IV CONGRESSO DE ATUALIZAÇÃO JURÍDICA

COORDENAÇÃO: TAÍS NADER

Revista Científica Virtual

EDIÇÃO 32
2019

OAB ESA
SÃO PAULO

DIRETORIA OAB SP

CAIO AUGUSTO SILVA DOS SANTOS
Presidente

RICARDO LUIZ DE TOLEDO SANTOS FILHO
Vice-Presidente:

AISLAN DE QUEIROGA TRIGO
Secretário-Geral:

MARGARETE DE CÁSSIA LOPES
Secretária-Geral Adjunta:

RAQUEL ELITA ALVES PRETO
Tesoureira

DIRETORIA ESA OAB SP

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO
Diretor

LETÍCIA DE OLIVEIRA CATANI
Vice-Diretora

EDSON ROBERTO REIS
Presidente do Conselho Curador

ADRIANO DE ASSIS FERREIRA
Coordenador Geral

CONSELHO SECIONAL
GESTÃO 2019/2021

MEMBROS EFETIVOS:

Ailton José Gimenez
Alessandro Biem Cunha Carvalho
Alexandre Cadeu Bernardes
Alexandre Cotrim Gialluca
Alexandre Luís Mendonça Rollo
Ana Amélia Mascarenhas Camargos
Ana Carolina Moreira Santos
Ana Cristina Zulian
Ana Laura Simionato Victor
Ane Elisa Perez
Antônio Carlos Chiminazzo
Antônio Carlos Delgado Lopes
Carlos Fernando de Faria Kauffmann
Celso Fernando Gioia
Clarissa Campos Bernardo
Cláudia Patrícia de Luna Silva
Cristiano Ávila Maronna
Daniella Meggiolaro Paes de Azevedo
Danyelle da Silva Galvão
Diva Gonçalves Zitto Miguel de Oliveira
Edson Roberto Reis
Fabiana das Graças Alves Garcia
Fabrício de Oliveira Klébis
Flávio Olímpio de Azevedo
Gabriella Ramos de Andrade Moreira
Gislaine Caresia
Glauco Polachini Gonçalves
Guilherme Miguel Gantus
Irma Pereira Maceira
Ivan da Cunha Sousa
João Emílio Zola Júnior
José Meirelles Filho
José Pablo Cortês
José Paschoal Filho
José Roberto Manesco
Juliana Miranda Rojas
Júlio César Fiorino Vicente
Keilla Dias Takahashi Vieira
Leandro Sarcedo
Letícia de Oliveira Catani
Luciana Gerbovic Amiky
Luciana Grandini Remolli
Luís Augusto Braga Ramos
Luís Henrique Ferraz
Luiz Eugênio Marques de Souza
Luiz Fernando Sá e Souza Pacheco
Luiz Gonzaga Lisboa Rolim
Marco César Gussoni
Marcos Antônio David
Marcos Rafael Flesch
Maria Das Graças Perera de Mello
Maria Helena Villela Autuori Rosa
Maria Sylvia Aparecida de Oliveira
Marina Zanatta Ganzarolli
Marisa Aparecida Migli
Milton José Ferreira De Mello
Odinei Rogério Bianchin
Orlando César Muzel Martho
Regina Maria Sabia Darini Leal
Renata Silva Ferrara
Roberto Pereira Gonçalves
Rogério Luís Adolfo Cury
Ronaldo José de Andrade
Rosana Maria Petrilli
Roseli Oliva
Rosineide Martins Lisboa Molitor
Rubens Rocha Pires
Sidnei Alzídio Pinto
Sílvia Helena Melges
Sônia Maria Pinto Catarino
Suzana Helena Quintana
Tayon Soffener Berlanga
Thiago Testini de Mello Miller
Walfrido Jorge Warde Júnior

MEMBROS SUPLENTES:

Acyr Mauricio Gomes Teixeira
Ana Paula Mascaro José Izzi
André Luiz Simões de Andrade
Anna Lyvia Roberto Custódio Ribeiro
Antônio José Kaxixa Francisco
Arnaldo Galvão Gonçalves
Augusto Gonçalves
Carlos Alberto dos Santos Mattos
Carlos Eduardo Boiça Marcondes Moura
César Piagentini Cruz
Cláudia Elisabete Schwerz Cahali
Cristiano Medina da Rocha
Eduardo Silveira Martins
Élio Antônio Colombo Júnior
Éryka Moreira Tesser
Eugênio Carlo Balliano Malavasi
Fábio Gindler de Oliveira
Fabrício Augusto Aguiar Leme
Fernando Borges Vieira
Fernando Fabiani Capano
Fernando Mariano da Rocha
Íris Pedrozo Lippi
Isabela Guimarães Del Monde
Isabella Aita Maciel de Sá
João Batista Muñoz
Jorge Pinheiro Castelo
José Luiz Da Silva
Kátia De Carvalho Dias
Leandro Ricardo da Silva
Lia Pinheiro Romano de Carvalho
Liamara Borrelli Barros
Luciana Andréa Accorsi Berardi
Luiz Carlos Zuchini
Luiz Donato Silveira
Luiz Guilherme Paiva Vianna
Maitê Cazeto Lopes
Marcel Afonso Barbosa Moreira
Marcelo Kajiura Pereira
Marcelo Tadeu Rodrigues de Omena
Marcos Antônio Assumpção Cabello
Marcos Fernando Lopes
Marcos Guimarães Soares
Marie Claire Libron Fidomanzo
Mário Luiz Ribeiro
Maristela Sabbag Abla Rossetti
Myrian Ravanelli Scandar Karam
Nilson Bélvio Camargo Pompeu
Odilon Luiz de Oliveira Júnior
Ozéias Paulo de Queiroz
Patrícia Helena Massa
Paulo Henrique de Andrade Malara
Pedro Renato Lúcio Marcelino
Pedro Ricardo Boareto
Pedro Virgílio Flamínio Bastos
Rafael Olímpio Silva De Azevedo
Raquel Barbosa
Renata Lorenzetti Garrido
Rita Maria Costa Dias Nolasco
Rodnei Jericó da Silva
Rodrigo de Melo Kriguer
Rosângela Ferreira da Silva
Rubens Eduardo de Sousa Arouca
Rutinaldo da Silva Bastos
Ruy Janoni Dourado
Sérgio Martins Guerreiro
Sérgio Quintero
Sidmar Euzébio de Oliveira
Simone Henrique
Stella Vicente Serafini
Sueli Dias Marinha
Sueli Pinheiro
Sulivan Rebouças Andrade
Taísa Cintra Dosso
Thais Jurema Silva
Thays Leite Toschi
Thiago Penha de Carvalho Ferreira
Thiago Rodovalho dos Santos
Wagner Fuin
Willey Lopes Sucasas
William Nagib Filho

MEMBROS HONORÁRIOS VITALÍCIOS:

Antonio Claudio Mariz de Oliveira
Carlos Miguel Castex Aidar
José Roberto Batochio
João Roberto Egydio Piza Fontes
Luiz Flávio Borges D'urso
Marcos Da Costa
Mario Sergio Duarte Garcia

MEMBROS EFETIVOS PAULISTAS NO CONSELHO FEDERAL:

Alexandre Ogusuku
Guilherme Octávio Batochio
Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró

MEMBROS SUPLENTES PAULISTAS NO CONSELHO FEDERAL:

Alice Bianchini
Daniela Campos Libório
Fernando Calza De Salles Freire

Revista Científica Virtual
Direito Educacional

DIRETORIA OAB SP----------02
DIRETORIA ESAOAB SP----------02
CONSELHO CURADOR ESAOAB SP ----------02
CONSELHO SECCIONAL----------03
APRESENTAÇÃO----------06

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER:
UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS
MÁRCIA REGINA NEGRISOLI FERNANDEZ POLETTINI
TAÍS NADER MARTA ----------08

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PENAL
JOCELINO JUNIOR DA SILVA
OTAVIO FELIPE DE CASTRO PEREIRA----------26

A DUALIDADE ENTRE AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA DITADURA MILITAR NO BRASIL
MAYARA BERTOCO FRANÇA ----------36

A EDUCAÇÃO COM IGUALDADE DE OPORTUNIDADES É UM DIREITO DE TODOS A PESSOA SURDA E/OU MUDA NESSE CONTEXTO
ALESSANDRA TRIGO ALVES ----------46

A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA FAZ PARTE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS?
HENRIQUE BONADIO BANDONI ----------70

A INCORPORAÇÃO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TENDÊNCIAS E DESAFIOS
LEANDRO LOVAGLIO DE JESUS
LUIZA RIBEIRO MATTAR ----------80

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO
MICHELLE LADISLAU
RODRIGO PIERONI FERNANDES ---------- 100

A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS ANIMAIS POR SEUS TUTORES: UMA POSSIBILIDADE TRAZIDA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
THAÍS BOONEN VIOTTO FERREIRA ---------- 108

EXPEDIENTE:

Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia

Edição 32
São Paulo OAB SP – 2019

Coordenador de Editoração
Taís Nader Marta

Jornalista Responsável
Marili Ribeiro

Coordenação de Edição
Fernanda Gaeta

Arte e Diagramação
Felipe Lima

Revisão de Texto
Victor Hugo

Fale Conosco
Largo da Pólvora, 141 – Sobreloja – São Paulo SP
Tel. +55 11.3346.6800

Publicação Trimestral
ISSN – 2175-4462.
Direitos – Periódicos.

Revista Científica Virtual
Direito Educacional

A SOCIOAFETIVIDADE NA ADOÇÃO POST- -MORTEM COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA
BRUNA DE PAULA POLANZAN
JOSÉ CLÁUDIO DOMINGUES MOREIRA ---------- 116

AS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO: O TRABALHO INTERMITENTE E A INSEGURANÇA TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA
NARRIMAN SUELLEN BARBOSA
NATÁLIA BOTELHO DE SOUZA ---------- 134

CONSEQUÊNCIAS DA INADIMPLÊNCIA CONDOMINIAL AO CONDÔMINO E OS REFLEXOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NAS COBRANÇAS
LEANDRO GALVÃO ---------- 154

DESPOLARIZAÇÃO DO PROCESSO: MIGRAÇÃO ENTRE OS POLOS DA DEMANDA
JÚLIA LUIZA BRANDÃO ---------- 168

DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PROTEÇÃO À IMAGEM DA EMPRESA PELO USO NOCIVO DAS MÍDIAS SOCIAIS
ARTHUR JOSÉ PAVAN TORRES ---------- 176

DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL: CELERIDADE
MARIANA CRISTINA ARNEZ ---------- 190

DROGAS PARA CONSUMO E TRÁFICO DE DROGAS DA LEI DE ENTORPECENTES NA VISÃO DAS JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ
TULIO EMER DAMASCENO ---------- 204

FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO
DENISE CARVALHO KLAUS ---------- 224

O DIREITO À IGUALDADE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO AO TRABALHO DO TRANSGÊNERO NO SEGMENTO DESPORTIVO
MANOEL AFONSO LOSILA ---------- 234

O DIREITO À SAÚDE MENTAL
KARYNA ROCHA MENDES DA SILVEIRA ---------- 256

O ENSINO A DISTÂNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO COMO FERRAMENTA DE RESSOCIALIZAÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL
CAMILA DA SILVA SOUZA---------- 278

OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NA HISTÓRIA PROCESSUAL BRASILEIRA
FABIO RESENDE LEAL
GIOVANNA DE SOUZA BENTO ---------- 290

PEDOFILIA E SUA PRÁTICA NA INTERNET
ESTHER CAROLINE CANTU---------- 314

PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA E AS IMPLICAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA 871/2019
JESSICA DINIZ DA SILVA ---------- 332

RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS CIÊNCIAS DA REABILITAÇÃO: O RECONHECIMENTO DAS PESSOAS COM ANOMALIAS CRANIOFACIAIS COMO PESSOAS COM DEFICIÊNCIA
EDUARDO TELLES DE LIMA RALA
JENIFFER DE CÁSSIA RILLO DUTKA ---------- 346

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DAS EMPRESAS INTEGRANTES DE CADEIAS PRODUTIVAS DIANTE DO TRABALHO ESCRAVO
NATÁLIA MARQUES ABRAMIDES ---------- 354

(DES)PROTEÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO A TRANSGÊNEROS NO QUE SE REFERE A APOSENTADORIAS
TAYLISE ROCHELLI ZAGATTO
TIAGO HENRIQUE BARBOSA---------- 366

"TIME SHARING" – A MULTIPROPRIEDADE ENFIM REGULAMENTADA
JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR ---------- 382

O CAMINHO SEM VOLTA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NAS EMPRESAS BRASILEIRAS
MAYARA MEDEIROS DA SILVA
THIAGO MUNARO GARCIA---------- 396

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
OAB
SÃO PAULO
ESA

APRESENTAÇÃO REVISTA ESA

É com grande satisfação que apresentamos neste número da revista os Trabalhos Científicos apresentados e discutidos durante o IV Congresso de Atualização Jurídica, promovido pela 21ª Subseção da OAB de Bauru com o apoio da Secional Paulista da OAB, da Escola Superior de Advocacia (ESA OAB SP), da Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo (CAASP) e da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP).

A finalidade deste evento é a atualização de temas relevantes na área jurídica e este teve como o escopo a discussão de diversos assuntos, dentre eles: sistema de precedentes e impactos na advocacia, tutela provisória, mediação e acesso à ordem jurídica justa, arbitragem, efeitos da alienação irregular do estabelecimento empresarial na falência, garantias fiduciárias na recuperação judicial, direito da moda, papel constitucional do CNJ, política criminal, alterações previdenciárias, reforma trabalhista, direitos humanos e muito mais.

Desta forma a Revista Científica Virtual oficializa as publicações acadêmico-práticas em torno do Direito com o intuito de ser um veículo específico de produção e acesso do público interessado.

Desejamos uma boa leitura, esperando que esses conteúdos possam manter em cada leitor a chama acesa da paixão pelo Direito.

Taís Nader Marta
Coordenadora Científica

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: UMA VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

MÁRCIA REGINA NEGRISOLI FERNANDEZ POLETTINI
Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Presidenta da OAB de Bauru, sendo a primeira mulher eleita na subseção, para o triênio 2019-2021. Advogada sócia do escritório LF Maia Sociedade de Advogados. Professora universitária. E-mail: marcia_negrisoli@hotmail.com.

TAÍS NADER MARTA
Mestre em Direito – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos – pela ITE (Instituição Toledo de Ensino) de Bauru/SP. Advogada. Coordenadora da Escola Superior da Advocacia (ESA) de Bauru/SP. Professora em cursos de pós-graduação e da Escola Superior da Advocacia. Associada da ABMCJ (Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica)/SP. E-mail: tais@nadermarta.com.br.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 11

II. DIREITOS FUNDAMENTAIS ---------- 12

III. TRATAMENTO (DES)IGUAL, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PROTEÇÃO ÀS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS ---------- 13

IV. EM BUSCA DE UMA TOLERÂNCIA POSITIVA---------- 18

V. ASPECTOS DA VOIOLÊNCIA CONTRA A MULHER ----- 19

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 22

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 24

I. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal cumpre o importante papel de transformar os valores predominantes em uma sociedade. Desse entendimento, depreende-se a necessidade de se compreender a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana não só como uma consequência histórica e cultural, mas como valor que, por si só, agrega e se estende a todo e qualquer sistema político e social. Isso significa que privar alguém de viver dignamente é, de certo modo, privá-lo da vida ou do direito de pertencer à sociedade na qual se integra.

Nesse contexto, o direito à inclusão da mulher e a garantia de uma vida digna, com o direito à isonomia respeitado, deve ser verificado, haja vista que propiciar e assegurar a qualidade de vida é desdobramento natural do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ocorre que a busca por uma sociedade tolerante não deve ocorrer de maneira segregativa e sim agregando-se: homens e mulheres.

Considerando esse direito fundamental, o combate à exclusão de minorias e grupos vulneráveis, dentre os quais as mulheres, pode ser feito por intermédio da efetivação de leis de proteção à mulher, importantes para eliminar a resistência às causas dos problemas de discriminação e preconceito.

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal brasileira de 1988 incorporou expressamente ao seu texto o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) – como valor supremo –, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, nossa Lei Maior tem como um de seus objetivos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme seu artigo 3º, inciso IV.

No entanto, passados 30 anos da existência da nossa "Constituição Cidadã", lamentavelmente no Brasil verificamos que muitos direitos ainda não são verificados de maneira plena no que tange ao empoderamento das mulheres na sociedade, bem como no que se refere às causas que envolvem a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Assim, o presente trabalho ingressa no debate do direito à igualdade da mulher sob a perspectiva de aspectos trazidos pela Lei Maria da Penha como direito das mulheres (e assim o sendo, como um direito de toda a sociedade) como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana e igualdade, haja vista que propiciar e assegurar a qualidade de vida é desdobramento natural de uma sociedade inclusiva e, portanto, direito não apenas do grupo vulnerável das mulheres, mas sim da sociedade como um todo.

II. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao longo dos séculos, os Direitos Fundamentais passaram por diversas transformações. O reconhecimento progressivo destes direitos se desenvolveu em um processo cumulativo, onde a complementaridade afasta e possibilidade de alternância. Assim, na Constituição Federal de 1988, em conjunto a organização política do poder, a essência do Estado constitucional se concebe nos direitos e garantias fundamentais.

Se indiscutível que a compreensão dos direitos fundamentais ocorra de forma isolada, admite-se a existência de um contexto de solidariedade ou fraternidade que impulsiona a sua concretização. Para tanto, o Estado Democrático de Direito se volta à salvaguarda de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, reclamando a existência de um ordenamento jurídico que proporcione a efetivação destes valores.

A preocupação, por parte dos Estados, com a sustentação do princípio da dignidade humana, bem como com o direito de grupos sociais minoritários ou vulneráveis, evidenciou-se, sobretudo, após a segunda metade do século XX. Assim, as Constituições contemporâneas, dentre as quais a do Brasil, estabelecem que todos os indivíduos são iguais perante a lei, independentemente de condições físicas e psíquicas, raça, crença, orientações políticas, dentre outras.

Em que pese o conteúdo ideológico das Constituições, as pessoas são diferentes em suas características e personalidade, o que advém de condições físicas, culturais, econômicas, entre outros fatores. Portanto, a igualdade não se verifica de forma espontânea na sociedade, apesar da natureza comum dos seres humanos.

O caput do art. 5º da Constituição Federal ecoou o enunciado do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, procedente da Revolução Francesa, para indicar que a igualdade paira para todos.

Ainda que a Lei Fundamental assegure a igualdade, o princípio da isonomia não se vê satisfatoriamente contemplado. A igualdade, impreterivelmente, supera a esfera do princípio jurídico meramente formal, de modo que esta necessita ser alcançada através de reivindicações e conquistas. Logo, o Direito se revela valiosa ferramenta.

Não apenas isso, todos os direitos e garantias fundamentais estão dispostos no texto constitucional para promover os valores supremos de uma sociedade pautada na fraternidade e no pluralismo, prestigiando a cláusula da isonomia na busca da justiça material. No Brasil, desde a Constituição do Império, conferiu-se o direito à igualdade formal. Entretanto, esta se demonstrava insuficiente para resolver problemas concretos e cotidianos, ao ponto de tornar-se incompatível com o ideário do Estado Democrático de Direito.

No intento de sanar esta lacuna, a Constituição de 1988 não se limitou a enunciar a igualdade perante a lei, mas elencou no artigo 3º os seus objetivos fundamentais: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Neste diapasão, a justiça tem o desígnio de não somente oferecer um tratamento equivalente, assegurando a igualdade, mas oferecer tratamento diferenciado para promover a igualdade. Com efeito, a justiça deve intervir nas relações sociais, ainda que tal intervenção seja contra majoritária, a fim de diminuir ou erradicar as desigualdades e distribuir igualdade. Tal orientação deve orientar a interpretação das normas constitucionais e irradiar-se pelo ordenamento jurídico.

III. TRATAMENTO (DES)IGUAL, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: PROTEÇÃO ÀS MINORIAS E GRUPOS VULNERÁVEIS

O direito a igualdade está no rol dos direitos fundamentais, elencado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Através da análise textual do artigo acima citado, transparece de modo único, que a igualdade abrange a todos, sem distinção de raça, credo, poder aquisitivo, orientação sexual, compleição física e quaisquer diferenças inerentes ao ser humano, ou seja, devendo estabelecer direito a tratamento equânime aos cidadãos (conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais).

Esta forma igualitária no trato com o ser humano é denominado de igualdade formal ou igualdade perante a lei.

O direito à igualdade vem disciplinado não mais como um dos direitos individuais e sim como princípio constitucional. Para aclarar sua abrangência, Celso Ribeiro Bastos[1] dimensiona o seu alcance no texto constitucional, explicitando que a função do aludido princípio é a de informar e acondicionar todo o restante do direito, de maneira que se assegura o direito de liberdade de expressão do pensamento, respeitada a igualdade de todos perante este direito.

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto e a desigualdade do tratamento em função dela

1 BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982, passim.

conferida[2].

Com isso, conclui-se que a igualdade não assegura nenhuma situação específica, mas garante o indivíduo contra má utilização que possa ser feita, no âmbito da ordem jurídica.

Hodiernamente, minorias são entendidas como um segmento social, cultural ou econômico vulnerável, incapaz de gerir e articular sua própria proteção e proteção de seus interesses, objeto de pré-conceituações e pré-qualificações de cunho moral em decorrência de seu distanciamento do padrão social e cultural hegemônico, vitimados de algum modo e em graus variados de opressão social e, por tudo isso, necessitados e demandantes de especial proteção por parte do Estado.

Acerca da diferenciação existente entre minorias e grupos vulneráveis, infere-se que os grupos vulneráveis apresentam as seguintes características: apresenta-se, por vezes, em amplo contingente populacional, sendo exemplo disso, as mulheres, as crianças, idosos e pessoas com deficiência; são destituídos de poder político, ainda que providos de cidadania; não têm consciência de que estão sendo vítimas de discriminação e desrespeito; e desconhecem os seus direitos. Em face das gravíssimas violações aos direitos humanos, perpetradas pelos regimes totalitários na Europa, especialmente pelo nazismo na Alemanha e pelo fascismo na Itália, surgiu a necessidade de criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião.

Emergia a necessidade de uma ordem internacional protetiva dos direitos humanos, o que se concretizou em 1945, quando a Carta de São Francisco criou a Organização das Nações Unidas. Por isso, com o afinco de estimular o respeito aos direitos humanos, em 1948, formulou-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No período pós-guerra, os Estados condicionaram os seus interesses em detrimento dos direitos humanos, sob a salvaguarda do sistema internacional. Nesse contexto, as constituições passaram a ter força normativa, oportunizando a expansão da jurisdição constitucional. Tal fenômeno é denominado neoconstitucionalismo. No Brasil, a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, consolida a redemocratização e traz os direitos fundamentais ao cerne das normas legais.

Hans Kelsen (1993, p. 103) advertiu sobre os desacordos pertinentes ao conceito de democracia. Para ele, a democracia é, sobretudo, um caminho: "o da progressão para a liberdade". O Estado Democrático conforma a efetiva restrição do poder governamental. Por ser assim, não pode ser dissociado da ideia de Estado de Direito, porque o seu princípio fundamental é o de que o governo não deve interferir em certas esferas de interesse do indivíduo, as quais devem ser protegidas por lei, como direitos ou liberdades humanas fundamentais. Tal propositura consente que as minorias sejam resguardadas contra o domínio arbitrário das maiorias.

2 MELLO, Celso Antônio bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 17.

No Estado Democrático de Direito, nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria. Nesta quadra, a Constituição é posta à condição de lex superiori, a prover a manutenção das estruturas que integram o Estado. No cenário das promessas constitucionais se emoldura o modelo estatal que impulsiona todo o ordenamento jurídico para a observância dos seus valores e princípios, notadamente a dignidade da pessoa humana.

Enquanto para a democracia importa discutir o fundamento e o exercício do poder pelo povo, o constitucionalismo contemporâneo preocupa-se com os limites do poder, seja ele exercido pelos representantes eleitos ou pelo próprio povo. Assim, toda lei ou ato normativo editado fica condicionado à observância dos ditames constitucionais.

Como cediço, a Constituição atribui dupla função ao Supremo Tribunal Federal, pois além de Tribunal Constitucional (modelo europeu), é também uma Suprema Corte, vale dizer, órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional (modelo estadunidense), a quem cabe garantir a força normativa da Constituição, o respeito ao pluralismo e aos Direitos Fundamentais, bem como a defesa das minorias e grupos vulneráveis. O STF desempenha a chamada função contramajoritária, já que se constitui, nas palavras do Ministro Celso de Mello:

[...] órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra omissões que, imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (STF, 2ª Turma, Ag. Rg. no RE 477.554/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 16/08/2011).

Como bem apontado pelo Prof. Dr. Luiz Alberto David de Araujo:

Portanto, em um Estado Democrático de Direito, todos devem ser considerados e, mais do que isso, deve haver um cuidado especial com os setores fragilizados. No caso, a mulher pode se enquadrar perfeitamente nessa situação. Ao garantir o Estado Democrático de Direito, sob o império do juiz e da lei, falamos de uma lei justa. E a lei justa é aquela que contempla a todos, protegendo os que necessitam de ajuda diante de sua eventual vulnerabilidade.[3]

Em síntese, os Direitos Fundamentais constituem instrumentos de proteção das minorias e grupos vulneráveis, servindo, também, como mecanismos de inclusão social, com vistas a garantir-lhes igualdade de oportunidades, tal qual possui a maioria. Ademais, considerando que os Direitos Fundamentais são normas constitucionais, a jurisdição constitucional representa importante papel de garantir que minorias e grupos vulneráveis não tenham seus Direitos Fundamentais desrespeitados pelas maiorias e/ou detentores do poder estatal.

3 Araujo, Luiz Alberto David, in: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE SALOMÃO, George; LEITE SALOMÃO, Glauber; Leite Salomão, Glauco. Manual dos Direitos da Mulher, São Paulo: Saraiva, 2013, p.25

A proteção ao grupo vulnerável das mulheres decorre do respeito ao princípio da igualdade, dado que é preciso considerar as limitações e diferenças destas para que possam ser incluídas na sociedade, e isto requer uma atenção especial por parte do legislador.

O princípio da igualdade hoje é norteador do Estado Democrático de Direito, por isso deve-se grande atenção a ele. No passado foi discutido por vários filósofos, destacando-se as idéias de Rousseau, que defendia que, embora todos tivessem diferenças de ordem natural (físicas) deveriam ser tratados como iguais na sociedade, e dentro da concepção contratualista, estabeleceu como atributo obrigatório para uma real garantia de uma instituição pública justa, a igualdade (além da liberdade).

A política de Direito Humanos, defendida pela Organização das Nações Unidas e corroborada pelo Brasil é de garantir também às mulheres tratamento igualitário, digno e sem preconceitos, procurando-lhes assegurar direitos e a cidadania plena, sendo partícipes e integrantes do desenvolvimento da nossa sociedade. Diante disso, cabe ao Estado coibir que se exclua camada tão importante da comunidade e que tanto contribui para o engrandecimento do país.

Por fim, o constituinte originário, preocupado em proteger grupo de pessoas que são mais vulneráveis que os demais, como as mulheres, os indígenas, as pessoas com deficiência, os idosos, estabeleceu vantagens, sem qualquer caráter preestabelecido, sem qualquer "regalia", tendo como único objetivo, o de dispensar tratamento diverso a eles, com o fim tão somente de proporcionar efetiva igualdade na lei, ou ainda, igualdade material, como princípio basilar.

