTA NETO, Dílson Cavalcante. MARQUES, Igor Emanuel de Souza Marques. **A liberdade religiosa dos sabatistas e a Administração Pública.** Consultório Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-01/opiniao-liberdade-religiosa-sabatistas-administracao#_edn4>. Acesso em: 16/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 611874/SP– São Paulo. Relator: Ministro Dias Toffoli**. Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 26 de novembro de 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443931/%20false>. Acesso em: 16 set. 2021.

CALEIRO, João Pedro. **1.600 chineses morrem por dia de tanto trabalhar.** Exame 04 jul. 2014. Disponível em: <https://exame.com/economia/1-600-chineses-morrem-por-dia-de-tanto-trabalhar/>. Acesso em: 29 set. 2021.

CHEHOUD, Heloisa Sanches. **A Liberdade Religiosa nos Estados Modernos**. 2.Ed; São Paulo: Almedina, 2017.

DANA, Felipe. **Dirigente do Talibã anuncia que o Afeganistão voltará a praticar execuções e amputações**. El País, 24. set. 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/internacional/2021-09-24/dirigente-do-taliba-anuncia-que-o-afeganistao-voltara-a-praticar-execucoes-e-amputacoes.html>. Acesso em: 28 set.2021.

FOXE, John. **O Livro dos Mártires**. 1.Ed, Jandira: Ciranda Cultural, 2020.

GRIM, Brian J. LAZARI, Rafael de. SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa e Desenvolvimento Econômico**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

LOREA, Roberto Arriada (Org.). **Em defesa das Liberdades Laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; ABBOUD, Georges. **Direito constitucional brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

NOGUEIRA, Sidney. **Intolerância Religiosa: Feminismo Plurais**. São Paulo: Jandaíra, 2020.

SÃO **PAULO.** Lei nº 17.346 de 12 de março de 2021, Institui a Lei Estadual de Liberdade Religiosa no Estado de São Paulo e dá outras providências**.** Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/2021/lei-17346-12.03.2021.html>**.** Acesso em: 27. set. 2021.

SOARES, Gabriela. NUNES, Vinicius. **Israel ironiza palestinos com trecho do Alcorão e diz que está sob ataque.** Poder 360, 18.mai.2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/israel-ironiza-palestinos-com-trecho-do-alcorao-e-diz-que-esta-sob-ataque/>. Acesso em: 28. set 2021.

SOARES, Jessica. **7 conflitos atuais causados por diferenças religiosas**. Revista Super Interessante. 21 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/blog/superlistas/7-conflitos-atuais-causados-por-diferencas-religiosas/>. Acesso em 02 set. 2021.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade Religiosa No Direito Constitucional e Internacional.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SORIANO, Aldir Guedes. **QUAL LIBERDADE RELIGIOSA É BOA PARA OS NEGÓCIOS?** Universidade do Oeste Paulista - UNOESTE, 2014. Dis-

ponível em: <http://www.unoeste.br/site/enepe/2014/suplementos/area/Humanarum /Direito/Qual% 20liberdade%20religiosa%20%C3%A9%20boa%20para%20os%20neg%C3%B3cios.pdf> Acesso em: 27. set. 2021.

_____. **ENTENDA por que os conflitos religiosos devem acabar.** Universidade São Judas. 21. Out. 2020. Disponível em: <https://www.usjt.br/blog/entenda-por-que-os-conflitos-religiosos-devem-acabar/>. Acesso em 29. Set. 2021.

SANCOVSKY, Renata Rozental. **O judaísmo frente à intolerância: reflexões teóricas sobre a resistência na história**. Arquivo Maaravi: Revista Digital de Estudos Judaicos da UFMG, v. 1, n. 1, p. 145-153, 2007. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida.**. Acesso em: 29. set. 2021.

VIERIA, Thiago Rafael. REGINA, Jean Marques. **Direito Religiosa: Questões Práticas e Teóricas.** 3.Ed., São Paulo: Vida Nova, 2020.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Liberdade Religiosa: Fundamentalismo, Pluralismo, Crenças e Cultos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.