Esta é, indubitavelmente, atuação que sustenta abominável exclusão social desta categoria de pessoas, a qual deve ser extirpada. É necessário que se busque não apenas a integração social, mas, também, a inclusão social.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Organização das Nações Unidas de 1948, traz em seu artigo 1º o seguinte: "Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos", concluímos que, segundo esse documento, os titulares dos direitos fundamentais são "todos os homens".

Se comparado o texto ao da nossa Constituição de 1988 que optou por "todos são iguais perante a lei [...]", verifica-se que a diferença se encontra na expressão "todos". No texto da ONU o significado está entendido como: "... significa cada um e todos os humanos do planeta, os quais haverão que ser considerados em sua condição de seres que já nascem dotados de liberdade e igualdade em dignidade e direitos."[4]

Assim, verifica-se que a dignidade da pessoa humana é condição para o respeito à igualdade visto que a dignidade é um valor de pré-compreensão do ordenamento e matriz dos direitos fundamentais, e sem o qual não há horizonte ético possível ou condição de cobrar responsabilidades dos seres huma-

4 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O Direito à Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 17.

nos.

Esse marco é essencial, pois a partir de então expressão "pessoa" torna a solidariedade algo universal ao transmitir a idéia que pelo fato de ser pessoa, os seres humanos precisam tratar-se e agir de maneira solidária. Deve o direito buscar implementar uma justiça social.

A dignidade humana constitui o núcleo axiológico de praticamente todos os tratados e convenções de direitos fundamentais vigentes no âmbito internacional. Sendo uma matriz unificadora de todos os direitos fundamentais, e por ser, em especial o direito à vida, não é apenas um bem jurídico atribuído a uma pessoa e sim a toda coletividade que se encontra de alguma maneira a ela vinculada.

Nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal que o princípio da dignidade da pessoa humana.[5]

Nesse contexto houve o resgate do ser humano como sujeito de direito e se lhe assegurou de forma ampliada a consciência da cidadania pois a dignidade constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito.

Assim, na contemporaneidade a igualdade deixa de ser defendida somente na concepção formal. A busca pela concretização dos direitos, principalmente aqueles direitos sociais fundamentais tais como a vida, a saúde, a educação dentre outros fazem com que a igualdade tão somente no plano formal ceda lugar à igualdade substancial. Isso porque a igualdade real constitui-se em pressuposto da democracia.[6]

Ocorre que vivemos em uma sociedade marcada por profundas e intensas desigualdades entre as pessoas que, por vários motivos, são impedidas de se autodeterminarem, é o caso de grupos vulneráveis.

Os grupos vulneráveis podem se constituir num grande contingente numericamente falando, podendo ser definidos os seus componentes, como sendo o conjunto de pessoas pertencentes a uma minoria, que por motivação diversa, tem acesso, participação e/ou oportunidade igualitária dificultada ou vetada, a bens e serviços universais disponíveis para a população, como ocorre com os idosos, as crianças, as pessoas com deficiência e frise-se mulheres.

Os grupos vulneráveis, no mais das vezes, não têm sequer noção de que estão sendo vítimas de discriminação ou que seus direitos estão sendo desrespeitados: eles não sabem sequer que têm direitos.

Em suma, enfatiza-se a dificuldade do convívio social das pessoas que pertencem a grupos vulneráveis, o sofrimento enfrentado para a prática de atos corriqueiros e é exatamente sob este aspecto que entendemos existir correspondência entre esta definição, àquilo vivenciado pelas mulheres quando são vitimizadas por atos de intolerância e violência.

5 BONAVIDES, Paulo. In SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 15.

6 SERRANO JUNIOR, Vidal. A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégia de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p.14.

IV. EM BUSCA DE UMA TOLERÂNCIA POSITIVA

Há utopia verdadeira fora da tensão entre a denúncia de um presente tornando-se cada vez mais intolerável e o anúncio de um futuro a ser criado, construído, política, estética e eticamente, por nós, mulheres e homens. A utopia implica essa denúncia e esse anúncio, mas não deixa esgotar-se a tensão entre ambos quando da produção do futuro antes anunciado e agora um novo presente. A nova experiência de sonho se instaura, na medida mesma em que a história não se imobiliza, não morre. Pelo contrário, continua.[7]

No passado muitos erros foram cometidos no que tange à violência contra mulheres. No presente alguns equívocos ainda se verificam.

De acordo com dados trazidos pelo Mapa da Violência 2015 – homicídio de mulheres no Brasil[8], só em 2013, foram vitimadas 4.762 mulheres. Para se ter uma ideia do que esse volume significa, nesse mesmo ano, 2.451 municípios do Brasil (44% do total de municípios do País) contavam com um número menor de meninas e mulheres em sua população. Os municípios de menor população feminina do País: Borá, em São Paulo, ou Serra da Saudade, em Minas Gerais, não chegam a ter 400 habitantes do sexo feminino. É como se, em 2013, tivessem sido exterminadas todas as mulheres em 12 municípios do porte de Borá ou de Serra da Saudade. Além disso, 27,1% dos homicídios de mulheres acontecem dentro da residência da vítima (contra 10,1% dos homens). E conclui:

O significado dessas magnitudes, pouco percebido e muitas vezes ignorado, pode ser melhor apreendido ao comparar nossa situação com a de outros países do mundo. Segundo dados da OMS, nossa taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, em 2013, nos coloca na 5ª posição internacional, entre 83 países do mundo. Só estamos melhor que El Salvador, Colômbia, Guatemala e a Federação Russa, que ostentam taxas superiores às nossas. Mas, em relação a países tidos como civilizados, nós temos: • 48 vezes mais homicídios de mulheres que o Reino Unido; • 24 vezes mais homicídios de mulheres que Irlanda ou Dinamarca; • 16 vezes mais homicídios de mulheres que Japão ou Escócia

Nesses 83 países analisados, a taxa média foi de 2,0 homicídios por 100 mil mulheres. A taxa de homicídios femininos do Brasil, de 4,8 por 100 mil, resulta 2,4 vezes maior que a taxa média internacional. São claros indicadores de que nossos índices são excessivamente elevados, considerando o contexto internacional. Mas essa é a média nacional de um país altamente heterogêneo. Temos áreas bem mais violentas do que a média pode sugerir: • Unidades Federativas com taxas bem acima da média nacional, como Roraima, que mais que a triplica (15,3 por 100 mil) ou

7 FREIRE, Paulo. Pedagogia da Esperança. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992, p.48.

8 Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 10/04/2019

Espírito Santo, que a duplica (9,3 por 100 mil). • Capitais com taxas inaceitáveis, como Vitória, Maceió, João Pessoa ou Fortaleza, com índices acima de 10 homicídios por 100 mil mulheres. • Quando descemos ao nível dos municípios, emergem áreas onde impera o infanticídio em níveis absurdos, como em Barcelos-AM. Com índices não menos absurdos, o homicídio feminino em Alexânia-GO, ou Sooretama-ES, atinge índices acima de 20 por 100 mil mulheres. São áreas cujos conflitos e contradições devem ser profundamente estudados, para poder determinar as causas de produção dessa violência contra as mulheres.

No entanto, à luz de dispositivos constitucionais é oportuno refletirmos sobre os significados da dignidade e igualdade da mulher, em busca de um novo presente, um presente em que esse problema social da violência contra a mulher seja enfrentado.

Existe uma coexistência de valores e princípios sobre os quais hoje deve basear-se necessariamente uma Constituição para que não renuncie a seus deveres de unidade e de integração e, ao mesmo tempo, não seja incompatível com a sua base material pluralista, exige que cada um desses valores e princípios tenha um caráter não absoluto, mas compatível com todos os outros com quem deve conviver.[9]

Assim, não é preciso apenas que existam leis, e sim que as leis já existentes sejam cumpridas e nesse contexto o direito passa a ensejar tolerância, pois:

A existência necessária da minoria exige a convivência entre lados diferentes, justamente a tolerância que a democracia enseja, na medida em que garante a existência de maiorias e minorias, conceitos correlatos, que se exigem reciprocamente.[10]

A efetiva inclusão da mulher na sociedade se dará por intermédio da diminuição da violência contra as mulheres, que possibilitará a tolerância positiva, partindo-se da tolerância como um princípio jurídico e, portanto, coercitivo[11].

V. ASPECTOS DA VOIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

Infelizmente, ainda assistimos barbaridades no mundo todo e atrocidades de violências contra mulheres. À título de exemplo po-

9 ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia. Gascón, Marina (Trad.). Madrid: Editorial Trotta. 2007, p. 14.

10 ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

demos citar o caso de Malala Yousufzau, do Paquistão, que descumpriu as concepções religiosas do seu país e decidiu não só estudar, mas defender que mulheres estudassem. No dia 9 de outubro de 2012, aos quatorze anos de idade, Malala foi atingida na cabeça por um tiro à queima-roupa dentro do ônibus no qual voltava da escola. Sobreviveu, recebeu o prêmio Nobel da Paz de 2014 e permanece na sua luta .

O traço distintivo do herói (héros) é que ele não recua ante sua própria ruína, como se seus desígnios e aspirações lhe importassem mais que sua própria vida. Os grandes heróis da Mitologia Grega não lutavam contra os deuses e nem procuravam combater seus daímons (destino). Enquanto os simples mortais, nas tragédias, costumavam retornar diante de dificuldades (e, dessa maneira, suas vidas muitas vezes ficavam esvaziadas de sentido), os seres diferenciados obtinham sucesso quando, ao invés de unicamente questionar acontecimentos, procuravam tentar entender seus significados – que de alguma forma lhes pertence – procurando restabelecer a harmonia.

"É tempo de responsabilizar-se cada um por todos, para que o direito não positive ilusões, antes, concretize humanidades".

É imperativo que se busque uma maior discussão sobre a efetivação da proteção constitucional destinada a todos os cidadãos, de maneira indistinta, tendo em vista que, inegavelmente, diversos segmentos sociais não desfrutam, ainda, de tais benesses e conquistas, e é justamente o que ocorre com as mulheres, em especial as que sofrem violência.

Segundo o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a violência doméstica constitui um grande obstáculo para o desenvolvimento econômico. As mulheres que são vítimas de violência doméstica são menos produtivas no trabalho. A sua menor produtividade representa uma perda direta para a produção nacional e tem importantes efeitos multiplicadores: as mulheres menos produtivas geralmente ganham menos e essa diminuição de renda, por sua vez, implica uma diminuição do consumo e, por conseguinte, da demanda global (BUVNIC, 1999). Para o BID, os custos econômicos da violência se desagregam em quatro categorias: os efeitos na saúde (gastos com atenção médica como consequência da violência), perdas materiais (gastos privados e públicos em polícia, sistemas de segurança e serviços judiciais), custos intangíveis (o que as pessoas estariam dispostas a pagar para viver sem violência) e transferências (valor dos bens perdidos em roubos, destruição etc.). No Brasil, esses custos representaram sobre o Produto Interno Bruto (PIB) 1,9% gastos em saúde, 3,6% em perdas materiais, 3,4% em custos intangíveis e 1,6% em transferências.

Maria Berenice Dias com muita propriedade salienta que:

Somente quem tem enorme resistência de enxergar a realidade da vida pode alegar que afronta o princípio da igualdade

11 He dicho antes que en el proceso del reconocimiento de estos derechos se acude hoy como nueva piedra filosofal al principio de tolerancia, o se invoca más o menos vagamente la solidaridad, y que eso me parece un Sendero de vuelta, un retroceso. Me explicaré. Mi propósito es sencillamente mostrar, en primer lugar, que quienes se ocupan de analizar el concepto de tolerancia perdiendo de vista que se trata de una categoría histórica, yerran no sólo en lo que se refiere al alcance descriptivo de su esfuerzo, sino también, y sobre todo, si tratan de propor cionar una dimensión prescriptiva, es decir, cuando concluyen ofreciéndonos la tolerancia como virtud pública a practicar, y aún más, cuando lo formulan como auténtico principio jurídico, incluso fundamental. Adelantaré que lo que trato de hacer ver es algo tan sencillo como que no se puede ignorar la historia, lo que supone tener bien presente, por ejemplo, la ya clásica tesis de Marcuse/Moore/Wolff y, además, no perder de vista en todo caso que lo que sirvió para abrir el camino hacia el reconocimiento y positivación de derechos y libertades' (de la libertad de conciencia, religiosa, de expresión, etc.) no puede ser hoy proclamado como un objetivo a alcanzar sin retroceder en el estatuto obtenido para las conductas respecto a las que se reclama el "beneficio" de la tolerancia. Habrá que añadir que, en lo que sigue, no me interesa discutir si la tolerancia como "virtud privada" es conveniente y por qué y con qué consecuencias, sino qué significa (y por qué se hace y qué consecuencias tiene hacerlo) proclamar hoy la necesidad de la tolerancia en el orden jurídico político (JAVIER DE LUCAS, EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS. ¿CAMINO DE IDA Y VUELTA? A propósito de los derechos de las minorías. In: DERECHOS Y LIBERTADES I REVISTA DEL INSTITUTO BARTOLOMÉ DE LAS CASAS).

tratar desigualmente os desiguais. Cada vez mais se reconhece a indispensabilidade da criação de leis que atendam a segmentos alvos da vulnerabilidade social. A construção de microssistemas é a moderna forma de assegurar direitos a quem merece proteção diferenciada. Não é outra a razão de existir, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso e da Igualdade Racial. E nunca ninguém disse que estas leis seriam inconstitucionais.

Além de afirmar sua constitucionalidade, o STF a interpretou a Lei Maria da Penha conforme a Constituição, que diz em seu artigo 226, parágrafo 8º: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações".

Para que as mulheres possam exercer de forma plena seus direitos fundamentais é indispensável que lhes seja assegurada uma vida digna, ou seja, uma vida sem violência, desígnio maior da lei Maria da Penha que em seu art. 3o prevê:

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput.

Assim, existe uma obrigatoriedade de que o poder público garanta esse exercício, através de políticas públicas, pois:

O entendimento da complexidade do fenômeno da violência norteou a proposta de tratamento integral que a Lei estabelece. A vulnerabilidade social vivenciada por grande parte das mulheres em situação de violência demanda do poder público medidas concretas para a diminuição do risco de novas violências. Muitas mulheres temem deixar a relação porque não têm para aonde ir, ou porque não existem programas de atendimento psicológico, ou porque não têm renda, e assim por diante. Torna-se imperioso pensar como os diversos programas governamentais podem ser mecanismos de apoio e auxílio às mulheres.

Não se pode esquecer, ainda, os objetivos da nossa República no sentido de construir uma sociedade, livre, justa e solidária, com erradicação da pobreza, da marginalização e das desigualdades sociais e regionais, livres de quaisquer formas de discriminação, conforme disposto no artigo 3º de nossa Lei Maior.

Essas determinações no sentido de que a existência da vida deve ser digna ocorrem pois a

busca pela felicidade para todos é um antigo ideal que parece assumir várias facetas. Por vezes, esconde-se no combate às desigualdades, à discriminação e aos preconceitos; outras em mecanismos de organização social para colocar os ideais de felicidade em prática por intermédio de diversas "ferramentas", inclusive pela não violência contra a mulher.

A Professora Doutora Alice Bianquini, presidente da ABMCJ/ SP (Associação Brasileira de Mulheres de Carreira Jurídica) e a maior referência do Brasil em direitos das mulheres, nos convida à reflexão na introdução de uma de suas obras:

"Essas mulheres vítimas merecem ser ajudadas em reflexão sobre sua situação no mundo e sua subjetividade. Elas precisam compreender o processo de violência e, a partir dessas consciência, tomar a sua decisão (manter o relacionamento agressivo, buscar auxílio para superar o ciclo de violência, ou afastar-se, definitivamente, do agressor). Agora, isso não é uma questão de caráter pessoal. Qualquer opção deve ser efetivada com a mulher em situação de segurança de sua saúde, de sua integridade física, psíquica, moral, sexual e patrimonial, dentre outras. É nesse aspecto que a Lei Maria da Penha cumpre o seu mais relevante papel: proporcionar instrumentos úteis à mulher em situação de violência doméstica e familiar.

Uma das grandes preocupações em relação à necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, da concretização do princípio da igualdade no seio social diz respeito às minorias e grupos vulneráveis, razão pela qual o art. 6º da Lei Maria da Penha prevê que "a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos."

CONSIDERAÇÕES FINAIS

"Ninguém nasce mulher: torna-se mulher". Eis a máxima de Simone de Beauvoir, em O Segundo Sexo, que traduz a função intermediária das mulheres nas sociedades. Em síntese, o gênero é uma construção cultural submetida a um sexo dado e tem o condão de configurar liberdade ou opressão.

A mulher não nasce livre e igual ao homem, pois precisa afirmar-se para existir e resistir no universo sexista e machista. Não é, portanto, a biologia que delimita atribuições, talentos e espaços masculinos ou femininos, mas as construções culturais que consentem a supremacia dos homens e a submissão das mulheres.

Ao contrário do que querem apregoar alguns, o feminismo não é uma doutrina fundada no

ideário da sobreposição das mulheres aos homens. Trata-se, pois, de um movimento social e político, que se remonta ao século XIX, e tem como objetivo o acesso a direitos iguais entre os gêneros.

A Constituição Cidadã, em cláusula pétrea do artigo 5°, I, conclama a igualdade entre homens e mulheres, entretanto, os direitos abstratamente reconhecidos se invalidam perante os longínquos costumes perpetrados. Vale relembrar que as mulheres, no Brasil, viram surgir o século XX como relativamente incapazes perante a legislação civil.

Em que pese o avanço dos estatutos jurídicos, ainda hoje, mulheres são mortas, estupradas e agredidas, corriqueiramente vítimas de violência doméstica, percebem salários mais baixos e não obtém acesso aos cargos mais importantes, seja nos espaços públicos ou privados, e especialmente nos cargos eletivos. De acordo com o CENSO, entre 2000 e 2010, as mulheres aumentaram sua participação no mercado de trabalho, porém ainda em condições de desigualdade em relação aos homens. Em 2010, o rendimento médio das mulheres foi equivalente a 67,7% do rendimento dos homens. No legado de Simone de Beauvoir: "É pelo trabalho que a mulher vem diminuindo a distância que a separava do homem, somente o trabalho poderá garantir-lhe uma independência concreta".

À luz da importância que o Constituinte de 1988 deu para o tema vida digna e igualdade, não resta dúvida de sua fundamentalidade na vida da pessoa humana.

E é dessa maneira que devemos buscar acabar com quaisquer formas de violência em detrimento das mulheres.

Para tanto, é necessário que continuemos lutando para que a efetivação da Lei Maria da Penha seja realmente uma "utopia concreta", em que as pessoas, sejam elas homens ou mulheres, tenham não apenas o direito à vida, mas também à vida digna, numa sociedade inclusiva, igualitária e tolerante, onde todos respeitem a condição humana.

Os avanços nos textos jurídicos salientados até agora realmente são importantes e fazem com que ocorra uma evolução no campo do direito, sendo indispensáveis para que alguns direitos fossem assegurados.

No entanto, ainda não são suficientes para que a efetivação desses direitos se verifique de maneira plena e tampouco que os casos de violência contra a mulher e feminicídio tenham as suas estatísticas diminuídas no Brasil.

Proteção da mulher contra a violência é questão de Direitos Humanos, sim!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADEODATO, João Maurício. A retórica constitucional sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. São Paulo: Saraiva, 2009.

APPIO, Eduardo. Direito das Minorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah A condição humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres de. Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Saraiva, 1982.

BIANCHINI, Alice. Lei Maria da Penha. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 11. ed. 14. tirag. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. In SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CAPRA, Fritof. A teia da vida: uma nova compreensão dos sistemas vivos. São Paulo: Cultrix, 2006.

FERRAZ, Carolina Valença; LEITE SALOMÃO, George; LEITE SALOMÃO, Glauber; Leite Salomão, Glauco. Manual dos Direitos da Mulher, São Paulo: Saraiva, 2013.

DEMO, Pedro. Pesquisa e Construção de Conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000.

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha é constitucional e incondicional.
Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-fev-13/maria-penha-lei-constitucional-incondicional. Acesso em abril/2019.

Eurípides. Tradução de JJA TORRANO. BACAS. São Paulo: Hucitec, 1998.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Esperança. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1992.

GOFFMAN, Erving. Estigma: Notas sobre a manipulação da Identidade Deteriorada. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

LAMB, Christina; YOUSAFZAI, Malala. Eu sou Malala. São Paulo: Companhia das Letras.

LUCAS, Javier de. Tolerancia y Derecho. ¿Tiene sentido hablar de tolerância como principio jurídico? Universidad de Valencia: ISEGORíAJ 14, 1996.

LUCAS, Javier de. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS. ¿CAMINO DE IDA Y VUELTA? A propósito de los derechos de las minorías. In: DERECHOS Y LIBERTADES I REVISTA DEL INSTITUTO BARTOLOMÉ DE LAS CASAS.

MAPA DA VIOLÊNCIA. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdfAcesso em: 10/04/2019.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORIN, Edgar. A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento. Trad. JACOBINA, Eloá. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. Comentários à Constituição de 1946. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 6, 1960.

Revista do NUDEM. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Disponível em:
http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/41/Revista_viol%C3%AAncia%20dom%C3%A9stica.pdf. Acesso em: fev/2019.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). O Direito à Vida Digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SERRANO JUNIOR, Vidal. A cidadania social na Constituição de 1988. Estratégia de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009.

VIANA, Túlio Márcio; RENAULT, Luiz Otávio (Coord.). Discriminação. São Paulo: LTr, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos e justicia. Gascón, Marina (Trad.). Madrid: Editorial Trotta. 2007.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO PENAL

JOCELINO JUNIOR DA SILVA
Advogado, pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal.

OTAVIO FELIPE DE CASTRO PEREIRA
Bacharel em direito.

SUMÁRIO

I. RESUMO ---------- 29

II. INTRODUÇÃO ---------- 30

III. DA PERSONALIDADE JURÍDICA ---------- 30

III.I. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ---------- 31

III.II. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA ---------- 31

IV. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS ---------- 31

V. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROJETO ANTICRIME ---------- 32

VI. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO PROCESSUAL PENAL ---------- 34

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 35

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 36

I. RESUMO

O instituto da personalidade jurídica tem o objetivo de garantir segurança jurídica a quem se aventura no mercado econômico, gerando uma autonomia patrimonial aos sócios detentores da pessoa jurídica. O presente artigo aprofundará o estudo na teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, com o intuito de aplicá- la no direito penal. Fazendo com que a autoridade judicial alcance o patrimônio da pessoa jurídica constituída pelo sócio que cometeu o ato ilícito. Sendo utilizado o sequestro de bens e valores para garantir reparação dos prejuízos causados.

Palavras-chave: Personalidade; Sociedade; Desconsideração.

I. ABSTRACT

The legal personality institute has the objective of guaranteeing legal certainty to those who venture in the economic market, generating a patrimonial autonomy to the shareholders holding a legal entity. The present research will deepen the study in the theory of the inverse disregard of the legal personality, with the intention to apply it in the criminal law. By making the judicial authority reach the equity of the legal entity constituted by the partner who committed the unlawful act. If the asset and value hijacking is used to guarantee reparation of the damages caused.

Keywords: Personality; Society; Disregard.

II. INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro estabelece efeitos da condenação penal, trazendo como mecanismo de combate ao crime organizado, a possibilidade de promover o sequestro de bens e valores dos agentes, inclusive podendo alcançar o patrimônio de pessoa jurídica. Neste caso, havendo uso da pessoa jurídica para dissimular, ocultar e legalizar patrimônio fruto do crime pode-se invocar a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, sendo um meio eficaz para garantir a reparação de danos.

O presente artigo tem por tese defender a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, como efeito da condenação, para que a perda de bens e valores alcance o patrimônio social integralizado do agente em sociedade econômica, no cometimento de crimes econômicos.

Será abordada uma sucinta introdução acerca do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, seus requisitos, modalidades e aplicação no ordenamento jurídico pátrio, as teorias existentes, em especial a teoria da desconsideração inversa da pessoa jurídica e aplicação em relação ao direito processual penal.

Tendo como premissa a defesa de sua aplicação na condenação de perda de bens e valores nos crimes de natureza econômica. O estudo se norteará através da legislação, projetos de lei em tramitação e doutrina.

III. DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da personalidade jurídica objetiva basicamente a proteção e o incentivo das práticas comerciais ao proteger o patrimônio individual dos sócios, trazendo maior segurança jurídica nas relações empresariais. O instituto é basicamente a distinção formal entre pessoa física e jurídica.

É através da personalidade jurídica que é garantida ao empresário a limitação de prejuízos ao exercer atividade econômica profissional e organizada para produção de bens e serviços.

O instituto da personalidade jurídica não trouxe somente benefícios, mas sim, sérios problemas. Como já sabido, a personalidade jurídica protege o patrimônio pessoal dos sócios da sociedade empresarial, porém há situações em que os sócios acabam por cometer abusos da personalidade jurídica e fraudes, causando sérios prejuízos. Diante de tamanho problema, deu-se origem a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, com finalidade de coibir os abusos e fraudes cometidas.

III.I. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica possibilita a ruptura da blindagem patrimonial dos sócios, para que em um processo de execução, não satisfeito o crédito o credor possa alcançar o patrimônio pessoal dos sócios da sociedade empresária, quebrando assim a autonomia patrimonial.

Basicamente a teoria teve origem no meio doutrinário, sendo positivada no ordenamento jurídico pátrio através do Código de Defesa do Consumidor de 1990 e o Código Civil de 2002, dividindo-se em teoria menor e teoria maior.

III.II. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Para Fabio Ulhôa Coelho: "desconsideração inversa é o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio".

Em certos casos a pessoa jurídica acaba se tornando um obstáculo à satisfação de uma execução, isso porque em algumas situações os sócios se utilizam do controle de direção da pessoa jurídica para cometer atos ilícitos, transferindo seu patrimônio particular para sociedade empresária. Diante de tamanho empecilho surgiu outra teoria, a da desconsideração inversa da pessoa jurídica.

Neste caso desconsidera-se a personalidade jurídica para se alcançar o patrimônio da sociedade, como forma de garantir a reparação de danos causados pelos sócios, conforme previsto no art. 28, §5º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim sendo, a autoridade judicial, pode ordenar a desconsideração inversa da personalidade jurídica para se alcançar o patrimônio da pessoa jurídica, para que com os efeitos do instituto garanta o ressarcimento dos danos causados.

IV. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS CRIMES ECONÔMICOS

Aprofundando os estudos acerca da teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica, tal teoria poderia trazer benefícios satisfatórios na persecução penal, visto que, ao analisarmos a estrutura das organizações criminosas, podemos observar a costumeira prática de se utilizar a pessoa jurídica para concretizar práticas criminosas como: lavagem de dinheiro, ocultação de patrimônio, enriquecimento ilícito, dentre outras.

Organizações criminosas utilizam sociedades empresárias como forma eficaz de "legalizar" patrimônio oriundo de prática ilícita, acabando por se apoderar de uma estrutura jurídica organizada para se blindar, dificultando o trabalho de sequestro de tais bens por parte das autoridades judiciais.

O Código Penal Brasileiro estabelece em seu artigo 91 alguns efeitos da condenação, onde se permite o sequestro de bens e valores oriundos da prática criminosa.

Decretada a perda dos bens sequestrados, avaliam-se os bens e posteriormente são levados a hasta pública, garantindo o ressarcimento ao poder público e a terceiros prejudicados.

A lei nº 12.846/13 dispõe sobre a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, trata-se de uma responsabilidade objetiva.

Em seu texto, a lei traz a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica nos crimes onde há a incidência do abuso de personalidade para encobrir, dissimular a prática de atos ilícitos.

O artigo 3º do referido diploma determina que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de cada sócio pela prática criminosa. O artigo 14 estabelece a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica sempre que constatado o abuso, com intuito de fraudar, dissimular e ocultar bens e valores de origem criminosa.

V. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROJETO ANTICRIME

Conseguir alcançar o patrimônio oriundo do crime é sem dúvidas um imenso desafio para as autoridades, ainda mais diante da expansão desenfreada das organizações criminosas.

Utilizar a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio dos agentes criminosos é sem dúvidas uma ferramenta que possibilitara maior eficiência da persecução penal.

Recentemente foi apresentado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública o projeto Anticrime, projeto que tem por finalidade

fortalecer o combate a corrupção e o crime organizado.

O projeto vem para fortalecer o mecanismo de sequestro de bens, assim dispõe o projeto:

Art. 133. Iniciada a execução provisória ou definitiva da condenação, o juiz, de ofício ou a requerimento do interessado ou do Ministério Público, determinará a avaliação e a venda dos bens cujo perdimento foi decretado em leilão público. § 1º Do dinheiro apurado, será recolhido aos cofres públicos o que não couber ao lesado ou a terceiro de boa-fé. § 2º O valor apurado deverá ser recolhido ao Fundo Penitenciário Nacional, salvo previsão diversa em lei especial. § 3º No caso de absolvição superveniente, fica assegurado ao acusado o direito à restituição dos valores acrescidos de correção monetária.

Art. 122. Sem prejuízo do disposto no art. 120, as coisas apreendidas serão alienadas nos termos do art. 133.

O projeto em tramitação facilita a possibilidade de efetivação das medidas impostas na sentença penal condenatória, em especial as penas restritivas de direitos e pecuniárias.

Referido projeto dispõe ainda que:

Art. 617-A. Ao proferir acórdão condenatório, o tribunal determinará a execução provisória das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos ou pecuniárias, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos.

§ 1º O tribunal poderá, excepcionalmente, deixar de autorizar a execução provisória das penas se houver uma questão constitucional ou legal relevante, cuja resolução por Tribunal Superior possa plausivelmente levar à revisão da condenação.

§ 2º Caberá ao relator comunicar o resultado ao juiz competente, sempre que possível de forma eletrônica, com cópia do voto e expressa menção à pena aplicada.

Deste modo, temos que o projeto em análise pretende combater a prática costumeira, através de recursos judiciais se retardar a penhora de bens e valores sequestrados, dificultando a reparação de danos causados pela conduta ilícita.

VI. A DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O DIREITO PROCESSUAL PENAL

O Código de Processo Penal brasileiro trata em seu capitulo VI das medidas assecuratórias, dispondo sobre a aplicação do sequestro de bens móveis e imóveis, adquiridos com os proventos da infração penal.

O artigo 125 do Código de Processo Penal possibilita o sequestro dos bens imóveis, adquiridos pelo indiciado com os proventos da infração, ainda que já tenham sido transferidos a terceiro.

Destaca-se que o Juízo criminal não efetuará a execução da responsabilidade civil em que foram condenados os infratores, visto que, tal prática extrapolaria sua competência, assim sendo, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória o juízo criminal encaminhará os autos para juízo cível para se efetuar a alienação dos bens sequestrados, para se reparar os danos causados, inclusive podendo aplicar a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Portanto, havendo indícios do uso da pessoa jurídica para prática de atos ilícitos, pode se cogitar a responsabilização da pessoa jurídica, invocando a teoria da desconsideração inversa da personalidade jurídica para se alcançar o patrimônio integralizado dos sócios condenados. Observado os requisitos do artigo 50 do Código Civil.

Ao analisar a sistemática processual, seria interessante abrir espaço para o juízo criminal autorizar, desde que preenchidos os requisitos legais, imediatamente a desconsideração inversa da personalidade Jurídica.

As medidas cautelares para garantir a reparação dos danos devem surtir efeitos imediatos, pois a morosidade causada pela demora em o Juízo Cível se pronunciar acerca da desconsideração da personalidade jurídica, configuram como verdadeiro obstáculo para a satisfação da persecução penal.

O sequestro de bens tardio poderia ser considerado frustrado, devido a manobras utilizadas pelos agentes criminosos para dificultar o alcance ao patrimônio oriundo das atividades ilícitas, como habitualmente ocorre.

VII. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo levantou a possibilidade de se tornar eficaz os meios de satisfação da persecução penal, em especial, a possibilidade da desconsideração inversa da personalidade jurídica, para alcançar patrimônio de origem ilícita que se encontre sob a propriedade de pessoa jurídica.

Através do mecanismo de sequestro de bens e valores, disposto na legislação processual penal, tornaria viável e segura as medidas cautelares impostas pelo juízo criminal para reparação dos danos causados pelos agentes infratores.

Observa-se que há uma preocupação em se aperfeiçoar tais métodos, ao analisar o projeto denominado anticrime, de autoria do Ministro da Justiça, seu texto traz mecanismos que tornam mais práticas as possibilidades de se alcançar patrimônio oculto em pessoas jurídicas.

Portanto, em tese, a teoria desconsideração inversa da personalidade jurídica, poderá ser uma grande aliada ao combate das organizações criminosas, se tal temática passar a ser tratada diretamente pelos juízos criminais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BECCARIA, CesareBonesana, Marchesidi. Dos delitos e das penas; tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 5. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. BRASIL. Projeto de Lei Anticrime nº , de 2019.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte especial. 8. ed. São Paulo Saraiva 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 23. ed. Saraiva: 2011.

JESUS, Damásio E. de. Direito penal: parte especial. 14. ed. rev. e atual. São Paulo Saraiva 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; BRASIL. Manual de direito penal. 31., ed., rev. e atual. São Paulo Atlas 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral, parte especial. 4. ed. rev. atual. eampl. São Paulo Revista dos Tribunais 2008.

SANCHÉZ, Jesús-Maria Silva. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industrial – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

A DUALIDADE ENTRE AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICAÇÃO DO DIREITO CIVIL NA DITADURA MILITAR NO BRASIL

MAYARA BERTOCO FRANÇA.
Nascida em 04 de agosto de 1997, na cidade de Bauru, tendo cursado a rede regular público de ensino fundamental e médio, técnica em Recursos Humanos pela Instituição Senac Bauru, estudante do 5º ano do curso de graduação em Direito na Instituição Toledo de Ensino - ITE, atualmente estagiária da Procuradoria do Trabalho do Município de Bauru, tendo em ultima ocasião debatido o tema em questão na 1º Jornada Luso-Brasileira: Atualidade da História das Relações entre o Direito Constitucional e Direito Civil, que ocorrera na Faculdade de Direito - Universidade de Lisboa em Lisboa, Portugal.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 39

II. PROBLEMATIZAÇÃO CIENTÍFICA DE ADERÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO ---------- 40

CONCLUSÃO ---------- 44

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 46

PALAVRAS-CHAVES: Regime Militar. Violação. Direitos Fundamentais. Milagre Econômico.

I. INTRODUÇÃO

O Brasil viveu entre os anos de 1964 a 1985 o período conhecido como Regime Militar, onde os militares comandaram o país e visavam aumento de poder. Tal regime representa uma das vivências mais perversas e cruéis no país. Nesse tempo assistimos à materialização da violência institucional e a incompreensível violação de direitos fundamentais.

A prática de tortura se institucionalizou, alcançando qualquer opositor ao sistema, principalmente àqueles que eram vistos como ameaça à segurança pública do país. Diversas foram as famílias atingidas, que levam por toda a vida a marca de sangue da Ditadura.

Uma sociedade reprimida de qualquer meio de expressão de vontade e liberdade. A aniquilação desses, entre outros direitos, fora sentida pela grande maioria dos cidadãos que lutaram bravamente para que o Estado democrático viesse a prevalecer para que então passassem a se ver livres de tal regime ditatorial.

Grande parte da população do país vivia constantemente com o banho de sangue que era resultado da ditadura militar, com a exceção daquela parcela que sustentava o regime ditatorial e por ele era protegida, num verdadeiro processo de retroalimentação. Referidos fatos fizeram com que o Brasil se tornasse um grande negócio, com o "milagre do crescimento econômico" se materializando em meio ao caos.

Num quadro de mortes, torturas e exílios o país se viu desolado e na necessidade de ações serem tomadas definitivamente. A resistência tomou assento, jovens, trabalhadores e estudantes, entre grande maioria, não calaram sua voz e foram às ruas buscar os direitos que a eles eram essenciais. Através dela conseguiu-se romper com o sistema e instaurar a democracia no país colocando fim ao poder militar que perdurou por mais de duas décadas.

Com o fim de tal regime, deu-se inicio a criação da conhecida Constituição cidadã, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que inaugura um novo cenário de visão e respeito aos direitos fundamentais no país.

Posteriormente, com a criação da Comissão Nacional da Verdade, em 2011, buscou-se indenizar materialmente as vítimas e familiares que sofreram de forma cruel com o regime militar no Brasil.

II. PROBLEMATIZAÇÃO CIENTÍFICA DE ADERÊNCIA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO PRIVADO

Uma mancha de sangue marcada na história do Brasil, assim foi a ditadura que perdurou de 01 de abril de 1964 a 15 de março 1985 no país. Após a renúncia do presidente Jânio Quadros, João Goulart passou a ser então o presidente do país sendo deposto em 31 de março de 1964 por um golpe de Estado, sob a justificativa de ameaça comunista no país, dando inicio ao regime de poder militar, tornando-se o chefe do poder Marechal Castelo Branco. Deu-se início então aos anos cinzentos do país.

Uma vez imposto o regime militar, vieram os Atos Institucionais, que, basicamente, eram decretos validados sem que para isso houvesse a aprovação de um órgão legislativo, ou seja, o Congresso Nacional. Sob tal regime o poder executivo passou a realizar a função legislativa, passando a ser controlada a sucessão presidencial por meio do Alto Comando das Forças Armadas, indicando um candidato militar que era referendado pelo Congresso Nacional. Ao todo foram realizados 17 atos, mas entre eles o mais conhecido foi o Ato Institucional n°5.

Com o poder nas mãos do General Costa e Silva a repressão realizada pela linha dura tomava força e, com isso, os movimentos de oposição passaram a adquirirem maior evidência e a crescer. Membros da população, muitos deles estudantes, operários e intelectuais pleiteavam pela democracia. Uma das cenas que marcou o país foi a passeata dos Cem Mil, organizada pelo movimento estudantil, onde a população foi às ruas, ato permanentemente proibido pelo governo dias antes. Devido a grande força tomada pelos movimentos, o AI-5 foi formulado com o objetivo de perseguir e punir, suprindo qualquer direito mínimo de liberdade ainda existente ao indivíduo.

Diante disso, a sociedade viu retirado, a exemplo, o direito a habeas corpus, os militares detinham as pessoas com a justificativa de serem causadoras de risco à segurança nacional. Nesse período o Presidente poderia decretar estado de sítio e "intervenção de chumbo", sendo o total controle da informação por parte do governo, houve a censura à mídia, fechamento de instituições da oposição e repressão às manifestações trabalhistas.

Assim, a partir do AI-5 o país viveu um período de censura aos meios de comunicação sem qualquer precedente na história nacional.

Os primeiros meses de 1969 foram de terror. As cassações seguiram-se juntamente à aposentadoria de centenas de servidores, dentre eles juízes. Foram realizadas uma série de intervenções na diretoria de diversos sindicatos a fim de afastar lideranças da oposição.

As universidades também foram alvo dos militares que, a partir do Decreto nº 477, passaram a suspender estudantes, professores e demais funcionários ligados ao que se considerava "atividades subversivas". (CORRÊA, 2017)

Uma vez praticados, tais atos se tornavam cada vez mais constantes e cruéis. Os manifestantes capturados eram sujeitos a torturas como, por exemplo, o "pau de arara", onde nus eram suspensos em uma barra de ferro que era atravessada entre seus punhos amarrados entre as dobras dos joelhos e depois colocados em uma mesa, ficando pendurado em uma distância pequena do solo. Recebiam choques, um dos métodos mais utilizados, também um dos piores, estes eram dados em suas partes intimas, nas línguas, olhos e ouvidos, em alguns casos em todo o corpo de uma única vez, sendo tais descargas elétricas sucessivas, ocasionando desmaios, convulsões e por fim a morte.

Havia também técnicas de torturas específicas para as mulheres. Estas, que eram capturadas pelos militares, eram despidas, obrigadas a praticarem relações sexuais com os torturadores. Objetos, instrumentos e até mesmo animais, como ratos, eram inseridos em suas partes íntimas. Tais práticas eram constantes nos centros de tortura e funcionavam como um meio de dominação e poder.

"Ainda hoje os crimes sexuais praticados contra mulheres e homens durante a ditadura permanece carregado de estigma, impunidade e indiferença. Trazer a percepção de mulheres e homens que sofreram violência sexual ajuda a tirar do silêncio e dar legitimidade às vozes das vítimas." (MEMORIAS DA DITADURA, 2010)

As mulheres grávidas também estavam sujeitas às consequências da ditadura. Conforme relata a jornalista, na época, Rose Nogueira, ex-militante da Ação Libertadora Nacional (ALN), gravida de dois meses quando foi levada pelos militares junto ao seu marido e sogros. Cientes de sua gravidez os militares a induziram a choques elétricos, pau de arara, entre outras torturas, que dias depois vieram a ocasionar um aborto. (GGN, 2014)

Há relatos também de crianças, de diferentes idades, que presenciaram os familiares serem presos e torturados pelos militares. Sendo usadas como meio de se obter informações das vitimas torturadas, vez que os militares induziam a ideia de pratica de tortura, ameaças que em alguns casos realmente eram concretizadas. Muitos filhos possuem na memória a imagem de seus pais ensanguentados, extremamente machucados, abatidos e até mortos. Em grande maioria, as crianças eram colocadas dentro de sacos e abandonadas em lugares aleatórios, não encontrando mais seus pais ou qualquer membro da família, estando à condição de pessoas que tivessem solidariedade em ajudá-los.

Muitas pessoas estão desaparecidas até os dias atuais, alguns se tem a certeza que foram mortos pelos militares. Outros não se sabe ao certo o que aconteceu,

mas nunca mais apareceram, muitos familiares buscam por corpos até hoje. De acordo com a Comissão Nacional da Verdade (CNV) a ditadura militar brasileira deixou 434 mortos, além de 210 desaparecimentos.

Com o país cansado desse banho de sangue, os espaços de luta pelo fim da presença dos militares no poder central foram se multiplicando. Em 1983 o movimento por "Diretas Já" pleiteava as eleições diretas para Presidente do Brasil, chegando ao seu auge em 1984, vindo a trazer efeitos, posteriormente em 1985, para a ocorrência das eleições indiretas para presidente, que posteriormente veio a eleger Tancredo Neves e consequentemente ocasionando o fim dos militares no poder.

Um mundo que acabara de vivenciar um dos maiores genocídios que foram a Primeira e Segunda Guerra Mundial, via-se como prioridade que os cidadãos tivessem seus direitos preservados sem qualquer distinção pelo grupo étnico ou religioso em que vivem, respeitando os direitos e garantias fundamentais inerentes à vida de um indivíduo. Pautados em tal visão, foi criada a Constituição do Brasil de 1988, considerada a lei basilar que tutela os princípios e direitos fundamentais.

Com embasamento na Constituição cidadão, diversos foram os direitos e garantias violados pelo regime militar. Um exemplo fidedigno de violação foi o direito de expressão, a liberdade, em geral, a dignidade da pessoa humana, entre muitos outros.

No anterior regime, qualquer meio de expressar opiniões em relação ao governo que não fossem positivas aos olhos dos militares era repreendido cruelmente. A liberdade, em geral, se viu violada quando, por exemplo, em determinado momento da ditadura, pessoas que eram encontradas fora de suas casas após determinado horário da noite eram apreendidas pelos militares, pois eram suspeitas de pratica de atos ilícitos principalmente contra a segurança publica.

Os jornais e pessoas daquela época que tentasse ir contra o período expondo sua opinião, fazendo movimentos revolucionários eram torturados pelos militares, portanto era viável para os governantes esse tipo de atitude, pois o povo ficava com medo e parava de se manifestar. (RANGEL e SANCHES, 2013)

Sem falar dos meios de torturas cruelmente aplicados durante o regime militar, que fez com que a Constituição da Republica vigente viesse a tratar de maneira expressa em seu artigo 5º, inciso III, dos direitos fundamentais do cidadão, mais especificamente a proibição de sujeitar a qualquer individuo a tortura, ao tratamento desumano ou degradante. Além do mais, referida Constituição equiparou a tortura como crime hediondo, tendo um tratamento mais rigoroso, respondendo pela sua pratica nos termos da Lei 8.072/90. Tal pratica também violava assustadoramente o direito à dignidade da pessoa humana, este que é considerado inviolável pela Constituição, além da violação de muitos outros princí-

pios fundamentais que esta almeja.

A Lei Maior em seu Preâmbulo cita que é destinada 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 [...]". Sem duvidas, veio para tutelar o maior numero possível de direitos e garantias inerentes ao ser humano, evitando que acontecimentos de tamanha proporção venham a ocorrer novamente no país e instituindo de vez o regime democrático de direito.

Ressalta-se que demasiada foi a influência da ditadura no direito privado brasileiro. Em momento de auge do referido governo, o mesmo alavancou diversas empresas privadas e empresários do país. Com os generais no comando, parte dos setores privados se viram tutelados, os benefícios concedidos e a violação aos direitos humanos tornou-se uma politica de Estado que retroalimentava os grandes empresários, impulsionando o país durante o regime antidemocrático onde financiavam o governo e em troca recebiam um aval para implementar seus projetos, tornando-os tão poderosos quanto os militares.

Durante a Comissão Nacional da Verdade foram comprovados a existência de apoio empresarial nos crimes praticados pelos agentes repressivos. A comissão os classifica como "fantasmas dolorosos do passado que não irão mais se proteger no silêncio e na omissão" (ISTOÉ, 2014). Centros de repressão, como os DOI-CODI, foram financiados por anos pela iniciativa privada, desde sua construção, locais esses onde centenas de pessoas foram torturadas e mortas por lutarem contra o regime. Como consequência de todo o apoio ao governo, eram beneficiados de diversas formas, como sendo convidados a ocupar cargos de grande importância no governo, criando politicas publicas e reformando o Estado com base em seus interesses.

Aqueles dos quais se mantiveram firmes em evitar negociações com o regime militar, se viam prejudicados financeiramente, tendo suspensos os seus direitos e sofrendo atos do governo que, muitas vezes, ensejava em sua falência, deixando nítido que aqueles que defendiam a democracia e, por consequência, eram oposição ao regime militar, não tinham chances de ser empresários no país ou se quer viver dignamente no país.

Necessário enfatizar a grande importância da criação da Comissão Nacional da Verdade, que veio a ocorrer em 16 de maio de 2012, após quase 30 anos do fim do regime ditatorial no país, objetivando apurar as violações de Direitos Humanos que vieram a ocorrer entre os anos de 1946 a 1988 no Brasil. Resultado de uma luta incessante de familiares e grupos de defesa aos Direitos Humanos, a Comissão não tinha a função de punir e indiciar criminalmente os agentes causadores de tais violações, mas sim vir a trazer de certa forma "recomendações" ao Estado. Foi um momento épico e de grande importância onde pela primeira vez o Estado assumiu oficialmente

a responsabilidade dos danos provocados pela ditadura militar.

Dentro de todos os resultados alcançados, a Comissão buscou indenizar de forma mais digna possível as vitimas do poder ditatorial e seus familiares, sendo uma tarefa delicada e de grande dificuldade mensurar os valores que seriam devidos a estes.

O objetivo com tal indenização não era valorar uma vida ou um sofrimento, mas sim consolar e reparar na medida do possível a sociedade, dando o entendimento de que tais atos praticados durante o período ditatorial foram de fato reconhecidos, passando a ser represados e repelidos pelo Estado, de forma que não venham a ocorrer novamente.

III. CONCLUSÃO

A Ditadura Militar ocasionou ao Brasil um histórico de demasiada violência e violação de direitos. Os cidadãos neste período se viram impossibilitados do exercício e da proteção de direitos fundamentais, onde somente eram beneficiados empresários e pessoas que poderiam contribuir ao governo. Sem meios de escapar da repressão, foi através de uma luta incansável que a população brasileira conseguiu instaurar a democracia no país colocando fim no poder executivo militar que perdurou por quase 21 anos.

A ditadura militar teve no país um reflexo de extrema repulsa por parte da sociedade e posto isto após o seu fim e com a criação da Constituição da República de 1988, instituíram-se princípios que passaram a tutelar os cidadãos e seus direitos fundamentais, de forma que nenhuma prática análoga ao referido regime venha a ser aceita. Tal momento ocorrido não tem como ser visto com bons olhos, famílias sofreram e sofrem até hoje com os reflexos causados por tamanha injustiça, o país lida ainda nos dias atuais com as consequências administrativas e econômicas ocasionadas pela ditadura.

Não se teve parte vencedora com tal regime, seja da forma que for todos saíram perdendo e é devido a isso que os direitos e deveres que tutelam os cidadãos devem ser preservados de forma máxima.

Caracterizando a dualidade existente, o caos dos “anos de chumbo” foi uma completa violação dos direitos fundamentais do cidadão e o “milagre econômico”, que muitos dizem, foi um sistema que foi retroalimentado muitos anos, onde a economia privada e os empresários “financiavam” a ditadura e esta por sua vez implementava a

um custo altíssimo, que implicaria na imersão do país ao desordem da dívida externa, ocorrendo o crescimento econômico apenas de parcelas mínimas da sociedade.

Vivificou-se então uma completa violação dos direitos fundamentais do cidadão. Difícil foi a tarefa de mensurar o dano físico e psicológico causados às vítimas do regime militar. A indenização aplicada e deferida pela Comissão Nacional da Verdade não buscou apenas valorar economicamente tais reflexos da ditadura, mesmo porque estes são imensuráveis, mas reconhecer e esclarecer as consequências da opressão do regime militar, assumindo tal indenização às vítimas um caráter consolador e reparador, na medida em que impõe ao Estado o dever de minimizar as consequências de seus atos.

A ditadura militar no Brasil é uma mancha que será carregada eternamente nos corações dos brasileiros, uma mancha de sangue, que não deve ser jamais menosprezada, esquecida ou comemorada. Hoje a democracia mantém o país, mas para chegarmos onde hoje estamos muitas lutas foram perdidas e com elas também se foram muitas vidas e, por honra a estas pessoas que lutaram pelos direitos que hoje gozamos, não podemos ignorar ou esquecer esta parte da história do Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 8 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

CORRÊA, Michelle Viviane Godinho. AI-5. Infoescola. 2017. Disponível em <https://www.infoescola.com/ditadura-militar/ai-5>. Acesso em: 07 abr. 2019.

CORRÊA, Michelle Viviane Godinho. Atos Institucionais. Infoescola. 2017. Disponível em <https://www.infoescola.com/ditadura-militar/atos-institucionais/>. Acesso em: 08 abr. 2019.

CORRÊA, Michelle Viviane Godinho. Doi-Codi. 2017. Disponível em <https://www.infoescola.com/historia-do-brasil/doi-codi/>. Acesso em: 07 abr. 2019.

CNV e Mulheres. Memórias da Ditadura. Disponível em <http://memoriasdaditadura.org.br/cnv-e-mulheres/>. Acesso em: 10 abr. 2019.

DREIFUSS, René Armand. 1964: A Conquista do Estado Ação Política Poder e Golpe de Classe. São Paulo: Vozes, 1981.

FERNANDES, Florestan. A Revolução Burguesa no Brasil – Ensaio de Interpretação Sociológica. Porto Alegre: Zahar,1981.

LIMA, José. O testemunho de mulheres que foram vítimas da ditadura militar. Jornal GGN. 30 mar. 2014. Disponível em <https://jornalggn.com.br/ditadura/o-testemunho-de-mulheres-que-foram-vitimas-da-ditadura-militar-0>. Acesso em: 10 abr. 2019.

OMS, Carolina. As empresas e a ditadura. Isto é. São Paulo, ano 14. nº 895. 12 dez. 2014. Disponível em < https://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20141212/empresas-ditadura/216503.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2019.

RANGEL, Roberto de Paula Alvarenga, SANCHEZ, Claudio José Palma. Violação Dos Direitos Humanos no Período da Ditadura no Brasil: E a Comissão Da Verdade. 2013. 7 f. Artigo para Iniciação Cientifica. Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, SP, 2013.

BIBLIOGRAFÍA PESQUISADA

Significado de Ditadura militar. Significados. 10 out. 2018. Disponível

em https://www.significados.com.br/ditadura-militar>. Acesso em: 07 abr. 2019.

A EDUCAÇÃO COM IGUALDADE DE OPORTUNIDADES É UM DIREITO DE TODOS A PESSOA SURDA E/OU MUDA NESSE CONTEXTO

ALESSANDRA TRIGO ALVES
Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP), pós-graduada no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET) e mestre em Direito na Instituição Toledo de Ensino de Bauru. Atualmente é servidora pública federal e palestrante.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 49

II. HISTÓRICO ---------- 50
II.I. BRASIL ---------- 50
II.II INTERNACIONAL ---------- 53

III. DEFICIÊNCIA, MODALIDADES E O EMPREGO DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS ---------- 53
IIII.I CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E MODALIDADES ---------- 53
III.II. A PESSOA SURDA E MUDA (DEFICIÊNCIA NA FALA) ---------- 54
III.III. LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS ---------- 55
III.IV. CLASSES/ESCOLAS BILÍNGUES ---------- 56

V. LEGISLAÇÃO A RESPEITO ---------- 59
V.I. PRINCÍPIOS: SUA FUNDAMENTALIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE ---------- 59
V.II CRIMINALIZAÇÃO EM RELAÇÃO À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E ATOS DISCRIMINATÓRIOS PRATICADOS CONTRA ELA ---------- 61
V.III. OS DIREITOS DA PESSOA SURDA E/OU MUDA EM FACE DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88, NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO ---------- 62

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 66

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 68

I. INTRODUÇÃO

O nosso objetivo é demonstrar o quanto nossa legislação é clara e farta no tocante à obrigatoriedade em garantir escolas/classes bilíngues para a pessoa surda e/ou muda na rede pública de ensino, bem como em fornecer intérprete de Libras em todas as escolas – pública e privada – e, o nosso papel diante de uma sociedade que ainda caminha a passos lentos quando do reconhecimento de direitos atrelados às prerrogativas educacionais da pessoa com deficiência.

Talvez se cada um de nós nos colocássemos no lugar de uma pessoa surda e/ou muda, que permanece no ambiente escolar, durante longo período, onde toda a matéria é dada em Língua Portuguesa, e víssemos a sua dificuldade de aprendizagem, a exclusão diária em relação à comunicação com as demais pessoas, a falta de possibilidade de expressar o que sente de forma a ser totalmente compreendida, as políticas públicas educacionais já teriam avançado nesse sentido.

Abra-se um parêntese para esclarecer que em todo o texto quando se falar em pessoa muda estão englobadas as pessoas com deficiência na fala que dependam de intérprete de Libras para comunicarem-se, assim como aonde se mencionar pessoa surda estão abrangidas as pessoas com deficiência auditiva grave que necessitam da Libras para comunicarem-se.

É preciso pensarmos nas diferenças e construirmos uma sociedade mais justa, igual e solidária. A conscientização é o principal antídoto contra o preconceito para que ocorra a mudança de paradigmas.

Nesse sentido, reside a nossa reflexão.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa. Deficiência. Educação. Inclusiva. Especial. Surdos. Mudos. Direito. Igualdade. Dignidade

II. HISTÓRICO

Como todo o processo de evolução, os direitos à educação relacionados à pessoa com deficiência, apesar das inúmeras dificuldades, vêm dia a dia ganhando contornos no sentido de promover sua verdadeira inclusão.

Certo é que podemos atribuir as conquistas ao engajamento não apenas da pessoa com deficiência, mas à junção de mãos de toda uma sociedade. Família, amigos, estudiosos, operadores do Direito, ativistas, etc, são os responsáveis pela abertura de diversos espaços e o reconhecimento de muitos direitos de forma tal a pessoa com deficiência sair da condição de coadjuvante, como acontecia outrora, para sujeito de direitos, realizando, portanto, as suas próprias escolhas.

Vários instrumentos contribuíram nesse processo evolutivo. Dentre eles destacamos como fundamentais: a Constituição Federal de 1988, a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Além da legislação supra aludida, surgiram muitos dispositivos legais que, de forma direta e indireta, auxiliaram e abordaram o nosso tema – direito à educação da pessoa surda e/ou muda - e trouxeram reflexões, avanços e retrocessos. Seguem alguns deles, com o emprego da terminologia à época:

II.I. BRASIL

Lei nº 4.024/1961: Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Reconhece a educação como um direito de todos.

-Decreto nº 1.044/69: Dispõe sobre tratamento excepcional para os alunos portadores das afecções que indica.

-Lei nº 5.692/71: Fixa Diretrizes e Bases da Educação no Brasil.

-Decreto nº 72.425/73: Cria o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), e dá outras providências.

Decreto nº 87.068/82: Dispõe sobre a organização administrativa do Ministério da Educação e Cultura, e dá outras providências. Em seu art. 29 tratava dos objetivos do Centro Nacional de Educação Especial (CENESP) Disponível em: http://legis.senado.leg.br/norma/509702/publicacao/15706935. Acesso em: 02/07/2019.

-Decreto nº 91.872/85: Institui Comitê para traçar política de ação conjunta, destinada a aprimorar a educação especial e a integrar, na sociedade, as pessoas portadoras de deficiências, problemas de conduta e superdotadas.

-Constituição Federal de 1988.

-Lei nº 7.853/89: Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde. Institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

-Lei nº 8.069/90: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente.

-Lei nº 8.160/91: Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação das pessoas portadoras de deficiência auditiva.

-Política Nacional de Educação Especial (MEC) 1994. Apresentou grande retrocesso;

-Lei nº 9.131/95: Altera dispositivos da Lei nº 4.024/61, e dá outras providências. Destaca como uma das atribuições da Câmara da Educação Básica examinar os problemas da educação especial (art. 9º, §1º, alínea "a").

-Lei nº 9.394/96: Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

-Decreto nº 3.298/99: Regulamenta a Lei no 7.853/89, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências.

-Lei nº 10.098/00: Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência e/ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. A acessibilidade é fundamental em qualquer processo educacional.

-Lei nº 10.172/2001: Aprova o Plano Nacional de Educação.

-Resolução CNE/CEB nº 2/2001: Conselho Nacional da Educação: institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/diretrizes.pdf. Acesso em: 02/07/2019. Assegura a matrícula a todos, bem como condições necessárias para uma educação de qualidade (art. 2º).

-Resolução CNE/CEB nº 01/2002: institui diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores da educação básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rcp01_02.pdf. Acesso em: 02/07/2019.

-Lei nº 10.436/02: Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS.

-Portaria nº 3.294/2003: Institui os requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/port3284.pdf . Acesso em: 02/07/2019.

-Lei nº 10.845/04: Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência, e dá outras providências.

-Decreto nº 5.626/05: Regulamenta a Lei nº 10.436/02, que

dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS e o art. 16, da Lei nº 10.098/00.

-Plano de Desenvolvimento da Educação (FDE)/2007: Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/livro.pdf. Acesso em:: 02/07/2019.

-Portaria Normativa ME Nº 14/2007: Dispõe sobre a criação do "Programa Incluir. Acessibilidade na Educação Superior".

-Decreto nº 6.094/2007: Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos pela Educação, pela União Federal, em regime de colaboração com Municípios, Distrito Federal e Estados, e a participação das famílias e da comunidade, mediante programas e ações de assistência técnica e financeira, visando a mobilização social pela melhoria da qualidade da educação básica.

-Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (MEC/SEESP)/2008: Disponível em: http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/politica.pdf. Acesso em: 02/07/2019;

-Decreto Legislativo nº 186/08: Aprova a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu protocolo facultativo, assinado em Nova Iorque. Status de norma constitucional.

-Decreto nº 6.571/2008: Dispõe sobre o atendimento educacional especializado, regulamenta o Parágrafo Único do art. 60, da Lei nº 9.384/96, e acrescenta dispositivo ao Decreto nº 6.353/2007.

-Decreto nº 6.949/09: Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

-Resolução nº 04 CNE/CEB: Institui Diretrizes Operacionais para o atendimento Educacional Especializado na Educação Básica, modalidade Educação Especial. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb004_09.pdf. Acesso em: 02/07/2019.

-Lei nº 12.764/12: Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98, da Lei nº 8.112/90.

-Lei nº 13.005/2014: Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE), e dá outras providências.

-Lei nº 13.146/2015: Lei Brasileira de Inclusão.

- Decreto nº 9.665/2019: Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Educação, remaneja cargos em comissão e funções de confiança e transforma cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE.

II.II INTERNACIONAL

- 1948: Declaração Universal dos Direitos Humanos.

-1990: Declaração Mundial de Educação para Todos. -1994: Declaração de Salamanca.

-1999: Convenção da Guatemala.

-2009: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

-2015: Declaração de Incheon.

III. DEFICIÊNCIA, MODALIDADES E O EMPREGO DA LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS

IIII.I CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E MODALIDADES

Ao longo da história diversos foram os conceitos trazidos nos textos normativos no concernente a quem seriam as pessoas com deficiência. Temos convicção que as discussões colaboraram para que o mundo despertasse quanto à complexidade e grandiosidade do tema até obtermos o resultado atual.

Hoje, em um conceito aberto e democrático, eis que não elenca nominalmente quem são as pessoas com deficiência, o que poderia ensejar o risco de deixar de fora pessoas que prescindem de proteção, atribui-se a responsabilidade ao meio em que se encontram inseridas circunstâncias desencadeadoras da inclusão ou não de uma pessoa como deficiente. Logo, as barreiras físicas, as de comunicação e as atitudinais exercem forte influência no seu enquadramento ou não como pessoa com deficiência.

Dispõem, nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, respectivamente (grifo nosso):

"Pessoa com deficiência

É aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial o qual em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

Artigo 1

[...]

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas".

Dessa forma, constatamos que existem modalidades de pessoas com deficiência, quais sejam:

físicas, intelectuais ou sensoriais, com suas subdivisões.

Em face da escolha do tema voltar-se à pessoa surda e/ou muda, ou seja, com deficiência sensorial, passaremos a esclarecer alguns pontos que consideramos relevantes quanto a essa modalidade de deficiência.

Inicialmente, cumpre mencionar que é considerada deficiência sensorial a perda relacionada aos órgãos dos sentidos, tais como visão, olfato, paladar, audição, tato e fala (dicção).

Por outro lado, não temos dúvidas em afirmar que uma das maiores barreiras enfrentadas pelas pessoas surdas e/ou mudas está na dificuldade de se comunicarem. Assim sendo, muitas delas vivem segregadas em seus próprios grupos não interagindo com os demais membros da sociedade por falta de acessibilidade.

Essa situação reflete da mesma forma em um ambiente escolar em que inserida uma pessoa surda e/ou muda em uma sala de aula que não seja bilíngue e nem tenha intérprete de Libras. A dificuldade de comunicação leva a perda de interesse em lá estar e permanecer e, consequentemente de forma visível, constata-se a falta de perspectiva dessa pessoa em agregar conhecimentos.

III.II. A PESSOA SURDA E MUDA (DEFICIÊNCIA NA FALA)

Primeiramente urge acrescentar que embora o Decreto nº 5.296/04 não elenque como modalidade de deficiência a da fala, entendemos que ela se encontra abrangida a partir da interpretação do conceito de pessoa com deficiência trazido na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão, instrumentos normativos posteriores a sua promulgação. Tanto é verdade que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº 311/2018 que visa corrigir essa incoerência.

Isso porque a pessoa com dificuldades na fala (ou mudez), muitas vezes, enfrenta em seu dia a dia diversas restrições e não consegue incluir-se plenamente no meio social, um dos critérios que avaliam ser ou não a pessoa deficiente, de acordo com o novo modelo de interpretação.

No tocante a deficiência auditiva pode-se considerá-la como sendo a perda parcial ou total da audição. Sua origem ocorre de forma congênita ou adquirida, através de doenças inflamatórias ou mesmo por acidentes nas estruturas dos componentes do aparelho auditivo. As formas mais comuns são doença hereditária, rubéola materna e meningite.

De acordo com o Decreto nº 5.296/04 são consideradas pessoas com deficiência auditiva as abaixo enumeradas:

"§ 1o Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003, a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

[...]

b) deficiência auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas freqüências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz".

Ocorre que, conforme já aludido, uma nova topologia na interpretação deve ser observada, tendo em vista o conceito de pessoa com deficiência. Nesse contexto, entendemos que também são consideradas pessoas com deficiência auditiva aquelas com perda unilateral, desde que essa limitação interfira consideravelmente na sua inclusão social.

III.III. LÍNGUA BRASILEIRA DE SINAIS

A Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS – é tida como língua oficial brasileira (Lei nº 10.436/02). De forma resumida podemos afirmar que ela atua como meio de comunicação e expressão para as pessoas surdas e/ou mudas. Assim sendo, ela deve ser considerada para essas pessoas, assim como a cadeira de rodas para a pessoa paraplégica, o cão guia para quem não enxerga, por exemplos, como instrumento fundamental no seu processo de inclusão.

Reza o art. 1º, da referida Lei:

"É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

Parágrafo único. Entende-se como Língua Brasileira de Sinais - Libras a forma de comunicação e expressão, em que o sistema lingüístico de natureza visual-motora, com estrutura gramatical própria, constituem um sistema lingüístico de transmissão de idéias e fatos, oriundos de comunidades de pessoas surdas do Brasil".

Reconhecendo o grau de relevância da inserção da Língua Brasileira de Sinais para a pessoa surda e/ou muda nosso ordenamento jurídico a tornou matéria obrigatória nos cursos de formação que especifica, bem como impôs a sua existência, havendo

11

demanda, nas instituições federais de ensino, conforme rezam os artigos que seguem do Decreto nº 5.626/2005:

:

"Art. 3º A Libras deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fono-

audiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério.

[...]

Art. 14. As instituições federais de ensino devem garantir, obrigatoriamente, às pessoas surdas acesso à comunicação, à informação e à educação nos processos seletivos, nas atividades e nos conteúdos curriculares desenvolvidos em todos os níveis, etapas e modalidades de educação, desde a educação infantil até à superior".

Assentada a dimensão da sua imprescindibilidade para a pessoa surda e/ou muda incluir-se na sociedade e adotando-a no nosso direito vigente como língua oficial, passaremos em item próprio a demonstrar a obrigatoriedade de sua disponibilização nas escolas e universidades, de forma ampla.

III.IV. CLASSES/ESCOLAS BILÍNGUES

Com efeito, o Decreto nº 5.626/05, em seu art. 22, §1º, define escolas ou classes de educação bilingue "aquelas em que a Libras e a modalidade escrita da Língua Portuguesa sejam línguas de instrução utilizadas no desenvolvimento de todo o processo educativo".

Passo importante foi dado em nossa legislação, recentemente em relação à implantação das escolas/classes bilíngues, com a promulgação do Decreto nº 9.665/2019, onde se reconheceu a relevância da criação dessas classes/escolas bilíngues.

Dispõe:

"Art. 35. À Diretoria de Políticas de Educação Bilíngue de Surdos compete:

I - planejar, orientar e coordenar, em parceria com os sistemas de ensino voltados às pessoas surdas, com deficiência auditiva ou surdocegueira, e com as instituições representativas desse público, a implementação de políticas de educação bilíngue, que considerem a Língua de Sinais Brasileira (Libras), como primeira língua, e Língua Portuguesa Escrita, como segunda língua;".

Nessa seara de raciocínio, verifica-se que a Língua Brasileira de Sinais atua para a pessoa surda e/ou muda como língua de instrução e a Língua Portuguesa em sua modalidade escrita, como segunda língua.

No tocante as demais pessoas sem deficiência auditiva, inseridas na mesma escola/classe, a língua de instrução seria a Língua Portuguesa Escrita e a segunda língua, a Língua Brasileira de Sinais.

Portanto, constata-se que sempre haverá o ensino simultâneo da Língua Brasileira de Sinais e da Língua Portuguesa escrita em classes/escolas bilingue, diferenciando-se tão somente como língua de instrução ou segunda língua.

O reconhecimento do benefício da existência de escolas/classes bilíngues para a comunidade surda e/ou muda é indiscutível. Pronunciou-se, nesse sentido, a Diretora de Políticas de Educação Bilingue de Surdos, da atual gestão Karin Strobel:

"Normalmente, a criança ouvinte chega na escola sabendo sua língua materna, mas, no caso dos surdos, a escola bilíngue tem a possibilidade de abrir o espaço para trabalhar com a sua língua natural, a libras".

Por outro lado, os ganhos não são apenas para a pessoa surda e/ou muda. Eles ocorrem em relação àqueles que não têm deficiências e, com isso passam a despertar para a existência das diferenças entre as pessoas e, consequentemente, aprendem a lidar e a respeitar cada ser humano dentro da sua individualidade. Como resultado, produz-se um sentimento de pertencimento de todos na sociedade.

Num outro contexto, quando se disponibiliza intérprete de Libras em uma sala de aulas não existe o ensino simultâneo de ambas as línguas (Libras e Língua Portuguesa), o que, ao meu sentir, não favorece da mesma forma que a existência das escolas/classes bilíngues (não sendo tão pleno no processo de inclusão), haja vista que continua a pessoa surda e/ou muda, sem aprender a Língua Portuguesa Escrita e sem possibilitar a pessoa sem deficiência, a seu turno, saber a Língua Brasileira de Sinais, de forma a poder socializar e compreender o seu próximo. Todavia, embora admitido que não seria o melhor caminho, de forma subsidiária, ainda ele se mostra eficaz no aprendizado para a pessoa surda e/ou muda.

4. SISTEMA EDUCACIONAL, EDUCAÇÃO INCLUSIVA E ESPECIAL E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA AUDITIVA

Partindo do pressuposto de que através da educação há a socialização do indivíduo e que ela consiste em agregar conhecimentos e promover uma sensibilização cultural e social, temos a certeza de que a educação inclusiva e especial, atendendo as individualidades de cada pessoa, exerce fundamental papel na construção de uma sociedade melhor.

Mas afinal o que é educação inclusiva e especial?

À luz do estudado, podemos afirmar que ambas têm em comum, desde que efetivamente assumidos os seus requisitos, contribuírem insofismavelmente para que a pessoa com deficiência consiga ter uma vida autônoma, independente e feliz.

Todavia, embora muitas vezes utilizadas como sinônimas, elas possuem características muito diferenciadas.

A educação inclusiva consiste, de forma resumida, na pessoa com deficiência estudar na mesma classe/escola das pessoas sem deficiência. Por outro lado, na educa-

ção especial são criadas escolas/classes especiais voltadas somente à pessoa com deficiência (não existem pessoas sem deficiência), visando atender as suas particularidades e necessidades.

Nessa oportunidade, queremos destacar que defendemos a educação inclusiva em escolas/classes quando possível, ou seja, inserir o aluno com deficiência com outros alunos que não tenham nenhuma deficiência. Não se discutem os benefícios do grupo, no que tange ao convívio da pessoa com deficiência com alunos sem necessidades educacionais especiais, uma vez que isso promove o conhecimento das diferenças existentes ocasionando uma maior aceitação social e o desenvolvimento do sentimento de solidariedade. Além disso, a pessoa com deficiência, também ganha muito, uma vez que passa a desenvolver mais habilidades e aprende a conviver de forma plena. Contudo, o benefício do grupo não pode ocorrer em detrimento daquele que depende de educação especial para que as oportunidades sejam igualadas e, consequentemente, seus direitos e garantias fundamentais preservados.

Por outro lado, é inadmissível que uma pessoa com deficiência permaneça na escola/classe com outras pessoas que não tenham deficiência, sem Benefícios à aprendizagem, sem ganhos reais, muitas vezes, sem inclusão, tão somente para cumprir a lei que obriga seja feita sua matrícula.

Nessas hipóteses, é preciso fazermos um corte para dizermos que existem deficiências que dependem não apenas da educação inclusiva, mas, sobretudo, da especial, como no caso do autista severo.

No caso da pessoa surda e/ou muda defendemos que havendo escola/classe bilíngue ou mesmo disponibilização de intérprete de Libras em todos os ambientes da escola o mais viável para a pessoa com deficiência é que permaneça juntamente com as pessoas sem deficiência.

Diante do exposto, regra geral, somos favoráveis à educação inclusiva, sendo exceção o oferecimento de educação especial. Esta somente se faz necessária quando aquela não promover da forma como devida, em face das particularidades da pessoa com deficiência, sua inclusão.

A respeito do tema cumpre mencionar que o processo educacional consiste em garantir ao aluno condições de acesso, permanência, participação e aprendizagem de forma a serem respeitadas as suas diferenças. Para tanto, devem ser ofertados todos os serviços e recursos de acessibilidade que possam eliminar as barreiras existentes de maneira a garantir um ensino de qualidade e promover plenamente sua inclusão.

Destacamos que é direito da pessoa com deficiência (abrangidas as diferentes modalidades de deficiência) e de sua família, participarem de todas as instâncias de atuação na comunidade escolar, englobando jogos, atividades recreativas, esportivas e de lazer.Em remate de raciocínio, não há dúvi-

das de que no processo educacional da pessoa surda e/ou muda é fundamental para o seu desenvolvimento a disponibilização de classes/escolas bilíngues e/ou intérprete de Libras, sob pena de violação a seus direitos básicos.

V. LEGISLAÇÃO A RESPEITO

V.I. PRINCÍPIOS: SUA FUNDAMENTALIDADE NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E IGUALDADE.

Temos como regra basilar que os princípios são espécies de normas jurídicas que não admitem sejam desrespeitados, pois atuam como suporte que orientam e determinam como deve o direito vigente ser interpretado. Portanto, eles são vetores que contribuem na promoção da busca do bem comum.

Como acentuou Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Júnior:

"Os princípios, portanto, determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, demonstrando um caminho a seguir. Podemos falar na existência de uma hierarquia interna dentro das normas constitucionais., ficando os princípios em um plano superior, exatamente pelo caráter de regra estrutural que apresentam".

Faz-nos refletirmos no esposado na obra de Norberto Bobbio, A era dos Direitos, pág. 45, quando afirma que o problema principal dos direitos do homem não está em justificá-los, mas sobremaneiramente, em protegê-los, tornando a pessoa fim e razão do próprio ordenamento jurídico. Nesse jaez, a dignidade está na própria pessoa, pouco importando as circunstâncias em que inserida.

Dessa forma, nossa Constituição Federal de 1988 avançou significativamente quando normatizou o princípio da dignidade da pessoa humana, declarando-o em seu art. 1º, inciso III.

Miguel Ekmenkdjian, apud Rizzato Nunes em sábia explanação traduz o princípio da dignidade da pessoa humana:

"Se realizarmos uma enquete sobre a relação hierárquica entre o direito à dignidade e o direito à vida possivelmente grande parte das respostas apontaria em primeiro lugar o direito à vida e, abaixo deste, o direito à dignidade. O argumento que aparenta ser decisivo é que sem vida não é possível a dignidade. Esta afirmação pode parecer de grande impacto, contudo, é errônea. Implica uma transposição de lugares .De um ponto de vista biológico, é certo que não é concebível a dignidade de um ser inerte, em uma pedra, ou

em um vegetal. Assim como se afirma que sem vida não há dignidade (o que aceitamos somente de um enfoque biológico), nos perguntamos se existe vida sem dignidade. Que vida é essa? Era vida a dos escravos tratados como animais que servem para trabalhar e se reproduzir? Biologicamente sim, mas eticamente não".

Nesse sentido, perfila-se o aludido por Flávia Piovesan:

"[...] o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional".

Nesse diapasão, não temos dúvidas em dizer que a relação entre vida e dignidade é muito próxima. Não existe vida sem dignidade. Por tal prisma, podemos questionar aonde fica a dignidade de uma pessoa surda e/ou muda que apenas "figura" em uma sala de aula sem possibilidades reais de aprendizagem e convívio?

Outro princípio merece ser trazido à baila no trato do tema. Trata-se do princípio da igualdade, previsto no disposto do art.5º, caput da Constituição Federal/88, além de ter alcance em diversos dispositivos, tais como art. 7º, inciso XXXI e art. 37, inciso VIII.. Ele atua como mola propulsora na diminuição das desigualdades, como resgate da cidadania e vida digna, bem como aliado de uma justiça social.

Outrossim, conforme se demonstrará, o princípio da igualdade alberga duas dimensões. Diante desse fato, impõe-se a necessidade de analisá-lo sob diferentes prismas.

Sob esse ângulo, de forma sucinta, somos capazes de sustentar que o primeiro deles não admite o tratamento diferenciado entre os membros da sociedade em nenhuma espécie; não se autorizando a discriminalização de quaisquer situações entre os homens. Trata-se da igualdade perante a lei, em seu sentido formal, prevista no disposto do art. 5º, caput e art. 3º, inciso IV da CF/88).

Com a maestria de sempre, assim sintetizou JJ Gomes Canotilho, pág. 399, no concernente a essa modalidade: trata-se da execução das leis sem observar a individualidade das pessoas.

Em campo diametralmente oposto, a outra modalidade de igualdade, denominada material, real ou substancial autoriza a discriminalização legal de matérias consideradas relevantes, de forma a observar as diferenças existentes entre as várias pessoas, para que se promova a igualdade na lei como medida de justiça.

Dando o destaque necessário que a modalidade desse princípio merece, seguem as considerações de Renata Malta Vilas-bôas, pág.21: "[...] decorre da necessidade de tratamento prioritário e diferenciado àqueles grupos ou pessoas que são carecedores da igualdade, em razão de circunstâncias específicas".

Portanto, ele corrobora no sentido de que vivemos em um país democrático onde importa a participação de todos os mem-

bros da sociedade, em igualdade de oportunidades, na tomada das suas decisões, o que para sua efetividade de propósito autoriza-se a utilização da discriminação de pessoas e/ou situações.

Por fim, insta salientar que a relevância desses princípios é trazida como medida de justiça, em leis específicas, relacionadas à pessoa com deficiência. São elas: Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (art. 3º e 5º) e na Lei Brasileira de Inclusão (art. 4º e 10).

Assim sendo, o argumento que surge é que quando se deixa de atender a pessoa surda e/ou muda com a não disponibilização de classes/escolas bilíngues ou, pelo menos, intérprete de Libras, há uma violação indiscutível aos princípios da igualdade (em seu sentido material) e dignidade da pessoa humana, eis que ela deixa de ter oportunidades iguais as ofertadas às demais pessoas, quanto ao aprendizado e convívio social, ferindo de forma contundente os seus direitos indisponíveis.

V.II CRIMINALIZAÇÃO EM RELAÇÃO À VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E ATOS DISCRIMINATÓRIOS PRATICADOS CONTRA ELA

A Lei Brasileira de Inclusão avançou consideravelmente no concernente a criminalização, de forma mais severa, em relação às condutas praticadas contra à pessoa com deficiência, de cunho discriminatório (art. 88), também, em relação àquelas que tenham por objetivo desviarem seu rendimento (art. 89) ou que retenham/utilizem seu cartão magnético ou análogo, visando obter vantagem indevida (art. 91). Somado a isso, tipificou o crime de abandono da pessoa com deficiência (art. 90).

Noutro giro, passou a constituir como crime diversas condutas praticadas contra a pessoa com deficiência, relacionadas diretamente à educação (grifo nosso) e a outras ações discriminatórias. São elas, em relação à educação:

"Art. 98. A Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 , passa a vigorar com as seguintes alterações:

[...]

„ Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa:

I - recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência;".

Diante do exposto, temos convicção em dizer que nosso ordenamento jurídico buscou trazer mecanismos a mais de proteção à pessoa com deficiência, com o desiderato de incluí-la, não admitindo discriminalização e, nem tampouco, desídia por parte da sociedade. Para tanto, no atinente a educação,

reconheceu a necessidade de uma maior proteção, sob pena de continuarem as escolas a não obedecerem a legislação, quanto à oferta de meios para a sua promoção e inclusão.

Vamos passar a conhecer os principais dispositivos legais atinentes à educação, que, por sua vez, serão abordados no próximo subcapítulo.

V.III. OS DIREITOS DA PESSOA SURDA E/OU MUDA EM FACE DO DISPOSTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/88, NA CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO

Nossa legislação, conforme já aduzido, é ampla e expressa no sentido de promover a todas as pessoas com deficiência a verdadeira inclusão na rede de ensino, público e privada, em todos os níveis e modalidades, inclusive, abarcando o ensino técnico e universitário.

Em capítulo próprio, trouxemos diversos dispositivos legais que, ao longo da caminhada, contribuíram para que chegássemos até aqui. Ademais, esclarecemos o quanto os princípios constitucionais são norteadores e devem ser observados na tomada de decisão.

É chegada a hora de fazermos um corte trazendo uma abordagem mais voltada aos direitos da pessoa surda e/ou muda à disponibilização de escolas/classes bilíngues e, subsidiariamente, a intérprete de Libras. Focaremos nossa análise nos principais instrumentos normativos, quais sejam: na Constituição Federal/88, na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão.

Vejamos.

Sendo a educação um direito de todos, onde se atribui a responsabilidade de preparar a pessoa para o seu pleno desenvolvimento e o exercício da sua cidadania, conforme preceitua a Constituição Federal/88, não há dúvidas de que englobadas estão as pessoas surdas e/ou mudas na garantia desses direitos. A despeito disso, dispõe:

"Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Alie-se a isso que visando rechaçar que a educação é um direito de todos, com igualdade de oportunidades e padrão de qualidade, delineia que dessa forma ela deve ser ministrada. Somado a isso, coloca como dever do Estado oferecer atendimento especializado à pessoa com deficiência, preferencialmente na rede de ensino, quando expõe:

"Art. 206. O ensino será

ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

[...]

VII - garantia de padrão de qualidade.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

[...]

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;".

Embasados nesse contexto, alguns pontos merecem ser fixados.

De uma, quando se fala em igualdade de oportunidades, consiste em respeitarem-se as diferenças de cada pessoa e disponibilizarem a ela todos os recursos necessários para que possa conseguir o melhor resultado possível, de forma a ter acesso, permanência, participação e aprendizagem garantidos na escola.

De duas, ter em consideração que cada pessoa é única e dentro das suas especificidades possuem necessidades educacionais diferenciadas que temos o dever de respeitar e auxiliar em todo o processo de aprendizagem.

De três, quando se fala em recursos, não nos referimos tão somente aos educacionais, mas também, à equipe multidisciplinar (enfermeiro, fonoaudiólogo, psicólogo, apoiador escolar, terapeuta ocupacional, etc) indicada a atuar no caso concreto. Alie-se, também, a participação da família em todo o processo escolar.

De quatro, é fundamental a oferta de todos os serviços e recursos de acessibilidade que contribuam para eliminarem as barreiras e facilitarem a inclusão. Demais a mais, a acessibilidade promove para a pessoa com deficiência vida autônoma e independente, sendo a Libras para a pessoa surda e/ou muda seu principal instrumental.

Ganhando contornos de juridicidade, de forma tácita, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência já previa a obrigatoriedade da disponibilização de intérprete de Libras para as pessoas surdas e/ou mudas, eis que reconhecia o direito de igualdade de oportunidades.

A busca de um novo marco na educação impôs a ela a elaboração de objetivos voltados à promoção da inclusão, dentre eles, destacaram-se: a) o pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade, e b) a necessidade de despertarem-se as habilidades – físicas e intelectuais - e talentos de cada pessoa. Sustentando o articulado, perfilaram-se diversos dispositivos legais. Ademais, como meio de cumprimento dos direitos e objetivos elencou que era seu dever assegurar: os apoios necessários e adaptações razoáveis, de forma individualizada, bem como facilitar o aprendizado da Língua Brasileira de Sinais, visando a promoção da comuni-

dade surda. São eles (grifo nosso) no concernente especificamente a pessoa surda:

"Artigo 24

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;

b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

[...]

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

a) As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;

b) As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;

c) Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;

d) As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;

e) Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento aca-

dêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência".

Em que pese existir uma legislação, até então, marcada pelos direitos da pessoa surda e/ou muda a ter intérprete de Libras, assim como ser obrigação do Estado assegurar escola/classe bilíngue, a resistência e negativa em suas concessões, infelizmente, ainda ocorria, sob o pretexto desses direitos poderem ser flexibilizados, pois os mesmos não vinham expressamente elencados.

Na quase totalidade dos casos em que os mesmos eram assegurados se dava por cumprimento de decisões judiciais, o que ainda prevalece até os dias atuais, mesmo após as mudanças trazidas pela Lei Brasileira de Inclusão.

Fundados doravante nessa problemática, no desiderato de colocar um ponto final nessa celeuma, a Lei Brasileira de Inclusão não apenas reconheceu tacitamente a importância da concessão de tais direitos, mas de forma expressa determinou que seria dever do Estado disponibilizar escolas/classes bilíngues na rede pública de ensino, assim como enumerou como obrigação das escolas públicas e privadas ofertarem, sem qualquer custo adicional, intérprete de Libras, conforme se depreende do disposto nos artigos abaixo aludidos:

"Art. 28. Incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar:

[...]

IV - oferta de educação bilíngue, em Libras como primeira língua e na modalidade escrita da língua portuguesa como segunda língua, em escolas e classes bilíngues e em escolas inclusivas;

[...]

XII - oferta de ensino da Libras, do Sistema Braille e de uso de recursos de tecnologia assistiva, de forma a ampliar habilidades funcionais dos estudantes, promovendo sua autonomia e participação;

[...]

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV,

XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações".

De tais ponderações e reflexões, ficou demonstrado que, sob qualquer pretexto, não mais se admite o descumprimento de direitos fundamentais a uma educação sem desigualdades, para a pessoa surda e/ou muda. É dever do Estado criar escolas/classes bilíngues imediatamente, bem como as escolas pública e privada, ofertarem intérprete de Libras.

Conclui-se que a democratização da educação, como direito de todos e dever do Estado, passou da hora de ser cumprida, é preciso uma rápida mudança de paradigmas de toda a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como defensora de uma educação para todos, com igualdade de oportunidades, não temos dúvidas em afirmar que a educação inclusiva e especial são as principais aliadas para que ocorra o empoderamento das pessoas com deficiência.

De mais a mais, a busca de um instrumental é o que se impõe. Temos a certeza de que não necessitamos criar mais leis. Pelo contrário, no tocante aos direitos da pessoa surda e/ou muda ter disponibilizadas escolas/classes bilíngues pelo Poder Público, e intérprete de Libras, nas escolas públicas e privadas, ficou demonstrado de maneira fidedigna o quanto o nosso ordenamento jurídico assegura tais recursos.

Partindo desse pressuposto, é preciso pensarmos e agirmos de forma que nossas atitudes sejam capazes de transformar o mundo e mudarmos hábitos menos felizes.

Por conseguinte, cumpre mencionarmos que inquestionavelmente o nosso presente e o nosso futuro dependem das nossas ações e pensamentos que viermos a adotar. Portanto, sabemos o quanto estamos diante de um processo difícil e desafiador para a mudança de paradigmas na sociedade, o que não nos dá o direito de cruzarmos os braços.

Assim sendo, precisamos apresentar soluções.

Inicialmente, urge acrescentarmos que não podemos fechar os olhos à realidade enfrentada pelo poder público no que tange a escassez de recursos. Sabemos que o cobertor é curto. Para tanto, eles precisam ser empregados de forma a atender o maior número de pessoas com o menor custo possível.

Levando-se em consideração que o Poder Judiciário vem condenando o Estado a cumprir a legislação a respeito (disponibilização de intérprete de Libras), o que está perfeitamente correto, por que não engendrarmos políticas públicas que atendam a todas as pessoas que se encontram na mesma situação fática?

Certo é que na grande maioria dos casos apenas a pessoa que busca

intervenção judicial tem intérprete de Libras na sala de aula, sendo que as demais ficam totalmente desprotegidas e sem seus direitos assegurados.

Nesse diapasão, defendemos a criação de escolas/classes bilíngues, de forma regionalizada, visando atender a todas as pessoas surdas e/ou mudas, num primeiro momento. Vencida essa etapa chegaremos, num futuro não muito distante (é o que esperamos) ao modelo ideal: onde todas as escolas/classes sejam bilingues Tanto que apresentei o projeto da criação de escolas/classes regionalizadas, junto à Secretária do Estado de São Paulo da Pessoa com Deficiência, ilustríssima Senhora Célia Leão (Anexo I).

Sabemos que a caminhada é longa, não é fácil, mas a partir de propósitos definidos poderemos chegar a um resultado em que todas as pessoas tenham igualdade de oportunidades no processo educacional.

Avante Brasil, depende de cada um de nós disseminarmos a semente. A colheita será certa. Afinal, somos capazes de vencermos os desafios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006..

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus. 2004. p.45.

BRASIL. Projeto Escola Viva. Brasília, 2005. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/conheca-o-ideb/192-secretarias-112877938/seesp-esducacao-especial-2091755988/12658-projeto-escola-viva. Acesso em: 02/07/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil/1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03/07/2019.

BRASIL Presidência da República. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Brasília. 1998. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/os-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes. Acesso em: 03/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto legislativo nº 186/2008. Brasília. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-186-2008.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Brasília. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004. Brasília. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Brasília. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Decreto/D9665.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Brasília: 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 03/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 9.665, de 02 de ja-

neiro de 2019. Brasília. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Decreto/D5626.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília. 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7853.htm.. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, 1996. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000: Brasília, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10098.htm, Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.172, de 09 de janeiro de 2001: Brasília, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002: Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10436.htm.. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014: Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm.. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015: Brasília, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.. Acesso em: 04/07/2019.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Educação. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/. Acesso em: 02/07/2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3.ed.Coimbra: Almedina. 1998.

FARIAS, Roseane Rabelo Souza; LOPES, Thais Andrea Carvalho de Figueirêdo. As Pessoas com Deficiência no Contexto da Educação Escolar Brasileira. Revista HISTEDBR. On-line, Campinas, nº 65, 2015. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8642707/10186. Acesso em: 30/06/2019.

LIBRAS, Data é comemorada com defesa da Educação Bilíngue

para os surdos. Ministério da Educação – MEC. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/12-acoes-programas-e-projetos--637152388/75321-data-e-comemorada-com-defesa-da-educacao-bilingue-para-os-surdos. Acesso em: 08/07/2019.

NUNES, Rizzato. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador. Revista do Advogado: São Paulo. v. 27. n. 95.dez.2007.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. In: PAULA, Alexandra Sturion, de. Et al. Ensaios constitucionais de direitos humanos. Campinas: Servanda, 2006..

UNESCO. Declaração de Salamanca sobre princípios, política e práticas na área das necessidades educativas especiais. Salamanca/Espanha: 1994. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000139394. Acesso em: 02/07/2019.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Ações afirmativas e o princípio da igualdade. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

A EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA FAZ PARTE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS?

HENRIQUE BONADIO BANDONI
Discente do 3º ano do curso de Direito da Universidade Paulista - Campus de Bauru.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 73

II. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS ---------- 74

III. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA ---------- 75

IV. PROCEDIMENTO ---------- 76

CONCLUSÃO ---------- 79

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 80

PALAVRAS-CHAVE: Código de Processo Civil de 2015; Produção antecipada de provas; Exibição de documento ou coisa.

I. INTRODUÇÃO

Desde o início da vigência do novel Código de Processo Civil, em 17 de março de 2016, diversos foram os estudos elaborados a fim de elidir quaisquer dúvidas acerca do referido diploma processualista. Assim, em que pese o transcurso de 3 anos desde a entrada em vigor do código contemporâneo, ante suas mudanças significativas de sua leitura ainda advém incertezas que demandam uma análise esmiuçada.

A produção antecipada de provas é uma das seções do Código de Processo Civil de 2015 que demanda tal aprofundamento. Prevista nos artigos 381 a 383, a ação probatória autônoma é frequente objeto de estudo aos pesquisadores do direito: seja por sua natureza, seja por seus requisitos. Neste artigo, se dará em conjunto à ação autônoma de exibição de documentos, disposta nos artigos 396 a 404, em razão de uma simples questão: a ação de exibição de documentos faz parte da produção antecipada de provas?

Tal indagação manifesta-se ao analisar a ação exibitória de documentos, sob a hipótese de cabimento anterior à ação principal, e não por incidente, como costumeiramente ocorre. Nesta linha, os fundamentos utilizados em seu requerimento se confundem com os requisitos da produção antecipada de provas, de modo que induz ao leitor, tratar-se verdadeiramente da antecipação probatória.

Emerge daí o objetivo deste artigo: determinar se, de fato, a ação exibitória de documentos faz parte da antecipação das provas, ou se realmente se trata de procedimento autônomo, alheio à antecipação probatória. Para tanto, ao logo do presente, analisaremos a produção antecipada de provas e exibição de documento, em específico no que tange seus requisitos e procedimentos, para então, ao final, responder à questão que deu origem ao presente trabalho, concluindo-se assim o estudo.

II. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS

De plano, malgrado o título autoexplicativo, a produção antecipada de provas conceitualmente "é uma ação autônoma, que pode ter natureza preparatória ou incidental e que visa antecipar a produção de determinada prova, realizando-a em momento anterior àquele em que normalmente seria produzida" (GONÇALVES, 2017, p. 609). Assim, em primeira análise, nada mais é que a possibilidade de precipitar aquilo que só seria exequível no curso da instrução processual, de aspecto comum ao código processual vigente e seu predecessor.[1] Desta forma, a fase probatória da instrução processual, seria deslocada para momento anterior à propositura de eventual ação judicial nos "casos em que se combate o risco de prejuízo para a instrução de processo atual ou iminente" (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 1.122).

Deste modo, infere-se que a produção antecipada de provas possui caráter preparatório, e aqui é necessária uma observação: o caráter preparatório não tem como objetivo tão somente eventual demanda futura. Pode sugerir também a autocomposição, já que manifesto o incentivo a tal método de resolução de conflitos no novel código processualista.

Outrossim, pontua-se que a produção antecipada de provas não é destinada apenas do autor de eventual demanda futura. Pode também valer-se deste instituto processual a parte que deseja defender-se futuramente. Nesta senda, passível também a utilização da ação probatória autônoma pela parte que deseje registrar a ocorrência de algum fato, que será devidamente documentado judicialmente.[2]

Disposta nos artigos 381 a 383 do novel código, a mais explícita mudança trazida em sua nova disposição versa sobre o caráter urgente, próprio das medidas cautelares aparentemente extintas do Código de Processo Civil de 2015[3].

Assim, observando as possibilidades que fundamentam a antecipação probatória, sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, justifica-se tal antecipação se houver perigo que a prova se perca (CPC, art. 381, I), a prova for "suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio de solução de conflito" (CPC, art. 381, II), ou "houver prévio conhecimento dos fatos que possa justificar ou evitar o ajuizamento da ação" (CPC, art. 381, III). O caráter urgente, consubstanciado no periculum in mora é visível apenas na possibilidade elencada no inciso I, acima mencionado o qual "traz à mente a tradicional (e insubsistente) cautelar de produção de provas" (BUENO, 2018. p. 574).

Desta forma, percebe-se o aumento de possibilidades acerca da produção antecipada de provas admitida no vigente código. A limitação que trazia o Código de Processo Civil de 1973, estabelecia como provas que poderiam ser

1 Pontua-se que o presente artigo versa somente sobre o código processual civil de 2015, com referências a seu antecessor, 1973. O Código de Processo Civil de 1939 não foi examinado.

2 Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – vol. I. 56. ed. p. 682 – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

3 Oportuno o artigo dos professores Ms. Fábio Resende Leal e Dr. Flávio Luis de Oliveira: O processo cautelar sobrevive no Código de Processo Civil de 2015? Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Porto Alegre, nº 38, p. 234-256, ago. 2018.

antecipadas apenas o "interrogatório da parte, inquirição de testemunhas e exame pericial" (CPC/1973, art. 846).

Nesta linha, a dúvida que deu origem a este estudo parece sanar-se de pronto: se a limitação quanto as provas a serem produzidas antecipadamente foram removidas no novel código, pode a parte interessada valer-se da produção antecipada de provas a fim de obter a exibição do documento almejado.

Esta iminente indução ao erro é rechaçada pela análise do próprio código. Percebe-se que o legislador do Código de Processo Civil de 2015 trouxe uma seção própria tratando da exibição de documento ou coisa, disposta nos artigos 396 a 404. De fato, quase não há limitação quanto ao meio de prova requerido na ação probatória autônoma, "ressalva-se, porém, a prova documental, já que, se o interessado quiser que determinado documento seja apresentado, deverá valer-se da ação de exibição de documento". (GONÇALVES, 2017, p. 491).

Destarte, após uma breve análise da produção antecipada de provas a questão central do artigo aparentemente é respondida: a ação autônoma de exibição de documentos não faz parte da produção antecipada de provas. Todavia, dada a importância do tema em apreço, merece análogo exame a ação exibitória de documentos, a fim de ratificar ou rever esta primeira conclusão.

III. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

Tangenciando esta seção do Código de Processo Civil de 2015, trazida nos artigos 396 a 404, verifica-se que não decorre questionamento quando a exibição de documentos se dá no curso do processo existente, de maneira incidental, seguindo a própria disposição do código vigente já mencionada. A dúvida surge quando a ação exibitória de documentos ocorre em momento anterior ao processo, ou seja, de maneira antecipada.

Antes do deslinde necessário, oportuno pontuar os requisitos justificativos da ação exibitória de documentos. Devidamente disposto no artigo 397 do Código Processual Civil de 2015, a justificativa que ampara o pedido da exibição de documentos deve conter "a individuação, tão completa quanto possível, do documento ou da coisa" (CPC, art. 397, I), "a finalidade da prova, indicando os fatos que se relacionam com o documento ou com a coisa" (CPC, art. 397, II) e "as circunstâncias em que se funda o requerente para afirmar que o documento ou a coisa existe e se acha em poder da parte contrária" (CPC, art. 397, III).

Oportuno pontuar ainda que ressoe óbvio, que o documen-

to cuja parte pretenda obter deve guardar relação direta com o contexto que justifique sua exibição[4]. A situação descrita se amolda perfeitamente nos caos em que a exibição de documento ou coisa ocorre de maneira incidental: seja contra parte contrária da demanda ou seja contra terceiro. Contudo, está em apreço a exibição de documento ou coisa em momento anterior à existência de qualquer processo, de modo que para sua obtenção, tal justificativa deve fundar-se em nesta demonstração.

À primeira vista, os requisitos não guardam semelhança com os mesmos da produção antecipada de provas, já demonstrados alhures. Contudo, prudente o enfrentamento da seguinte questão: pode a ação autônoma exibitória de documentos pautar-se nos mesmos requisitos da produção antecipada de provas? A resposta amplia a discussão central do artigo: sim "o pedido de exibição pode estar fundado nas mesmas hipóteses em que seria possível requerer a produção antecipada de provas" (GONÇALVES, 2017, p. 619).

Dada a resposta, a questão que parecia ter sido respondida outrora permeia novamente o presente artigo, de modo que a indagação central debatida permanece ainda aberta. Se por um lado, sob a vista da produção antecipada de provas não há de se falar em exibição de documentos: visto que esta última possui seção própria no código processual vigente; sob o aspecto da ação exibitória de documentos verifica-se que o pedido pode pautar-se nos requisitos da ação probatória autônoma.

Deste modo, inconcebível responder a questão central do artigo somente com o analisado até o momento, visto que são duas as possibilidades resultantes: a exibição de documento ou coisa faz parte da produção antecipada de provas, ou, a exibição de documento ou coisa pode pautar-se nos mesmos requisitos da produção antecipada de provas, sem, contudo, tratar-se de verdadeira ação probatória autônoma.

Portanto, ainda não há como responder à questão aqui versada sob a óptica analítica dos requisitos da produção antecipada de provas e ação exibitória de documentos. Resta examinar o procedimentos de ambas ações, a fim de constatar se há, no Código de Processo Civil de 2015, possibilidade de a exibição de documento ou coisa elencar o rol das provas que podem ser requeridas antecipadamente.

IV. PROCEDIMENTO

4 Theodoro Júnior, Humberto, op. cit. p. 1209.

Ao adentrarmos no procedimento, cumpre salientar do que realmente trataremos. O procedimento deve ser entendido como o meio através do qual se inicia, desenvolve e finda o processo.[5] No caso em apreço, analisar-se-á tanto o que dispõe o Código de Processo Civil vigente, quanto o entendimento doutrinário acerca dos temas estudados.

Assim, partiremos do procedimento que inicia o processo. Seguindo a ordem que dispõe o Código de Processo Civil de 2015, a produção antecipada de provas será requisitada por meio de petição inicial (CPC, art. 319), esclarecendo "as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova"[6] e informando "com precisão os fatos sobre os quais a prova há de cair" (CPC, art. 382).

No que diz respeito ao procedimento que inicia a exibição de documento ou coisa:

É possível que a exibição seja requerida anteriormente, como verdadeira ação autônoma de exibição de documentos, que não tem natureza de ação cautelar (no CPC/73 ela vinha tratada entre as ações cautelares), mas de ação de exibição. (GONÇALVES, 2017, p. 619).

Daí infere-se que o procedimento a ser adotado para a exibição de documento ou coisa, em momento anterior ao início do processo, seria a provocação do Poder Judiciário por intermédio de petição inicial (CPC, art. 319), que se fundaria nos já mencionados requisitos do artigo de sua própria seção (CPC, art. 397), bem como pautando-se, eventualmente, nos requisitos da produção antecipada de provas (CPC, art. 381, I, II, III), seguido posteriormente à citação do réu para o deslinde do procedimento (CPC, art. 401 a 402).[7]

Contudo, o Prof. Dr. Cassio Scarpinella Bueno, em sua obra, traz outra possibilidade acerca do procedimento a ser seguido na ação exibitória de documento ou coisa, ao assumir que o interessado na exibição de documento ou coisa pode:

Lançar mão do procedimento relativo à "produção antecipada da prova" (v. n. 4, supra), justificando sua necessidade, inclusive com base em urgência, nos muito bem desenhados incisos do art. 381. (BUENO, 2018, p. 585).

Deste modo, não resta outra alternativa senão passar ao procedimento de desenvolvimento do processo. Assim, recebida a petição inicial da produção antecipada de provas, o juiz determinaria "a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado" (CPC, art. 382, § 1º). De outra banda, recebida a petição inicial da ação autônoma de exibição de documentos, o juiz poderia intimar o requerido para "sua resposta nos 5 (cinco) dias subsequentes à sua intimação (CPC, art. 398), ou seguindo o que dispõe o artigo 401, o juiz ordenaria a citação do requerido para "responder no prazo de 15 (quinze) dias" (CPC, art. 401).

A citação dos réus, como procedimento de desenvolvimento do curso processual, parece findar a discussão que outrora permeava

5 Para melhor aprofundamento no tema, vide o livro Teoria Geral do Processo dos professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco: Teoria Geral do Processo (2001, p. 277).

6 Vide art. 381, I, II, III do Código de Processo Civil de 2015.

7 De acordo com o presente estudo, o procedimento adotado nos artigos 398 a 400 do CPC/2015, parece tratar da exibição de documento ou coisa como incidente processual, ou seja, durante um processo em curso. Deste modo, tal procedimento, em tese, não poderia ser adotado ao tratar-se de ação autônoma para exibição de documentos, como no caso

o estudo. Infere-se após a análise supra, que na produção antecipada de provas o réu é citado apenas para acompanhar o procedimento; enquanto na exibição autônoma de documento ou coisa, o réu é citado para apresentar o documento ou contestar o pedido deduzido na petição inicial. Não poderia, portanto, valer-se o pretendente à exibição de documento ou coisa, do procedimento da produção antecipada de provas.

Mesmo que à vista pareça tentadora a imposição ao réu para que traga o pretenso documento aos autos, o procedimento específico da exibição de documento ou coisa dá ao requerido a oportunidade de defesa em duas situações distintas: tanto para apresentar sua resposta em 5 (cinco) dias (CPC, art. 398), quanto para apresentar sua resposta no prazo de 15 (quinze) dias (CPC, art. 401).

A diferença no prazo é óbvia: na primeira situação, temos o requerido já constituído nos autos – o que justifica tratar-se de incidente - porquanto na segunda situação, a citação será de terceiro. A semelhança, funda-se na possibilidade de resposta do réu, sublime cautela do legislador pelo motivo mais claro: e se o réu não detivesse o documento? Daí porque o procedimento da produção antecipada de provas, segundo este estudo, não pode ser utilizado na exibição de documento ou coisa.

Perfazendo o tópico estão os procedimentos que findam o processo. Na produção antecipada de provas não se admite defesa ou recurso, "salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário"[8] (CPC, art. 382, § 4º).

A inadmissão do oferecimento de defesa ou recurso contido no parágrafo 4º, está sustentada no fato de que a prova não será apreciada e sim produzida. Contudo, essa justificativa não afasta o exercício do contraditório, garantindo desse modo a constitucionalidade. Em consonância com o que determina o Código de Processo Civil, após o trânsito em julgado, os autos da produção antecipada de prova permanecerão em cartório por um mês, de modo a permitir a extração de cópias e certidões. Passado esse tempo, os autos serão entregues ao promovente da medida (CPC, art. 383, caput e parágrafo único).

Tratando dos procedimentos que findam a exibição de documento ou coisa, na ocorrência de citação do requerido para apresentação dos documentos (CPC, art. 398), caso este permaneça inerte (CPC, art. 400, I) ou a recusa for inadmissível (CPC, art. 400, II), o juiz "admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio de documento ou da coisa, a parte pretendia provar" (CPC, art. 400). Na hipótese de intimação de terceiro (CPC, art. 401), caso este negue a obrigação de exibir ou a posse do pretenso documento, o juiz "designará audiência especial, tomando-lhe o depoimento, bem como o das partes e, se necessário, o de testemunhas, e em seguida proferirá a decisão" (CPC, art. 402).

Ressalva-se, ainda, que a resposta tanto do requerido quan-

8 Oportuno o artigo de Bruna Bessa de Medeiros: É possível a apresentação de defesa ou recurso na produção antecipada de prova? (2019).

to de terceiro podem escusar-se de exibir o documento ou coisa, desde que o fundamento encontre guarida nas possibilidades elencadas no próprio procedimento (CPC, art. 404).

CONCLUSÃO

A ação autônoma de exibição de documento ou coisa não pode valer-se do procedimento da produção antecipada de provas. Há de se garantir, na primeira situação, a defesa do requerido pautada tanto na desobrigação de exibir o documento quanto na ausência de sua posse. Elencar tal ação exibitória de documentos no procedimento adotado pela produção antecipada de provas, iria de encontro ao princípio do contraditório, já que nesta, embora citado o requerido, este limitar-se-á ao acompanhamento do procedimento e, facultativamente, no requerimento de outras provas no mesmo procedimento.

Malgrado o fato de a fundamentação da exibição de documento ou coisa poder valer-se dos requisitos de requerimento da produção antecipada de provas, entende-se que tal ônus visa tão somente ampliar o rol de razões da pretensa exibição de documentos, de modo que seu uso, não implica em verdadeira produção antecipada de provas.

Outrossim, no resultado do estudo aflora a importância da produção antecipada de provas: não somente suportou a alteração legislativa; igualmente assentou o propósito da antecipação probatória no momento em que o legislador retirou de seu bojo o caráter de urgência, expandindo assim suas possibilidades de uso.

Ademais, no que tange a ação autônoma que pretenda exibição de documento ou coisa, insta pontuar que a dúvida que surge acerca do procedimento a ser seguido sanar-se-á analisando a situação em que se encontra o pretendente deste instituto: a partir daí, a posterior análise do Código de Processo Civil torna-se muito mais eficaz.

Assim, conclui-se que muito embora a ânsia pela tutela jurisdicional possa despontar e, dessa forma principiar um processo judicial, faz-se necessário ter o operador do direito cognição suficiente para saber analisar todos os aspectos do processo e, desta forma, fazer uso de todas as ferramentas que a legislação processualista prevê.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei Nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

BUENO, C. S. Manual de direito processual civil: volume único. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CINTRA, A.C.A; GRINOVER, A.P; DINAMARCO, C.R. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GONÇALVES, M.V.R. Direito Processual Civil Esquematizado. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LEAL, F.R; OLIVEIRA, F. L. O processo cautelar sobrevive no Código de Processo Civil de 2015?. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 38, p.234-254, ago. 2018.

PETRI, M. J. C. Manual de linguagem jurídica. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TEODORO JÚNIOR, H. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

A INCORPORAÇÃO DA AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: TENDÊNCIAS E DESAFIOS

LEANDRO LOVAGLIO DE JESUS
Agente Vistor da Prefeitura Municipal de São Paulo/Secretaria Municipal das Subprefeituras. Especializando em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de São Paulo
lovaglio@hotmail.com

LUIZA RIBEIRO MATTAR
Mestre em Mídia e Tecnologias pela FAAC/UNESP.
Orientadora da Pós-Graduação em Gestão Pública pela Unifesp.
MBA em Administração Pública e Gestão de Cidades. Especialista em Direito Empresarial. Professora do Ensino Técnico pelo Centro Paula Souza
luiza.mattar@etec.sp.gov.br

SUMÁRIO

SUMÁRIO DO ARTIGO ---------- 83

I. INTRODUÇÃO ---------- 84

II. DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO ---------- 86

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 96

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 97

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública. Gestão por Competências. Avaliação de Desempenho.

SUMÁRIO DO ARTIGO

Ao incorporar o conceito de gestão por competências nas diretrizes gerenciais públicas, através da ferramenta de avaliação de desempenho, a Administração Pública implementa um novo modelo de competências baseado no desempenho funcional e na melhoria dos serviços públicos prestados, porém, na cultura organizacional a metodologia avaliativa não se realizou de forma eficiente apresentando falhas e subjetividades decorrentes da descontinuidade dos governos, pela ausência de vontade política na implementação, pela resistência dos servidores, pelas dificuldades técnicas e legais e pela falta de interesse em promover melhorias nas condições de trabalho e na prestação dos serviços públicos. Este artigo tem como objetivo demostrar os métodos avaliativos, como também, evidenciar os empecilhos e as limitações impostas aos gestores públicos na adequação das normativas e os requisitos de objetividade e imparcialidade exigidos pelos princípios administrativos constitucionais. A pesquisa exploratória, documental e bibliográfica em teses e artigos científicos alocados no banco de dados da revista eletrônica Scientific Eletronic Library Online (SciELO) foi utilizada para a mensuração dos dados e análise dos resultados apresentados.

I. INTRODUÇÃO

As organizações públicas são consideradas significativamente mais complexas que as pertencentes ao setor privado em termos de substância (componentes e propósitos), amplitude e relações de poder, fato que evidencia ainda mais as restrições do pensamento mecanicista de orientação estritamente instrumental. Na administração pública, o sistema de gestão contempla um componente definido por aspectos de natureza histórica, identificados pelos valores da organização, por elementos culturais de forma geral, além de aspectos de fundo normativo (constitucional e legal). Esse sistema de gestão impõe mudanças urgentes nas formas de estrutura e funcionamento das instituições públicas, bem como acentuam o desafio cultural de transformar estruturas burocráticas e hierarquizadas em instituições flexíveis, adaptáveis e empreendedoras, implicando a necessidade de ressignificação e uso de novas tecnologias de gestão organizacional.

Dentre as inúmeras mudanças na administração pública, necessárias, especialmente, ao processo de transição de um sistema apoiado em normas regulamentares e procedimentos administrativos para uma gestão baseada em resultados, se destaca o Decreto nº 5.707/06, por instituir a Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal (PNDP), particularmente a gestão por competências, realizada por meio da avaliação de desempenho humano, como parte de uma estratégia para fortalecer a capacidade do serviço público. Este diploma legal sistematiza orientações para o desenvolvimento permanente do servidor, visando à melhoria da qualidade dos serviços públicos prestados ao cidadão.

Todavia, o processo de mudança organizacional conduz a uma situação que não é tranquila nem segura, em vista ao alcance do resultado almejado. A proposta de alterações no contexto laboral comumente gera uma percepção de ameaça ao status quo do indivíduo, que se encontra plenamente organizado e seguro. Isso significa que mesmo quando as mudanças são absolutamente necessárias, nem sempre são recebidas de maneira consensual, não despertando assim comprometimento dos envolvidos.

Ao incorporar o conceito de gestão por competências, conforme especificado em suas diretrizes, esse arcabouço legal introduz um importante desafio para as organizações públicas, qual seja, o de estabelecer um novo referencial teórico e metodológico para a gestão do desenvolvimento profissional. Por outro lado, a avaliação de desempenho também pode ser somente um formulário preenchido em uma determinada data, sem qualquer referência ao desempenho e sem consequências para o desenvolvimento individual e organizacional, funcionando como me-

canismo precário para concessão de mérito.

Portanto, na prática nem sempre a avaliação de desempenho é feita de maneira estruturada e sistemática, conforme preceitos dos seus idealizadores que a consideram uma filosofia de desenvolvimento de talentos no contexto organizacional.

No contexto atual, chama atenção o fato de que a implantação errônea da avaliação de desempenho humano decorre de alguns tabus e informações equivocadas a respeito da exigência de um custo elevado de investimentos, sendo, assim, viável somente para organizações de grande porte, que deverá contar com o auxílio de uma consultoria externa.

Associado a todos esses equívocos, enfatiza-se a existência de metodologias subjetivas para a mensuração do nível de competências necessárias para cada função. Contudo, experiências recentes evidenciam que a implantação da avaliação por competências apresenta-se extremamente simples, não subjetiva, podendo ser aplicada pela própria empresa, independente do seu porte.

Portanto, a adoção de um sistema formal de avaliação de desempenho torna-se, assim, imprescindível, por possibilitar uma confrontação entre as competências organizacionais e individuais, para avaliar se são compatíveis ou não.

Em vista disso, intenciona-se, nessa oportunidade, alcançar resposta ao seguinte problema de pesquisa: Quais desafios vêm sendo enfrentados pelos gestores na condução da avaliação de desempenho no âmbito da administração pública?

Nesse sentido, o presente estudo teve como objetivo demostrar os métodos avaliativos, como também, evidenciar os empecilhos e as limitações impostas aos gestores públicos para atender às normativas e os requisitos de objetividade e imparcialidade através da pesquisa exploratória, bibliográfica e documental.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, de caráter exploratório, por ser uma metodologia essencial no processo de investigação, compreendendo as ações de identificar, analisar, resumir e interpretar o tema de estudo, ou seja, é uma análise bibliográfica pormenorizada, referente aos trabalhos já publicados sobre um tema específico (BENTO, 2012). A pesquisa foi realizada através da base de dados da revista eletrônica Scientific Eletronic Library Online (SciELO) com as seguintes palavras-chave: gestão de pessoas, avaliação de desempenho e administração pública. Dentre o universo, abrangido entre os períodos de 2008 a 2018, foram selecionados os estudos, artigos e teses publicados na integra e em língua portuguesa referentes aos meses de março a abril de 2018. Como critério de exclusão foram descartados os estudos repetidos, publicação editoriais, comentários, reflexão, resumo de Anais e Congressos, resumos livres e investigações que não apresentam relação direta com a temática abordada.

II. DESENVOLVIMENTO DO ARTIGO

No setor público, a insatisfação da população com a qualidade do atendimento recebido nos serviços prestados constitui um dos fatores que estão obrigando os órgãos públicos a implantarem mudanças no ambiente de trabalho dos servidores. Assim, devido ao fato de as instituições públicas prestarem exclusivamente atividades operacionais, melhorar a eficácia da Gestão de Pessoas tornou-se uma prioridade, a fim de alcançar a qualidade e, por conseguinte, aperfeiçoar a atenção dispensada ao cidadão. Entretanto, no decorrer das últimas décadas os gestores vêm enfrentando algumas barreiras para efetivar alterações concretas, que muitas vezes não existem no setor privado, como, por exemplo, o contrato de trabalho diferenciado, a falta de autonomia para recompensar e punir, e pouco interesse com a comunicação (MARQUES; BORGEIS; REIS, 2016).

Mudar pessoas no contexto organizacional significa alterar o modo como elas trabalham e interagem, motivando novas formas de comportamento seja em nível individual ou em equipe, por meio da implantação de estratégias. Dentre as alternativas, se sobressai a avaliação de desempenho que corresponde a um instrumento que vem sendo difundindo nas organizações públicas e privadas, sobretudo no mundo ocidental (CHIAVENATO, 2014).

Este é o resultado de movimentos de reformas ocorridos em países mais desenvolvidos, quando aconteceu uma mudança do foco, do processo para os resultados, demandando uma administração pública empreendedora, com enfoque gerencial em busca da melhoria dos serviços entregues à população. Trata-se do movimento foi conhecido como Administração Pública Gerencial (Gerencialismo) ou “New Public Management”, em que foram introduzidas novas práticas na gestão pública, induziu fortemente a adoção de princípios gerenciais muitas vezes próprios da esfera privada na administração pública brasileira (GAVAZINI, 2018).

É oportuno lembrar que a avaliação de desempenho formal representa uma estratégia bem antiga, já que em plena Idade Média, a Companhia de Jesus fundada por Santo Inácio de Loyola já utilizava um sistema combinado de relatórios e notas das atividades e do potencial de cada um de seus jesuítas. Em 1842, o Serviço Público Federal dos Estados Unidos implantou um sistema de relatórios anuais para avaliar o desempenho de seus funcionários. O exército americano incorporou à sua estrutura o mesmo sistema em 1880. No ano de 1918, a General Motors desenvolveu um sistema de avaliação para os seus executivos (PEREIRA, 2014).

No Brasil, a incorporação da avaliação de desempenho ocorreu pioneiramente na administração pública do governo de Getúlio

Vargas, na década de 30, como ferramenta para os planos de carreira estatais e autarquias instituídas na época. Porém, o seu uso recorrente somente foi observado a partir do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), no governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) (NASCIMENTO; BERNARDIM, 2008).

Vale acrescentar que no ano de 1995, Luiz Carlos Bresser-Pereira, ministro da Administração Federal e da Reforma do Estado no primeiro mandato do governo FHC (1995-1998), apresentou o PDRAE que, entre outras metas, estabelecia aos servidores a apresentação de um perfil mais gerencial, já que os cidadãos deveriam ser tratados como clientes, obedecendo as mesmas exigências seguidas pelas organizações privadas. Para tanto, os servidores passariam por um processo de avaliação a partir do uso de indicadores de desempenho, com a expectativa de melhorar a eficiência nos servidos prestados (PINTO; BEHR, 2015).

Com o presidente Luiz Inácio Lula da Silva, ao assumir o seu mandato, no ano de 2003, algumas políticas do modelo gerencial do governo FHC foram mantidas, inclusive a avaliação de desempenho. Destarte que durante muito tempo a redação do texto constitucional exigia somente a aprovação em concurso e a passagem de tempo para a efetivação do servidor no quadro de carreiras. Todavia, em 1998, com o advento da Emenda Constitucional nº 19 (Reforma Administrativa), além do tempo de cumprimento do estágio probatório ser aumentado, o servidor passou a ser submetido à avaliação especial de desempenho como critério para a aquisição de estabilidade (ALVES, 2010).

Na realidade, a avaliação de desempenho serve a diversos propósitos no contexto organizacional. Os gestores utilizam as avaliações para variadas decisões na Gestão de Pessoas, em razão de oferecerem informações para decisões importantes como promoções, transferências e demissões. Ainda é possível identificar as necessidades de treinamento e desenvolvimento como, por exemplo, reconhecer as habilidades e competências dos funcionários que se encontram inadequadas, e para as quais podem ser desenvolvidos programas de melhoria, também podem ser utilizadas como critério de validação de programas de seleção e desenvolvimento, um exemplo são os funcionários recém contratados que não estejam apresentando bom desempenho, como também a eficácia dos programas de treinamento e desenvolvimento. Por meio desta ferramenta torna-se possível descobrir talentos e proporcionar oportunidades, para que estes surjam ou se aprimorem; posicionar as pessoas certas nos lugares certos, a fim de que estejam satisfeitas e se tornem cada vez mais produtivas. Adicionalmente, as avaliações tendem ao propósito de fornecer feedback aos funcionários sobre como a organização percebe o seu trabalho desenvolvido, como também pode ser empregada como base para alocação de recompensas e decisões sobre

quem receberá aumento de remuneração por mérito (NASCIMENTO; BERNARDIM, 2008).

Assim sendo, a avaliação de desempenho está sendo utilizada pelas organizações visando analisar o desempenho dos colaboradores na execução de suas atividades laborais, isso devido à necessidade de melhoramento dos resultados organizacionais, tanto em relação ao crescimento da organização quanto em relação ao desenvolvimento profissional de cada um (CRUZ; ARAÚJO; OLIVEIRA, 2014).

Na literatura, são encontrados distintos conceitos da avaliação de desempenho. Chiavenato (2014, p. 337) conceitua da seguinte maneira: "A avaliação de desempenho é uma apreciação sistemática do desempenho de cada profissional no cargo e do seu potencial de desenvolvimento futuro. Trata-se, portanto, de um processo para motivar ou julgar o valor, a excelência, as qualidades do colaborador".

Por sua vez, Pontes (2014, p. 24) oferece a seguinte definição em sua obra:

A avaliação de desempenho é um processo por intermédio do qual uma ou mais pessoas apreciam o desempenho de outras, utilizando a observação de amostras representativas do desempenho e produtos num período de tempo ou após a elaboração de determinado trabalho; bem como critérios de avaliação; instrumentos e escalas de avaliação e entrevistas de avaliação. Este processo destina-se a estabelecer, de modo permanente, um contrato entre a organização e os colaboradores sobre o que se espera que estes produzam, permitindo, assim, acompanhar o desempenho do avaliado, corrigindo rumos quando necessário e avaliando os resultados obtidos. Sem a sua existência o planejamento e as estratégias organizacionais não produzirão nenhum resultado.

Este modelo de avaliação se destina a mensurar o desempenho dos profissionais para subsidiar decisões administrativas ou o potencial e as qualificações destes, permitindo também a tomada de decisões sobre as demais funções da gestão de pessoas como promoções, treinamentos, demissões, reposicionamento e encarreiramento (LACOMBE; HEILBORN, 2016). Portanto, a adoção de um sistema formal torna-se, assim, imprescindível, por possibilitar, conforme observa Derrosso e Boewerk (2017), uma confrontação entre as competências organizacionais e individuais, para avaliar se são compatíveis ou não.

Convém ressaltar que o modelo de gestão baseado em competências deve estar em conformidade com os demais processos de recursos humanos da organização, fazendo uma comparação com os mesmos e dando apoio para que o fluxo das informações ocorra de maneira satisfatória nas análises de desempenho do processo, agregando simultaneamente, valores para os indivíduos e para a organização.

Vale ressaltar ainda que qualquer equívoco na disseminação desse processo, apuração dos

dados para análise de desempenho ou no feedback prestado aos avaliados, pode resultar em inúmeros problemas tanto no clima organizacional, quanto nos investimentos aplicados na formulação de um novo sistema integrado de gestão de pessoas. Tem-se, portanto, um dever de comunicar corretamente os colaboradores sobre todo o processo que será desenvolvido e o porquê da existência dos mesmos, visando o entendimento da estratégia proposta (DERROSSO; BOEWERK, 2017).

Muitos são os gestores que, com o intuito de avaliarem a compatibilidade entre as competências organizacionais e individuais, vêm empreendendo esforços no desenvolvimento de seus colaboradores, utilizando para tanto a ferramenta estratégica de avaliação de desempenho por competências (CRUZ; ARAÚJO.; OLIVEIRA, 2014).

Na atualidade, tem-se, portanto, a exigência no ambiente corporativo da adoção de ferramentas estratégicas, como a avaliação por desempenho devido à sua grande utilidade e viabilidade para a estimativa de aproveitamento do potencial individual dos colaboradores no desempenho profissional, e, por conseguinte, do potencial humano de toda a organização focando o alcance de melhores resultados (CRUZ; ARAÚJO; OLIVEIRA, 2014).

Segundo Lucena (1992), a maior dificuldade enfrentada pelos gestores se refere ao desenvolvimento da qualificação e do potencial dos colaboradores para alcançar o alto desempenho, além da aceitação de maiores responsabilidades e comprometimento com os resultados almejados. Assim, a preocupação contínua com o desempenho humano e como torná-lo mais eficaz na obtenção de melhores resultados representa o elemento de atenção máxima para a maior produtividade, fundamentado na percepção e no reconhecimento do desempenho humano como fator alavancador do sucesso organizacional.

Na iniciativa privada a avaliação de desempenho vêm oferecendo excelentes resultados, obedecendo para tanto os objetivos da organização, estabelecidos em sua missão e visão. Todavia, para a administração pública o estabelecimento dos objetivos de uma avaliação representa uma tarefa mais complexa, visto que todos os critérios devem estar definidos na legislação vigente, conforme observa Alves (2010, p. 89):

Sabe-se que existem métodos que já revelaram excelentes resultados no segmento privado para avaliar o desempenho dos colaboradores e motivá-los e promovê-los com critérios aceitáveis tanto para eles, como para os clientes e superiores hierárquicos. Já o setor público, por envolver questões mais complexas, originárias da relação política entre Estado-governo-sociedade, obedece a princípios como da legalidade, da impessoalidade e da moralidade, muito estritamente definidos.

Na legislação vigente pátria, a Lei nº 8.112/90 regulamenta a avaliação de desempenho dos servidores públicos federais, de-

terminando que os mesmos deverão ser avaliados durante o estágio probatório, em relação à assiduidade, disciplina, capacidade de iniciativa, produtividade e responsabilidade. Assim, o seu artigo 20, § 1º, exige que quatro meses antes de concluído o estágio probatório o desempenho do servidor seja avaliado por comissão constituída para esse fim e posterior homologação pela autoridade competente Por sua vez, a Constituição Federal específica a avaliação de desempenho como condição para o servidor concursado adquirir a estabilidade, bem como a perda do cargo tendo em vista os resultados obtidos no procedimento de avaliação periódica de desempenho.

No ano de 2005, a Lei nº 11.091 determinou que as progressões dos servidores públicos podem ocorrer tanto por mérito como por capacitação profissional. Efetua-se a primeira mediante resultado positivo na avaliação de desempenho, enquanto a segunda depende da obtenção de certificado em programa de capacitação. Um ano depois, o Decreto nº 5.707/2006, ao regulamentar a política e as diretrizes para o desenvolvimento de pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, estipulou que os resultados das ações de capacitação e a mensuração do desempenho do servidor necessitam ser complementares entre si. Na sequência, o Decreto nº. 5.825/06, ao especificar as diretrizes para elaboração do Plano de Desenvolvimento dos Integrantes dos Cargos dos servidores técnico-administrativos em educação, determinou que com o resultado da avaliação de desempenho torna-se possível oferecer indicadores para o planejamento estratégico, assim como buscar o desenvolvimento de pessoal da instituição, proporcionar condições para a melhoria dos processos de trabalho, identificar e avaliar o desempenho coletivo e individual, considerando as condições de trabalho; subsidiar a elaboração dos programas de capacitação e aperfeiçoamento e também o dimensionamento das necessidades da instituição de pessoal e de políticas de saúde ocupacional, assim como estimar o mérito para progressão. Já os instrumentos que são utilizados para a realização da avaliação de desempenho devem ser estruturados observando os princípios da objetividade, legitimidade e publicidade e os outros objetivos, métodos e resultados que foram especificados pelo decreto.

A Lei nº 11.784/2008 destinou um único capítulo para a avaliação de desempenho dos servidores do poder executivo federal, estipulando como meta alcançar a melhoria da qualificação e subsidiar a política de gestão de pessoas em relação à capacitação, desenvolvimento no cargo ou na carreira, remuneração e movimento de pessoal. Nesse sentido, a avaliação de desempenho dos servidores deve estar relacionada às metas institucionais. Também consta na sua redação que as metas de desempenho individual devem ser estabelecidas por critérios objetivos, compondo, assim, o plano de trabalho do setor e ser de comum

acordo entre o servidor, a chefia e a equipe de trabalho.

A legislação vigente propõe as seguintes etapas de implementação de programas de avaliação de desempenho nos serviços públicos de saúde: auto avaliação e avaliação dos servidores pelas chefias; avaliação dos chefes pelos seus colaboradores; e avaliação da equipe de trabalho e usuários

Bohlander, Snell e Sherman (2015) elucidam os objetivos da avaliação de desempenho em administrativos e de desenvolvimento. Aqueles relacionam-se à avaliação como insumo para todas as atividades de recursos humanos associadas ao aproveitamento e encarreiramento das pessoas. Já os objetivos de desenvolvimento fornecem feedback para discussão dos pontos fortes e fracos do colaborador e aprimoramento de seu desempenho. Ambos resultados são úteis para a organização, no sentido de estabelecer um plano de desenvolvimento para o colaborador focado em sua real necessidade, além de proporcionar uma base de critérios claros e objetivos para o encarreiramento e promoção, tornando estes processos menos subjetivos.

Bohlander, Snell e Sherman (2015) mencionam a avaliação de pares, onde as pessoas que trabalham juntas e estão em posições equivalentes podem e devem avaliar-se entre si. Por sua vez, a avaliação de equipe, conforme observam Bateman e Snell (2008) constitui uma extensão da avaliação de pares, onde se avalia o desempenho da equipe e não mais o individual. Vale aqui ressaltar que tanto os clientes externos como os internos podem ser fontes de informação quanto ao desempenho para empresas com foco em programas de qualidade.

Em algumas organizações a Avaliação de Desempenho é de responsabilidade de uma comissão criada especificamente para esse processo. Por conseguinte, tem-se uma avaliação coletiva conduzida por um grupo de pessoas, na qual seus componentes podem ser fixos ou temporários, com a atribuição de manter o sistema em conformidade com os objetivos propostos e impedir a influência de fatores subjetivos no programa, garantindo, assim, a sua efetividade. Os participantes oficializam e equilibram a avaliação, tendo em vista que ocupam cargos de chefias ou são pessoas que trabalham próximas ao avaliado (ALVES, 2010).

Na Administração Pública, realiza-se a avaliação por meio da Comissão de Avaliação Especial de Desempenho, como determinado no inciso I, artigo 9º do Decreto nº 43.764/04, na tentativa de amenizar as interferências do processo e a distorção das informações. A comissão desempenha a função de conciliadora, equilibrando os pontos de vista dos superiores hierárquicos sobre o desempenho dos servidores, representando uma atividade crucial focada em descobrir, a partir de critérios objetivos, como eles executam seu trabalho, como cumprem tarefas e exigências de sua posição de trabalho, qual é o seu comportamento de trabalho, e quais as suas relações são com os

colegas de trabalho, clientes e outras pessoas que estão em contato em relação ao seu trabalho (GAVAZINI, 2018).

Contudo, Gavazini (2018), ao analisar as regras dos sistemas de avaliação de desempenho dos servidores dos Poderes do Estado de Santa Catarina, constatou 24 critérios utilizados para a avaliação de desempenho, sendo, contudo, predominante a aplicação de critérios subjetivos, os quais sofrem por não ter uma métrica passível de confrontação, e estarem submetidos ao arbítrio pessoal do avaliador.

Sanches, Vargas e Moura (2015) destacam em seu estudo a dose de subjetividade que a avaliação de desempenho contempla no seu processo, o que a reveste de uma ambiguidade realmente discutível. Para os autores, um dos fatos mais relevantes, sem dúvida, perpassa a questão da subjetividade, inserida no processo de julgamento praticado pelo ser humano. Particularmente quando esse julgamento diz respeito a outro ser humano. Daí a vulnerabilidade bastante significativa creditada ao programa de avaliação de desempenho.

Pinto e Behr (2015), ao investigarem, a partir do entendimento dos servidores técnico-administrativos em educação e das chefias imediatas, como ocorre a avaliação de desempenho em uma universidade pública federal constataram que os técnico-administrativos em educação demonstraram insatisfação com a avaliação em si, a sua importância, bem como o receio em avaliar a chefia imediata, a subjetividade existente nos critérios e o uso da avaliação como sistema de progressão. Para as chefias imediatas, a avaliação de desempenho se traduz em uma condição para melhoria no serviço público, existindo, porém, uma dificuldade ao avaliar, além da necessidade de mudanças na avaliação e, assim como os técnico-administrativos em educação, elas percebem a avaliação como um sistema de progressão. Portanto foi demonstrada uma insatisfação em relação ao modo como a avaliação é aplicada na universidade e o que ela representa. Por conta de tais achados, os autores concluíram que a avaliação de desempenho é um modelo importado de forma acrítica da iniciativa privada e que não resulta em melhorias efetivas no serviço público, levando ao aumento da individualidade em detrimento da coletividade.

Rosa e Vacovski (2015) ressaltam que a complexidade da avaliação de desempenho exige profissionalização de uma equipe formada para geri-la e promove-la em igual condições para todos os servidores, tendo em vista que ferramentas estratégicas exigem o envolvimento em conjunto, sobretudo em um formato de rede, uma vez que a eficiência do Estado depende da atuação das partes. Reynaud e Todescat (2017) consideram a avaliação de desempenho um instrumento crucial e imprescindível, todavia, destacam as reais causas de enfraquecimento desse mecanismo no serviço público, a saber: descontinuidades de governo, a ausência de real vontade po-

lítica de implantá-los, a resistência dos servidores, as dificuldades técnicas e legais, entre outras.

Santos e Feuerschütte (2011) assinalam que a falta de resultados da avaliação de desempenho no serviço público se dá em virtude da resistência à sua implantação, haja vista a cultura organizacional predominante na administração pública estar associada à falta de exigência por melhores níveis de desempenho. Os autores, assim como Rosa e Vacovski (2015) entendem que a avaliação, quando existente, não pode ser unilateral, mas um meio de estabelecer uma relação mais ampla e integrada entre avaliador e avaliado

Vale acrescentar que no estudo conduzido por Pinto e Behr (2015), o padrão dos formulários utilizado na instituição assemelha-se ao modelo de escalas gráficas, já que os fatores são estabelecidos previamente. A nota de cada fator estabelecido varia de 1 a 5 e a nota final da avaliação corresponde à média ponderada desse somatório. Este método segue o princípio da objetivação, em que sua validade é aceita devido à avaliação quantificada do comportamento do trabalhador. Desse modo, sua aceitação acrítica o torna um dos métodos mais adotados na administração pública. Trata-se de um método tradicional de avaliação de desempenho com sérias limitações. Além disso, enfatiza-se na pesquisa a necessidade de um retorno da instituição após a avaliação de desempenho, haja vista existir uma falta de interesse em promover melhorias nas condições de trabalho e na capacitação dos profissionais.

Santos e Feuerschütte (2011) ao analisarem a percepção dos servidores de uma universidade federal sobre o processo de avaliação de desempenho, levantaram os seguintes aspectos negativos: informações verdadeiras são raramente transmitidas, uma vez que o interesse maior é a obtenção da média necessária à progressão funcional e salarial, assim utiliza-se como política salarial, não retratando a realidade; se mal aplicado, cria expectativas que não são atendidas e, por conseguinte gera desânimo e descrédito; tem-se pouca credibilidade do sistema como um todo, por ser visto somente como mais um papel a ser preenchido; observa-se medo e insegurança quanto às respostas da chefia, tendo em vista o seu despreparo; em muitos casos não se trata de um processo transparente, inexistindo a definição de metas e diálogo; falta de comprometimento, responsabilidade e seriedade; chefias não utilizam como fonte de melhorias, já que os resultados não são trabalhados; os itens do questionário não apresentam indicadores adequados ao entendimento sobre o desempenho; e falta de conhecimento prévio pelo avaliado sobre às pontuações.

Sanches, Vargas e Moura (2015) relatam a experiência de implantação de uma ferramenta de avaliação de desempenho de servidores públicos, enquanto instrumento de gestão de pessoas, na esfera da educação superior. No estudo foram seguidos os parâmetros disciplinados na Lei nº.

11.091/05, que dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação. Os autores conduziram uma pesquisa de caráter descritivo, e como estratégia de pesquisa, um estudo de caso, com vieses de pesquisa participante. A unidade de análise do estudo diz respeito a uma Universidade Federal de Ensino Superior do Rio Grande do Sul, na qual utilizou-se a Avaliação de Desempenho 360º e foram estabelecidas como competências fundamentais aos servidores públicos as seguintes: relacionamento interpessoal, responsabilidade, qualidade e produtividade, conhecimentos do trabalho, flexibilidade e adaptação às mudanças, comprometimento, comunicação, iniciativa, atualização e colaboração. Já para a chefia as competências avaliadas foram: responsabilidade, relacionamento interpessoal, liderança, administração de conflitos, conhecimento organizacional e técnico, comunicação, flexibilidade e adaptação às mudanças, coordenação da equipe de trabalho, gestão e motivação da equipe de trabalho. Dentre os principais resultados deste estudo, aponta-se que a Universidade foi pioneira ao estabelecer um modelo de avaliação de desempenho, dentro dos atuais parâmetros da legislação vigente, e vem sendo considerado como um modelo a ser incorporado pelas demais instituições.

A partir da revisão da literatura é possível afirmar que a implantação da avaliação de desempenho por competências apresenta-se como um instrumento de grande utilidade para os gestores, aplicando-se perfeitamente à administração pública, sobretudo aqueles que têm despendido esforços no desenvolvimento de seus colaboradores. Desse modo, como instrumento utilizado com o intuito de avaliar a compatibilidade entre as competências organizacionais e individuais, representa um critério adequado de encarreiramento.

As duas etapas compreendendo o inventário comportamental para mapeamento das competências e o instrumento para a mensuração destas, objetivando definir quem e quando avaliar e como acontece o feedback, formam uma estrutura básica, onde se torna possível o desenvolvimento de um sistema de gestão de pessoas baseado em competências, alinhado com os programas de treinamento e desenvolvimento, juntamente com as estratégias da organização. Uma vez definida a estratégia, as competências estratégicas e as ações de desenvolvimento, é que será possível fazer uma ponte com os indicadores estratégicos, os objetivos organizacionais e um sistema integrado de gestão por competências (LEME 2014).

Na administração pública, a avaliação de desempenho objetiva maximizar o resultado organizacional agregado e para tanto depende de informações qualitativas e quantitativas que contemplam as condições de atuação individual dos servidores e sua interação com o grupo de trabalho. Adicio-

nalmente, quando realizada de maneira adequada, este instrumento transforma-se em um excelente meio de relacionamento entre chefe e subordinado, aumenta o grau de compreensão e permite uma melhor convivência (REYNAUD; TODESCAT, 2017).

Contudo, as experiências retratadas em estudos publicados nos últimos anos evidenciam que a avaliação de desempenho na Administração Pública ainda não obteve êxito nas tentativas de superar a discricionariedade, a tolerância, o paternalismo, a condescendência, e mesmo, a displicência que sempre levaram os instrumentos de avaliação dos servidores ao desuso. São ainda observadas distorções verificadas no passado, principalmente a inexistência de uniformidade na aplicação dos critérios de aferição de desempenho, decorrente da diversidade de chefias responsáveis pela avaliação (SANTOS; FEUERSCHÜTTE, 2011; PINTO; BEHR, 2015; SANCHES; VARGAS; MOURA, 2015; GAVAZINI, 2018).

A implantação da avaliação de desempenho, de acordo com os preceitos do seus idealizadores deve permitir, além da aferição do mérito para fins de desenvolvimento do servidor na carreira, ou seja, a progressão por mérito, a identificação de dificuldades, situar problemas, as necessidades do setor e do indivíduo, o dimensionamento e alocação de vagas, viabilizar a correção das desigualdades funcionais, melhorar o perfil do servidor público, do gestor, bem como demonstrar elementos para a gestão, no que concerne ao programa de capacitação e qualificação, subsidiando a política de gestão de pessoas da instituição.

Portanto, a forma como é percebida a avaliação de desempenho na administração pública contemporaneamente, se comparada à iniciativa privada, ainda pode ser considerada arcaica. Tradicionalmente, considerava-se esta estratégia, neste ambiente, somente uma mera formalidade, aos olhos dos servidores, o processo tinha uma representação punitiva e, por conseguinte, era tratado com desconfiança e medo, porém a atual a tendência se refere à redefinição dessa visão.

Destarte que são muitos os desafios e as dificuldades para a implantação da avaliação de desempenho, como a definição do público-alvo, a resistência inicial ao processo, a formação da comissão que avaliará, a mudança de cultura organizacional, critérios subjetivos em vez de objetivos, a insegurança dos coordenadores, as movimentações informais, e também a falta de leitura da legislação e de materiais informativos. Outro grande desafio destacado se refere ao comprometimento dos avaliadores e avaliados, por ser imprescindível o envolvimento e conscientização de seus direitos e deveres no processo de avaliação.

Entende-se que o mais relevante no processo não é somente a mensuração do desempenho do servidor, mas sim, a adoção de medidas corretivas e o acompanhamento da evolução dos resultados obtidos. Tais premissas parecem simples, mas representam o maior

desafio no processo de implantação, sendo necessário, portanto, a identificação dos pontos de dificuldade e definição de ações para o seu enfrentamento de modo efetivo, sem, todavia, comprometer o processo. A ampla divulgação, o estabelecimento de parcerias e assessoria direta aos órgãos e entidades envolvidos, a condução de reuniões e debates, dentre outros, são considerados fatores críticos para o sucesso da implantação e consolidação do processo de avaliação de desempenho na administração pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste tem-se a constatação de ter contribuído para uma maior compreensão da Gestão de Pessoas, descrevendo um método de avaliação do desempenho profissional baseado em competências. Com a implantação do sistema de avaliação por desempenho a organização passa a contar com uma ferramenta estratégica e bastante útil para a gestão de pessoas, uma vez que, a mesma possibilita identificar se o colaborador está desenvolvendo de forma desejável, seja de forma individual e/ou em equipe, o seu cargo e desta forma, consequentemente, permite saber quais as necessidades de treinamento, o potencial ainda não explorado e, principalmente, como o desempenho dos colaboradores pode afetar os resultados da organização, ou como esse desempenho encontra-se influenciado pelo clima organizacional, assim como, pela cultura organizacional. Os processos de mapeamento apresentados refletem o sucesso da implantação deste método, uma vez que representa uma lacuna na maior parte das organizações que necessitam preencher de modo a alcançarem os seus objetivos, que se traduzem no investimento em capacitação, treinamento e desenvolvimento contínuo de seus colaboradores.

Observa-se que um sistema de avaliação de desempenho em conformidade com as tendências atuais, pode se sobressair, dentre às demais estratégias, por ser um instrumento para reconhecimento dos resultados alcançados, também usado para identificar competências humanas importantes à organização e nortear as práticas da gestão de recursos humanos. Todavia, a sua incorporação na administração pública é questionável, visto que procura aproximar-se das ideias e práticas da administração privada e afasta-se da construção de alternativas administrativas adequadas para o setor público. Desse modo, ao adotar os modelos de avaliação de desempenho, a administração pública não faz a devida reflexão sobre sua viabilidade para os órgãos em que estão sendo implementados.

As legislações vigentes estabelecem que a avaliação de desempenho deve ser conduzida na observância de critérios objetivos. Entretanto, na prática, uma das dificuldades apontadas é conseguir atender às normativas acerca da avaliação de desempenho, atendendo ao requisito da

objetividade. Tem-se o relato da existência de alguns critérios subjetivos que são difíceis de mensurar. A avaliação de desempenho representa um processo em construção, que está sendo mudado aos poucos, ou seja, existe uma prática que vem sendo difundida no serviço público. Tem-se uma legislação fundamentalmente gerencialista, que estipula uma avaliação de desempenho vinculada às metas institucionais. Entretanto, em termos práticos, as notas da avaliação são frutos de critérios subjetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, F.T. Avaliação de desempenho na administração pública. Rev. Ciências Gerenciais, v. 14, n. 20, p. 87-104, 2010. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 22 maio 2019.

BENTO, A. Como fazer uma revisão da literatura: considerações teóricas e práticas. Rev. JA, n. 65, p. 42-44, 2012. Disponível em: http://

www3.uma.pt/bento/Repositorio/Revisaodaliteratura.pdf. Acesso em: 04 abr. 2019.

BATEMAN, T.S.; SNELL, S.A. Administração: construindo vantagem competitiva. São Paulo: Atlas, 2008.

BOHLANDER, G.; SNELL, S.; SHERMAN, A. Administração de recursos humanos. 16 ed. São Paulo: Thomson, 2015.

BRASIL. Lei nº 11.091, de 12 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11091.htm. Acesso em: 12 abr.2019.

_____. Decreto n.º 43.764 de 16 de março de 2004. Regulamenta a Avaliação Especial de Desempenho do servidor público civil em período de estágio probatório na Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual e dá outras providências. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/servidores/desempenho/arq_geral/decreto_43764.pdf. Acesso em: 12 abr.2019.

_____. Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008. Dispõe sobre a reestruturação do Plano Geral de Cargos do Poder Executivo - PGPE, de que trata a Lei no 11.357, de 19 de outubro de 2006, do Plano Especial de Cargos da Cultura, de que trata a Lei no 11.233, de 22 de dezembro de 2005, do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, de que trata a Lei no 11.091, de 12 de janeiro de 2005, da Carreira de Magistério Superior, de que trata a Lei no 7.596, de 10 de abril de 1987, do Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Federal, de que trata a Lei no 10.682, de 28 de maio de 2003 [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11784.htm. Acesso em: 15 mar.2019.

_____. Decreto nº 5.825, de 29 de junho de 2006. Estabelece as diretrizes para elaboração do Plano de Desenvolvimento dos Integrantes do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, instituído pela Lei no 11.091, de 12 de janeiro de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5825.htm. Acesso em: 18 mar.2019.

_____. Decreto n.º 43.764 de 16 de março de 2004. Regulamenta a Avaliação Especial de Desempenho do servidor público civil em período de estágio probatório na Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual e dá outras providên-

cias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5825.htm. Acesso em: 18 mar.2019.

_____. Decreto nº 5.707, de 23 de fevereiro de 2006. Institui a Política e as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, e regulamenta dispositivos da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5825.htm. Acesso em: 18 mar.2019.

CHIAVENATO, I. Gestão de pessoas: O novo papel dos recursos humanos nas organizações. 4 ed. São Paulo: Manole, 2014.

CRUZ, C.A.B.; ARAÚJO, A.S.; OLIVEIRA, I.J. Avaliação de desempenho como ferramenta de apoio ao desenvolvimento profissional dos colaboradores nas organizações. Rev. Científica ITPAC, v. 7, n. 3, p. 1-13, 2014. Disponível em: https://assets.itpac.br/arquivos/Revista/73/artigo2.pdf. Acesso em: 12 abr. 2019.

DERROSSO, G.; BOEWERK, S. Gestão de desempenho por competência (GDP): análise da avaliação de desempenho utilizada em uma instituição bancária para ascensão profissional. Universitas Gestão TI, v. 7, n. 2, p. 1-16, 2017. Disponível em: http://revistas.unifoa.edu.br/index.php/cadernos/article/view/284/0. Acesso em: 23 abr. 2019.

GAVAZINI, A.A. Comparativo entre os modelos de avaliação de desempenho dos servidores dos poderes do Estado de Santa Catarina. Recape, v. 8, n. 2, p. 198-121, 2018. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/ReCaPe/article/view/35317. Acesso em: 12 mar. 2019.

LACOMBE, F.J.M.; HEILBORN, G.L.J. Administração: princípios e tendências. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEME, R. Aplicação prática de gestão de pessoas por competências: mapeamento, treinamento, seleção, avaliação e mensuração de resultados de treinamento. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2014.

LUCENA, M.D.S. Avaliação de desempenho. São Paulo: Atlas, 1992.

MARQUES, A.L.; BORGES, R.I.C. Mudança organizacional e satisfação no trabalho: um estudo com servidores públicos do estado de Minas Gerais. Rev. Administração Pública, v. 50, n. 1, p.41-58, 2016. Disponível em: http://www.locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/22564/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 mar. 2019.

NASCIMENTO, C.M.D.V.; BERNARDIM, L.M. Avaliação de desempenho nos bancos públicos. Revista Eletrônica Lato Sensu, n. 6, p. 1-17, 2008. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 16 abr.2019.

PEREIRA, A.L. A evolução da avaliação de desempenho nas organizações. Periódico Científico Negócios Projeção, v. 5, n. 2, p. 80-96, 2014. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 23 maio 2019.

PINTO, J.F.; BEHR, R.R. Contradições na avaliação de desempenho dos servidores técnico-administrativos em educação na universidade pública. Cad. EBAPE.BR, v. 13, n. 4, p.795-820, 2015. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 18 jun. 2019.

PONTES, B.R. Avaliação de desempenho nova abordagem. 12 ed. São Paulo: Ltr, 2014.

REYNAUD, P.D.; TODESCAT, M. Avaliação de desempenho humano na esfera pública: estado da arte na literatura internacional e nacional humano. REGE Rev. Gestão, n. 24, p. 85-96, 2017. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 22 maio 2019.

ROSA, C.G.; VACOVSKI, E. Gestão de pessoas no setor público: avalia-

ção de desempenho. Caderno Gestão Pública, v. 7, n 4, p. 1-13, 2015. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 23 abr. 2019.

SANCHES, L.I.M.; VARGAS, K.S.; MOURA, G.L. Avaliação de desempenho no serviço público: um estudo em uma universidade. Gestão Conhecimento, v. 9, n. 1, p. 1-11, 2015. Disponível em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 12 mar. 2019.

SANTOS, L.S.; FEUERSCHÜTTEB, S.G. O processo de avaliação de desempenho sob o olhar do avaliado: estudo da percepção de servidores da Universidade Federal de Santa Catarina. Análise Rev. Acadêmica FACE, v. 22, n. 2, p. 134-145, 2011. Disponivel em: https://search.scielo.org/?q=http%3A%2F%2Fwww.locus.ufv.br%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F22564%2Ftexto%2520completo.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&lang=pt&count=15&from=0&output=site&sort=&format=summary&fb=&page=1&q=gest%C3%A3o+de+pessoas%2C+avalia%C3%A7%C3%A3o+de+desempenho+e+administra%C3%A7%C3%A3o+p%C3%BAblica&lang=pt&page=1. Acesso em: 21 abr. 2019.

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS DE SAÚDE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

MICHELLE LADISLAU
Estudante do 5º ano de Direito, da Instituição Toledo De Ensino na cidade de Bauru. Atualmente estagiária na Procuradoria Do Estado De São Paulo. Produtora de vídeos jurídicos em redes sociais. Pesquisadora nas áreas de Direito Previdenciário, Constitucional e Administrativo.

RODRIGO PIERONI FERNANDES
Procurador do Estado de São Paulo desde 1998; Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (1995). Professor do Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino na matéria de Direito Administrativo desde 2007. Professor na Faculdade Orígenes Lessa - FACOL na matéria de Direito Administrativo desde 2019.

SUMÁRIO

RESUMO ---------- 103

I. INTRODUÇÃO ---------- 104

II. DIREITO A SAÚDE ---------- 104

III. JUDICIALIZAÇÃO ---------- 105

IV. SEPARAÇÃO DOS PODERES ---------- 106

V. ATIVISMO JUDICIAL ---------- 106

CONCLUSÃO ---------- 107

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 108

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas; Judicialização; Direito a saúde; Poder Judiciário; Ativismo Judicial.

RESUMO

A presente pesquisa busca abordar o fenômeno da Judicialização das Políticas referentes à saúde pública e o papel do Poder Judiciário em face do aumento significativo de demandas concernindo ao Direito a saúde. Tal crescimento principiou após a promulgação da Constituição Federal de 1988, em que originou a era do Estado Democrático De Direito, o qual ocasionou maior proteção aos direitos fundamentais garantidos à população. Porquanto, para efetivar os referidos direitos, o Estado criou mecanismos para solidificar as garantias previstas na carta magna através de Políticas Públicas. Contudo, quando um indivíduo se socorre do Judiciário para pleitear determinado direito, surgem discussões em face ao ativismo judicial em litígios de cunho político. Estudiosos e doutrinadores questionam a atuação do Poder Judiciário nas lides envolvendo Estado e indivíduo, sobretudo, ao que concerne ao princípio da igualdade.

I. INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual protege de forma significativa os direitos fundamentais, bem como valoriza os Direitos Humanos e a busca por justiça, sobretudo pela efetivação de Direitos, acarretou o aumento nas demandas de cunho político e moral.

As Políticas Públicas são ações que o Estado se utiliza para atender às necessidades da população. Contudo, a execução de tais mecanismos estão correlacionadas com o orçamento público. Ademais, as necessidades da população são infinitas em face ao orçamento finito do Poder Público.

Diante disso, o Poder Judiciário passou a desempenhar também um papel político mediante a judicialização de políticas públicas precipuamente as políticas que envolvem a saúde pública.

As críticas de estudiosos e doutrinadores em relação ao ativismo judicial nas lides de competência dos Poderes Executivo e Legislativo se da pela contrariedade da equidade na organização dos serviços de saúde para satisfação de interesse particular.

Diante disso tudo, pergunta-se: O ativismo judicial quanto aos problemas de saúde pública, de forma não planejada, aferindo e concedendo liminares para efetivação de direitos a um indivíduo, está ferindo o princípio da igualdade previsto em lei?

Embora agindo de forma legítima, ou seja, sendo provocado para atuar em determinada lide envolvendo indivíduo e Estado, tem o Juiz a capacidade para solucionar litígios que envolvem Políticas Públicas e consequentemente orçamento público?

II. DIREITO A SAÚDE

O Direito à saúde está expresso na Constituição Federal de 1988, como um Direito fundamental.

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.

Diante disso torna-se inerente ao ser humano, conquanto ao ser regulamentado incorpora-se ao patrimônio jurídico da cidadania, sendo proibidos de serem protelados.

Através das Políticas

Públicas o Estado se utiliza de mecanismos para concretizar os Direitos previstos em lei. À vista disso, a Carta Magna determinou a criação do Sistema Único de Saúde, o qual segue princípios e diretrizes reguladas pela lei 5.080/90.

O Sistema Único de Saúde proporciona atendimento integral aos indivíduos, isto é, concorre ao que se refere a prevenções de doenças, de atendimento médico e no fornecimento de fármacos.

No entanto, a elaboração desses procedimentos prestacionais está correlacionada ao orçamento público e às políticas públicas.

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Portanto, a escassez quanto aos recursos disponíveis nos cofres públicos, bem como as melhores estratégias para se alcançar a finalidade pública, limita a solidificação de tais direitos. Mediante tal problema, pesquisas apontam o crescimento da judicialização de saúde no Brasil.

III. JUDICIALIZAÇÃO

Judicialização é uma conjuntura mundial na qual significa que decisões de cunho políticos estão sendo instrumentos de litígios e, assim sendo, levados para soluções no Judiciário.

A judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista social, político ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. (BARROSO, 2018, p44)

A judicialização é um fato, as críticas de estudiosos e doutrinadores se dá pela interferência não planejada do Poder Judiciário e de suas consequências na sociedade em relação à efetivação de direitos “de todos” serem aplicados a um fato específico. Esta ingerência aplicada pelo Poder Judiciário para muitos juristas acutila o princípio da igualdade resguardado na Carta Magna.

IV. SEPARAÇÃO DOS PODERES

Com o advento do Estado Democrático de Direito, limitou-se o Poder Político do Estado em face à sociedade.

Além disso, transferiu-se o protagonismo aos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal que, em consequência, tornaram-se mais efetivos, sobretudo evitando-se o autoritarismo por parte de um só Poder. Ocorreu, então, a separação de Poderes.

A teoria da tripartição de poderes trazida por Montesquieu divide competências entre os três Poderes que desenvolvem de forma independente e harmônicas entre si funções que são intimamente ligadas.

A premissa amplamente reconhecida- na teoria contemporânea da "separação" dos "poderes" está assentada na premissa de não convir que um poder se sobreponha a outra; em outras palavras, os poderes (órgãos) devem trabalhar no mesmo nível primando por uma atuação harmônica e autônoma e não conflituosa e separatista (TAVARES, 2012, p 13)

Embora cada poder tenha competências típicas, quando necessário, pode atuar de maneira atípica para sanar lides não solucionadas pelos Poderes competentes.

V. ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial é a consequência da Judicialização. Portanto, enquanto a judicialização é um fato, o Ativismo judicial é uma atitude. O ativismo judicial é uma interferência regular do Poder Judiciário, visto que os Poderes podem realizar competências atípicas quando necessário.

A ideia de ativismo judicial está associada a 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. Em muitas situações, nem se quer há confronto, mas mera ocupação de espaço vazio. (BARROSO, 2018, p 479)

A interferência do Poder Judiciário nos outros dois Poderes se torna objeto de discussão, a partir do momento que a atuação de magistrados usurpa a função do Poder Legislativo de modo a não haver moderação quanto a decisões emitidas pelo Judiciário ao que concerne as Políticas de saúde pública.

O ativismo judicial não proporciona tratamento isonômico material aos cidadãos tendo em vista que o princípio da igualdade prevê a igualdade de aptidões e de

possibilidades aos cidadãos de gozar de tratamento igualitário pela legislação.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal, mas principalmente a igualdade material. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei (LENZA, 2016, p.1172)

Porém, quando uma decisão é deferida em face de um só indivíduo apenas, este irá usufruir do referido Direito, ferindo assim, o princípio constitucional da igualdade.

CONCLUSÃO

Como resultado da pesquisa, houve uma série de constatações a respeito da Judicialização, efetivação de Políticas Públicas e ativismo judicial no âmbito da saúde pública. Precipuamente, ao que se concerne aos deferimentos de liminares por parte dos magistrados de primeira instância o qual solidifica o princípio da livre convicção do juiz.

Contudo, a interpretação jurídica atual exige do magistrado avaliações mais racionais nas soluções de lides que envolvem Políticas Públicas e, sobretudo, que não haja usurpação da função legislativa pelo Judiciário. Embora o grande papel do Poder Judiciário seja o de resguardar os direitos fundamentais, questões envolvendo Políticas Públicas envolve o sistema de elaboração de orçamento público.

Ademais, quando há decisão obrigando o Poder Público a fornecer determinado direito ao indivíduo que teve acesso à justiça, ocorre o ferimento do principio da igualdade expresso na Carta Magna.

Isso se dá, pois em meio a muitas pessoas que estejam necessitando de determinado objeto pleiteado por um indivíduo em questão, somente ele fará jus ao direito de fato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUCCI, M. P. D.; DUARTE, C. S. Judicialização da Saúde A Visão do Poder Executivo. São Paulo: Saraiva, 2017

CARLINI, Angélica. Judicialização da saúde pública e privada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 216 f. Tese (Doutorado) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, 2012.

SGARBOSSA, Luis Fernando. Crítica à teoria dos custos dos direitos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

BARROSO, L. R. A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TAVARES, A. R. MANUAL DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. São Paulo:Saraiva, 2012

BARROSO, L. R. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

LENZA, P. DIREITO CONSTITUCIONAL ESQUEMATIZADO®. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

A REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS ANIMAIS POR SEUS TUTORES: UMA POSSIBILIDADE TRAZIDA PELO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

THAÍS BOONEN VIOTTO FERREIRA
Advogada, Mestre em direito (dissertação de tema, "Biocentrismo: dignidade e direitos fundamentais dos animais sencientes"), professora, conferencista oficial da OAB Seccional SP, Presidente da Comissão de Defesa e Proteção Animal da OAB/Bauru e Presidente do Conselho Municipal de Proteção e defesa dos animais - Bauru/SP, vice-presidente da ONG Naturae Vitae, ativista pelos direitos dos animais, representante da OAB Bauru no comitê ambiental de controle de endemias da secretaria de saúde do município de Bauru/SP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ---------- 111

I. BIOCENTRISMO: ANIMAIS COMO SUJEITO DE DIREITOS ---------- 112

II. AS DECISÕES JUDICIAIS QUE ELEVAM O STATUS DOS ANIMAIS ---------- 112

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 116

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 116

Palavras-chave: Biocentrismo; Animais; Processo; Constituição

INTRODUÇÃO

Pela análise do artigo, verificaremos que a constituição biocêntrica de 1988, considera os animais como sujeitos de direito, e que desta forma considerados, estes podem após a edição do Novo Código de processo Civil, serem representados por seus tutores em ações visando a proteção de seus interesses.

No decorrer do trabalho, restará claro como é possível conseguir que essa representação aconteça, e quais são as decisões judiciais que provam que perante os Tribunais, os animais, da mesma forma que na Constituição Federal de 1988 são considerados sujeitos de direito, devendo assim, o código civil avançar, modificando o status deles, passando então a estar em conforme com o entendimento Constitucional e judicial.

I. BIOCENTRISMO: ANIMAIS COMO SUJEITO DE DIREITOS

Sob a concepção biocêntrica do direito, que considera toda a vida orgânica como titular e destinatária de direitos garantidos pelo ordenamento jurídico (SARLET E FENSTERSEIFER, 2008) a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 225 "caput" ao prever que "todos tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado" e em seu parágrafo 1º, inciso VII determina a vedação da crueldade a animais nos leva a crer que o legislador Constitucional utilizando a palavra "todos" incluiu os animais na proteção constitucional e preservando-os de práticas cruéis desejou que os mesmos tivessem sua vida respeitada (MACHADO, 2013).

Assim, os animais passaram a ser sujeitos de direitos, podendo ter seus interesses defendidos em juízo se representados processualmente por seus tutores. O código civil para se adequar à ótica constitucional biocentrica, deve ser modificado, os animais que figuram como bens semoventes, teriam a elevação de seu status à pessoa não humana equiparada aos absolutamente incapazes.

A mudança da natureza jurídica dos animais para pessoas, é defendida por doutrinadores do direito civil e animal pois o termo "pessoa" não se confunde ao de ser humanos. A prova disso para Silva (2012) é que empresas, entidades governamentais, etc, são consideradas pessoas.

Rodrigues (2006, p. 126 e 127), afirma que pessoa, é um conceito operacional do direito, que não implica na ideia de homem, mas na capacidade de ser titular de direito e/ou deveres, podendo se atribuir o status de pessoa aos animais o que significaria apenas reconhecer que eles têm seus interesses tutelados pela Constituição Federal de 1988 e que podem figurar como parte em ações se representados por seus tutores.

O artigo 71 do Novo Código de Processo Civil que dispõe que "o incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei", nos permite pensar na possibilidade dos animais como partes no processo.

II. AS DECISÕES JUDICIAIS QUE ELEVAM O STATUS DOS ANIMAIS

No aspecto prático, analisando a jurisprudência, não restam dúvidas que os animais são considerados como sujeitos de direito. Para comprovar esta afirmativa foram selecionadas algumas decisões neste sentido, vejamos.

A Suprema Corte Brasileira considerou os animais como titulares de direitos ao proibir a prática denominada farra do boi e da rinha de galo rechaçando a ideia destas como sendo manifestação cultural.

Ementa farra do boi:

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO – RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA

- ANIMAIS - CRUELDADE. 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 da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (STF - RE: 153531 SC, Relator: Min. FRANCISCO REZEK, Data de Julgamento: 03/06/1997, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388).

Voto do Relator Ministro Francisco Rezek:

"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: há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso.

Ementa rinha de galo:

AÇÃO DIRETA 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)

- Proteção constitucional da fauna (cf, art. 225, § 1º, vii) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural

- Inconstitucionalidade da Lei estadual impugnada - (ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10- 2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-

00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413).

Voto do Relator Celso de Mello:

"Além do artigo 225 veicular conteúdo impregnado de alto significado ético e jurídico, justifica-se em função de sua própria razão de ser, motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitar todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida por práticas aviltantes, perversas e violentas".

O Superior Tribunal de Justiça vetou o sacrifício de cães e gatos como forma de controle populacional e de zoonoses, considerando imperiosa a superação do status dos animais como coisas, vejamos o voto do Ministro Humberto Martins:

ADMINISTRATIVO E AM-

BIENTAL – CENTRO DE CONTROLE DE ZOONOSE – SACRIFÍCIO DE CÃES E GATOS VADIOS APREENDIDOS PELOS AGENTES DE ADMINISTRAÇÃO –

Possibilidade quando indispensável à proteção da saúde humana – vedada a utilização de meios cruéis. REsp nº1.115.916/MG.

"Não há como se entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como coisas, como objetos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com base no voto da Relatora Desembargadora Lucia de Fátima Cerveira, defendeu a titularidade de direitos aos animais e da obrigação do poder público em lhes assistir:

DIREITO AMBIENTAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ABANDONO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS E DE

TRAÇÃO. Omissão do poder público. Possibilidade de apreciação pelo judiciário. Apelação. Ação direta de inconstitucionalidade nº 70053319976/RS.

"Como se não bastasse, para além de dever jurídicoconstitucional, a tutela dos animais abandonados pelo Poder Público se justifica plenamente pelo viés moral, pautado num princípio de solidariedade inter-espécies, que para além de uma compreensão "especista" da dignidade, que parece cada vez mais frágil diante do quadro existencial contemporâneo e dos novos valores culturais de natureza ecológica, deve-se avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida em si".

O Tribunal de Justiça de São Paulo, classificou a vaquejada e prova do laço como sendo uma violação ao direito dos animais disposto no artigo 225, parágrafo 1º inciso VII da Constituição, segue a ementa e o voto do Relator Desembargador Péricles:

DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Impugnação a Lei

Municipal nº 5.056, de 10 de fevereiro de 2015, que revogou o artigo 2º da Lei Municipal nº 4,446, de 23 de novembro de 2010, do Município de Barretos, que vedava a realização das provas de laço e vaquejada. Violação de dispositivos da Constituição Estadual e Federal. Precedentes do STF - Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade da Lei nº 5.056/2015. Apelação nº 2146983-12.2015.8.26.0000/SP.

"Incutir medo, dor, sofrimento e morte a outros seres não é algo que queremos perpetuado em nossa cultura, não sendo este o objetivo do nosso constituinte originário ao vedar a crueldade a animais".

"Assim, não pode o Poder Público fechar os olhos para os preceitos constitucionais e deixar a integridade física e psíquica de bezerros e bois ao livre arbítrio do entretenimento humano, apenas em razão de uma tortura, digo, diversão, mascarada em um esporte

que apenas uma parte optou por participar".

Ainda segundo o Relator, é impossível frear a evolução moral da sociedade, mesmo que uma prática tenha sido considerada manifestação cultural, esta pode ser rechaçada havendo a conscientização sobre sua crueldade.

O mesmo Tribunal decidiu por maioria de votos em processo em segredo de justiça dar a guarda compartilhada de um cachorro a um ex casal. Vejamos o pronunciamento do relator desembargador Carlos Alberto Garbi:

"O animal em disputa pelas partes não pode ser considerado como coisa, objeto de partilha, e ser relegado a uma decisão que divide entre as partes o patrimônio comum. Como senciente, afastado da convivência que estabeleceu, deve merecer igual e adequada consideração e nessa linha entendo deve ser reconhecido o direito da agravante, desde logo, de ter o animal em sua companhia com a atribuição da guarda alternada. O acolhimento da sua pretensão atende aos interesses essencialmente da agravante, mas tutela, também, de forma reflexa, os interesses dignos de consideração do próprio animal. Na separação ou divórcio deve ser regulamentada a guarda e visita dos animais em litígio.

Recurso provido para conceder à agravante a guarda alternada até que ocorra decisão sobre a sua guarda".

"Os animais não são inferiores aos humanos e que o último não é o "everest ou o suprassumo da evolução nem o mais importante dos seres, nem o único a sentir, raciocinar, pensar, querer ou sofrer".

"Quando se percebe que a lei se espelha nesses ideais ultrapassados, quiça historicamente importante, mas sabida e acabadamente falsos, fica fácil entender por qual razão ela reconheceu direitos apenas aos homens e, em contrapartida, relegou os direitos animais a um papel de objeto e coadjuvante no mundo da natureza, vista presumivelmente como playgraund de toda humanidade. Sob essa ótica, nada, salvo um egoísmo especista ou um egocentrismo absolutamente oitocentista, pode, em tese, justificar o direito fundamental para o homem, e não para os outros animais".

O Relator explica que é preciso superar o antropocentrismo, reconhecendo que "os princípios de igualdade e justiça não se aplicam somente aos seres humanos, mas a todos os sujeitos viventes", merecendo os animais outro status do Estado.

O Tribunal de Justiça do Paraná, pelo voto do Relator Desembargador Abraham Lincoln Calixto, reconheceu que os animais tem o direito de não serem submetidos a práticas cruéis em rodeios:

DIREITO AMBIENTAL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME

NECESSÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Realização de rodeio. Poluição sonora. Maus tratos de animais. Adequação do evento às normas da Lei n. 10.519/02 e aos direitos da vizinhança. Condenação dos réus ao pagamento de honorários em favor do Ministério

Público.

O Relator proibiu qualquer apetrecho que infrinja dor e sofrimento nos animais envolvidos no rodeio, argumentando que a crueldade não é mais tolerada por conta da evolução moral da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se pretendeu evidenciar no trabalho é que a Magna Carta, pela perspectiva biocêntrica considera os animais como novos destinatários de direitos, assim como os Tribunais vem reconhecendo, devendo haver uma adequação no Código Civil atualizando o status deles, permitindo que estes sejam representados em juízo por seus tutores ante a possibilidade trazida pelo artigo 71 do Novo Código de processo Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, STF. Recurso Extraordinário 153531/97, r . Francisco Rezek, j. 13/03/1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500/>. Acesso em: 05 jun. 2016.

BRASIL, STF. Ação direta de Inconstitucionalidade 1856/2011, r. Celso de Mello, j. 26/05/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634/>. Acesso em: 07 jun. 2016.

BRASIL, STJ, Recurso Especial 1.115.916, r. Humberto Martins, l. 01/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5764421&tipo=91&nre g=200900053852&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090918&formato=PD F&salvar=false/>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL, TJ/RS. Ação direta de inconstitucionalidade 70053319976, r. Lucia de Fátima Cerveira, j. 14/10/2011. Disponível em: <http://tj- rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/118729553/apelacao-e-reexame-necessario-reex 70053319976-rs/inteiro-teor-118729561/>. Acesso em: 09 jul. 2016.

BRASIL, TJ /SP. Ação direta de inconstitucio-

nalidade 2146983- 12.2015.8.26.0000, r. Péricles Piza, j. 14/12/2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localP esquisa.cdLocal=1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numero DigitoAnoUnificado=214698312.2015&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=2146983-12.2015.8.26.0000&dePesquisaNuAntigo=/>. Acesso em: 09 jul. 2016.

BRASIL, TJ /PR. Ação Civil Pública 1.101.611-0, r. Abraham Lincoln Calixto j. 19/03/2014. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/consulta- processual/publico/b2grau/consultaPublica.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff72d6c 5e2eb4a83ec9a4b9ccfadbc7c94c0ed8888ccbae64b9/>. Acesso em: 10 jul. 2016.

BRASIL, TJ /PR. Ação Civil Pública 0000725-82.2015.8.16.0085, j. 06/08/2015.
Disponível em: < http://www.jusbrasil.com.br/diarios/101141203/al--mg-30-09-2015- pg-111/>. Acesso em: 09 jul. 2016.

MACHADO, P. A. L. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

RODRIGUES, D. T. O direito e os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa. Curitiba: Juruá, 2006.

SARLET, I. W; FENSTERSEIFER, T. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, C. R (org.) et al. A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILVA, T. T A. Animais em juízo: Direito, personalidade jurídica e capacidade processual. Salvador: Evolução, 2012.

A SOCIOAFETIVIDADE NA ADOÇÃO POST--MORTEM COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

BRUNA DE PAULA POLANZAN
Mestre em Direito Constitucional formada pelo Centro Universitário de Bauru – Instituição Toledo de Ensino.Advogada. Professora Universitária. Conciliadora e Mediadora. Presidente da Comissão OAB vai à Escola da 21ª Subseção de Bauru/SP (2013 – 2018). Presidente Comissão OAB vai à Faculdade da 21ª Subseção de Bauru/SP (2019 -2021).

JOSÉ CLÁUDIO DOMINGUES MOREIRA
Doutor em Direito Constitucional (ITE), possui Mestrado em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino e graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru. Juiz de Direito do Tribunal de Justica do Estado de Sao Paulo. É professor do curso de Direito, no Centro Universitário de Bauru e na Faculdade Iteana de Botucatu, mantidos pela Instituição Toledo de Ensino. Integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Bauru (ITE). Atualmente é Juiz Diretor do Fórum da Comarca de Bauru.

SUMÁRIO

RESUMO---------- 119

I. INTRODUÇÃO ---------- 121

II. O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL ---------- 122

III. A IMPORTÂNCIA DE SE CONSIDERAR A AFETIVIDADE NA ADOÇÃO ---------- 124

IV. A SOCIOAFETIVIDADE NA ADOÇÃO POST–MORTEM COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ---------- 127

CONCLUSÃO ---------- 132

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 133

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a importância da socioafetividade na adoção e a necessidade de flexibilização da norma do instituto diante do fato concreto. No Brasil, para a regularização da adoção, é necessário o cumprimento de diversos requisitos procedimentais previstos na legislação vigente, contudo leis rígidas resultam em processos longos, desestimulando os brasileiros prática da adoção legal e o exercício da adoção irregular. Hodiernamente, muitas são as famílias que possuem "filhos de criação" educados com todo o amor e reconhecidos pela sociedade como prole da entidade familiar, porém, não reconhecidos juridicamente. Com a morte de um dos adotantes, o direito de igualdade e identidade do adotado é questionado e, por muitas vezes, não reconhecido judicialmente pela ausência de formalidade à adoção post-mortem, prevista no artigo 42 §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto a Constituição Federal de 1988 é democrática e humanista, defende a proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana, introduziu novos alicerces às relações de direito privado, em especial, ao direito de família. Atualmente a afetividade é um dos princípios basilares deste instituto, e garante de forma humanista e valorativa que o que o amor constrói não poder ser destruído por mera ausência de requisito procedimental. Desta forma, no caso das adoções post-mortem, desde que provada a existência de vínculo afetivo e o reconhecimento de família perante as partes, o artigo 42 §6º do ECA deve ser flexibilizado em obediência à Carta Magna, assim, efetivando-se a tutela da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chaves: Adoção. Família. Afetividade. Morte. Constituição.

ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate the importance of socioaffectivity in adoption and the need to soften the law that regulates the institute when facing the reality. In Brazil, in order to regularize adoption, it is necessary to satisfy several procedural requirements established by current legislation, but rigid laws result in extensive proceedings, discouraging Brazilians from practicing legal adoption and, consequently, encouraging the exercise of irregular adoption. Nowadays many families have "foster children", educated with all love and recognized by society as part of the family, but not legally recognized. When one of the adopters dies, the right of equality and identity of the adopted is questioned, and often not judicially recognized by the lack of formality to the post-mortem adoption provided for in Statute of the Child and Adolescent, in Article 42, paragraph 6. However, the Federal Constitution of 1988, democratic and humanistic, defends the protection of the principle of the

dignity of the human person, allowing the insertion of new foundations to relations under private law, especially family law. The affection is currently one of the fundamental principles of this institute, and guarantees in a humanistic and valuative way that what love builds can not be destroyed by not satisfying a mere procedural requirement. Therefore, when it comes to post-mortem adoptions, with the existence of an affective bond proven and the parties recognizing themselves as a family, the Article 42, paragraph 6 of the Statute of the Child and Adolescent must be soften in obedience to the Magna Carta, so as to preserve the dignity of the human person.

Keywords: Adoption. Family. Affectivity. Death. Constitution.

I. INTRODUÇÃO

Trata-se a adoção da aceitação espontânea de terceira pessoa como parte da família, reconhecimento que com a convivência gera vínculo afetivo entre as partes, e que, para ser considerada regular e reconhecida no mundo jurídico, é preciso seguir procedimentos legais próprios.

Contudo a adoção é um instituto que vai muito além dos requisitos formais de seu procedimento jurídico, envolvendo elementos psicológicos: por um lado, na maioria das vezes, crianças e adolescentes desamparados, já traumatizados pelos dissabores do abandono e, do outro, pais cheios de amor e ansiosos em constituir um lar com filhos.

Trata-se de um furacão de sentimentos das partes envolvidas e é necessário que se tenha o seu procedimento organizado de forma cautelosa, para que, assim, não reflita de forma negativa a nenhum dos indivíduos.

Em verdade, o instituto da filiação adotiva é muito mais que apenas procedimentos formais, por esta razão é necessário mitigar a formalidade ante a realidade.

Quando se trata do direito de ter uma família ou à convivência familiar, é preciso ponderar o direito à felicidade das partes envolvidas, a adoção não deve ser julgada como um negócio jurídico, e sim, com humanidade, devendo-se olhar para a história, vida e afeto das partes envolvidas, pois antes de um olhar jurídico, é necessário o olhar psicológico.

Muitas são as adoções irregulares no Brasil, dada a resistência da sociedade em seguir procedimentos tão rígidos que, embora necessários para salvaguardar a criança de todo mal, atribuem processos longos à obtenção da perfilhação adotiva, em consequência a celeuma do procedimento desencadeia formas de burla ao sistema, resultando a adoção irregular.

Mais delicada é a situação da adoção irregular que se perpetuou no tempo, havendo o falecimento dos adotantes antes do procedimento legal de perfilhação adotiva, a adoção post-mortem que, embora não preencha os requisitos estabelecidos pelo artigo 42 §6 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deve ser reconhecida quando encontrado o vínculo afetivo e o reconhecimento familiar perante a sociedade.

As regras da adoção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente não podem sobrepor-se ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, pois a ele devem obediência.

Em verdade, deve-se separar a vontade de adotar da vontade de apenas possuir guarda de fato, como um dever de cuidado, e não de amor paternal. Mas, é preciso abrir os olhos para a realidade brasileira, onde o desejo de filiação gera a prática da adoção irregular.

Havendo amor paternal e o reconhecimento de família entre

as partes (como pai ou mãe e filho), o adotado tem o direito de ter sua identidade reconhecida, pois se o vínculo afetivo o fez filho, não há razão, e nem é justo, que a lei o destitua da filiação por meros requisitos procedimentais não cumpridos.

Para a construção e desenvolvimento do artigo, foram realizadas pesquisas bibliográficas de Direito e Psicologia, bem como, pesquisas forenses e jurisprudenciais.

II. O INSTITUTO DA ADOÇÃO NO BRASIL

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, fornecidos em abril de 2019, existem no Brasil 9.500 (nove mil e quinhentas) crianças livres para a colocação em família substituta e 45.900 (quarenta e cinco mil e novecentos) adultos inscritos no cadastro de adoção.

Com clareza é possível observar que o número de adotantes é consideravelmente maior que a quantidade de crianças disponíveis para adoção.

A razão é que a política nacional em relação à adoção é, no sentido de ser essa uma via de exceção, quando esgotada todas as possibilidades do menor permanecer na família natural.

A colocação em família substituta possui normas rígidas a fim de proteger o menor e colocá-lo a salvo de todo tipo de violência.

O Brasil já foi uma colônia que via equivocadamente a adoção como um meio de "mão de obra barata" para trabalhos domésticos, outrora, o tráfico de crianças para exploração, seja nacional ou internacional, é algo que ainda acontece. O Estado, como responsável por suas crianças, atribui rigidez no processo de adoção, o que por vezes, se faz necessário a fim de detectar situações de risco ao menor, impedindo que a adoção seja instituto diverso da pretensão de afeto e filiação.

A pessoa que deseja adotar precisa ter no mínimo 18 anos de idade, independente do estado civil, solteiros, viúvos e casados podem adotar, mas, se casado ou convivente de união estável, o casal deve estar de acordo com a adoção. Embora a adoção pelo casal homoafetivo não esteja prevista em lei, a jurisprudência é favorável ao instituto por casais homossexuais.

Deve se dirigir a vara de Infância e Juventude do Município em que reside, munido dos documentos básicos de identidade, será realizada uma petição por meio de profissional com capacidade postulatória, solicitando a inscrição de habilitação a candidato para a adoção nos termos do artigo 50 § 1º do Estatuto da Criança de do Adolescente. Os documentos passam por avaliação do Juiz e Ministério Público. Sendo aprovados, a pessoa deve realizar obrigatoriamente um curso de preparação psicosso-

cial.

Concluído o curso obrigatório o candidato passa por uma avaliação psicossocial, psicoemocional, socioeconômica e visitas domiciliar, que indicará se a pessoa possui compatibilidade com a medida e ambiente familiar adequado (art. 29 ECA).

Na entrevista técnica, o adotante descreverá o perfil da criança que deseja adotar, podendo escolher o sexo, idade, estado de saúde, etnia e se aceita a adoção de irmãos.

Realizados todos os requisitos, requerimento, avaliação de documentos, avaliação psicossocial e entrevista, será emitido um laudo da equipe técnica da Vara e, após manifestação do Ministério Público, o Juiz acolherá ou indeferirá o pedido.

Pedido deferido, a pessoa terá o nome inserido na lista de adotantes estadual (correspondente ao Estado em que a adotante reside) e nacional.

O cadastro nacional é um sistema eletrônico que cruza a compatibilidade entre adotante e adotado. Ao identificar uma criança compatível ao perfil desejado, a Vara entra em contato com o candidato adotante, havendo interesse, é feita a apresentação da criança.

Durante o processo a criança também é entrevistada, no sentido de querer ou não continuar com o processo, o estágio de convivência é mínimo de 90 (noventa) dias (art. 46 ECA), e pode ser realizado por visitas e curtos passeios.

Passado o período de convivência, sendo desejo do adotante e viável para o bem estar da criança, o infante é liberado e inicia-se o processo de adoção judicial, onde o adotante adquire a guarda provisória e o menor passa a residir no lar da família substituta.

O grande problema da adoção no Brasil é a incompatibilidade das características idealizadas pelo do adotante para com o adotado, conforme dados do Conselho Nacional de Justiça, apenas um a cada quatro pretendentes aceitam adotar crianças maiores de 4 (quatro) anos de idade.

O desejo de perfilhação de criança ainda na primeira infância, frente à grande procura e concorrência de pretendentes à adoção de infantes de tenra idade, resulta na burla ao sistema de adoção.

Os requisitos e burocracia do instituto da adoção pelo meio legal, embora existentes visando a melhor proteção do menor, não agradam parte da sociedade. Fato é que, muitas genitoras, que não podem ou não desejam ficar com sua prole, entregam a criança para casais, do qual, por alguma razão, confiam que dará uma educação e um bom futuro para o menor. Diferente da entrega ao abrigo, onde estas não saberiam o paradeiro de seus filhos.

Em contrapartida, o ímpeto de adotar a criança que preencha as características desejadas, faz com que a adoção irregular seja concretizada, com a entrega e a não regularização através do procedimento jurídico-legal.

A inércia ou a demora de regularização da adoção se dá,

exatamente, por conhecimento da burla ao sistema e o medo da perda da criança se iniciada a regularização, tendo em vista suas iniciais ilegalidades.

A prática da adoção irregular, na maioria dos casos, possui a aceitação de todas as partes responsáveis envolvidas, os genitores que desejam a entrega voluntária da prole ao casal escolhido, e o casal que tem o objetivo de constituir família com o menor.

Porém a ilícita forma de adoção é extremamente frágil, posto que, a qualquer momento, os parentes biológicos podem reivindicar e questionar a filiação do menor, determinando-se judicialmente a entrega da criança ao lar natural e o arbitramento de penas aos responsáveis pela prática ilegal.

O processo de adoção legal é deveras demorado e burocrático, o Poder Público justifica a burocracia com base no princípio da proteção ao menor, tendo em vista que é preciso afastar a criança de famílias substitutas exploradoras e violentas, como já aconteceu no passado, quando então a adoção era vista como mão de obra barato.

Contudo o processo judicial de adoção ainda é o único caminho lícito e constituidor do instituto, possuidor de segurança jurídica ao ato. Uma vez atribuída a posição de filho ao casal adotante, percorrendo-se todos os trâmites legais de forma correta, esta passa a ser irrevogável e inquestionável.

III. A IMPORTÂNCIA DE SE CONSIDERAR A AFETIVIDADE NA ADOÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe um novo paradigma para as normas legislativas, a atual Carta Magna possui como base o respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Essa "Lei Maior" humanista trouxe reflexos em todo o ordenamento jurídico, passando, com o advento da supremacia da Constituição Federal, constar a obrigatoriedade de sopesar os princípios nas decisões judiciais e em todas as normas infraconstitucionais, incluindo o direito de família.

Inicialmente, para defendermos a "consideração do princípio jurídico da afetividade no instituto da filiação adotiva", é importante esclarecer alguns pontos pertinentes: possuímos duas formas de afeto; O positivo, que é aquele inerente a todos os sentimentos e gestos bons, como o amor, o carinho e o zelo e, em contrapartida, o negativo que corresponde a sentimentos e gestos ruins, como o ódio, a rejeição, o desprezo, mágoa e a violência.

Em regra as crianças e os adolescentes colocados em abrigos, por processo de destituição do poder familiar, presenciaram

o afeto negativo em suas vidas. Como também em algum momento conviveram com o afeto positivo, ao qual, em sua regra, sentem saudade e almejam a expectativa de revivê-lo mesmo que com outra pessoa.

A essência do ser humano imputa a necessidade do afeto positivo.

O bebê, ao nascer, necessita do zelo e cuidado de alguém, e é através destas condutas positivas que os vínculos de afeto começam a ser firmados.

As experiências dos primeiros 06 anos de vida de um ser humano são influenciadoras na sua formação como pessoa e atribuem reflexos em sua vida adulta, em especial na formação de seu caráter.

Eventos positivos geram reflexos bons no desenvolvimento do infante, os negativos podem gerar resultados ruins no crescimento da criança.

O abandono como rejeição pode refletir em traumas na infância e, se não superados, também na vida adulta. Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam, a rejeição pode ter como consequências os seguintes efeitos psicológicos: depressão, insegurança, indiferença, agressividade, transtornos bipolares entre outros.

Entretanto os traumas podem ser superados, desde que tratamentos com a psicologia e psiquiatria sejam realizados e, claro, é importante que a pessoa seja afastada do evento que lhe gera os efeitos negativos, bem como, a não reincidência de referidos eventos na vida da pessoa.

Ainda, é fato que o amor é capaz de transformar os seres humanos e o afeto positivo é primordial para a superação de traumas advindos da rejeição.

Quando um menor rejeitado é colocado em uma família substituta e esta lhe dá acalento, é possível que, em pouco tempo, laços fraternos e de amor recíproco surjam e se fortaleçam entre as partes envolvidas.

Entretanto no Brasil, ainda é muito comum a adoção irregular, onde crianças são trazidas desde tenra idade ao seio familiar substituto, reconhecidas como filhas perante elas mesmas e a sociedade, contudo, negligenciadas pelos pais adotivos que não regularizam a filiação de forma legal.

A ausência da forma legalizada do instituto pode atribuir a esses menores a retirada destes da família substituta, passando novamente pelo trauma do abandono familiar, já não mais pela rejeição, mas por ordem do Poder Público.

Ainda encontram-se casos de erros processuais (advindos do Próprio Poder Judiciário) em que a criança adotada pela via processual, teve em algum momento negligências no ato procedimental (como a não oitiva dos pais, ou ausência de avaliação correta primordial para a decisão da destituição familiar) e então, o infante, que se encontra no aconchego da família substituta, à qual já criou vínculos, se vê arrancado desta para voltar à família biológica.

Casos como os mencionados acima acontecem.

Contudo ponderar a técnica procedimental acima do sentimento de um ser humano pode ser prejudicial a este por toda a sua vida.

A psicologia explica as pessoas como seres complexos. É necessário ter cautela ao determinar a retirada de uma criança do lar ao qual esta considera como família.

Embora não aconteça em todas as Comarcas, no processo de destituição familiar e adoção, a criança seja em qualquer idade e tendo capacidade de fazê-lo, deve ser ouvida, é um direito do infante. Tendo previsão legal no artigo 9 da Convenção do Direito da Criança.

É importante considerar a opinião do infante em toda decisão que tenha o poder de decidir o destino da vida deste, isto é, considerar o melhor interesse da criança, não no sentido de dar a ela o que ela deseja, mas no sentido de ponderar o melhor para a sua vida.

Quando uma decisão considera o "paradigma legal" acima do interesse da criança, ela é injusta com o indivíduo mais frágil da relação processual.

Por exemplo, um erro procedimental grave que reabre um processo de adoção, onde a criança adotada já convive há mais de 10 anos com a família substituta, nesses casos, temos decisões no Brasil no sentido de devolver o infante à família biológica. Uma decisão que corrige a injustiça atribuída à família consanguínea, mas não levam em consideração os sentimentos do menor quanto ao vínculo afetivo criado com a família adotiva.

O ser humano não é um objeto que pode ser retirado do lar fraterno de forma abrupta, laços de amor não se constituem e nem se desconstituem de um dia para o outro, toda ruptura gera dor e traumas que podem ser irreversíveis.

Louvável fora a decisão de uma Juíza em Londrina/PR em julho de 2016, ao se deparar com um caso de erro procedimental de uma adoção, onde considerando o vínculo fraterno criado entre criança e família adotante, sentenciou atribuindo a guarda compartilhada em convivência alternada entre família biológica e adotiva. Em referida decisão, ponderou-se o sentimento do infante acima de qualquer paradigma legal.

Atualmente, é reconhecida a paternidade socioafetiva, atribuindo a regularização ao antigo ditado "pai é quem cria".

Se hoje temos o reconhecimento deste novo conceito de paternidade, por que desconstituir o vínculo adotivo irregular, uma vez que a afetividade já se faz presente?

Na hipótese de reivindicação do menor pelos pais biológicos, poder-se-ia atribuir a paternidade e maternidade socioafetiva aos adotantes irregulares, isto porque, o elo mais fraco da relação é o infante, e precisa ter os seus sentimentos respeitados.

O presente artigo não trata de uma defesa às adoções irregulares, mas diante da falta de fiscalização do Estado para com estas práticas, é necessário proteger o menor e resguardar o seu melhor interesse. Não pode a criança sofrer a sanção da separação porque

houve negligência do Poder Público ou dos pais adotivos.

Maria Berenice Dias pontua: "O afeto merece ser visto como uma realidade digna de tutela." (DIAS, 2018)

É primordial na adoção, considerar-se o vínculo afetivo, porque este, uma vez enraizado entre as partes, reflete na dignidade da pessoa humana de cada parte envolvida, passa a ser elemento essencial para a constituição e tutela do direito à felicidade do infante e reflete no princípio da primazia do melhor interesse do menor.

IV. A SOCIOAFETIVIDADE NA ADOÇÃO POST-MORTEM COMO ELEMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Conforme já explanado, o processo de adoção é extremamente burocrático, a demora do processo de filiação adotiva e a preferência dos adotantes por crianças de tenra idade (diante de uma realidade em que a maioria dos infantes disponíveis à adoção está acima dos 07 (sete) anos de idade), contribuem para a continuação da prática da adoção irregular.

Em verdade, a adoção irregular pode perdurar por décadas.

A maior dificuldade verifica-se no caso de falecimento de um ou ambos os "adotantes", tendo em vista que o artigo 42, § 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a possibilidade da adoção póstuma apenas em situações das quais o óbito ocorreu quando já em curso o processo de adoção, in verbis:

'Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

(...)

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença"

Neste aspecto, é importante diferenciar as nomenclaturas definidas pela doutrina majoritária. Denomina-se 'adoção póstuma' aquela em que o falecimento do adotante ocorre no curso do processo de filiação adotiva. Por sua vez, é chamada de adoção post-mortem aquela em que o falecimento ocorreu antes da propositura da ação judicial.

Contudo a adoção post-mortem, por não ser recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, possui resistência em sua concessão perante os tribunais brasileiros, principalmente os de primeira instância.

Entretanto a adoção post-mortem passou a ser questionada pelos adotados irregulares, posto que, ao ser rejeitado o pedido de reconhecimento da filiação adotiva, nega-se o direito de herança; nega-se a identidade do adotado; nega-se o direito de filiação; nega-

-se o direito de ter e reconhecer-se em uma família e tudo porque, aos olhos do Judiciário, a relação de fato é irregular.

Necessário se faz, assim, trazer ao trabalho o conceito de "identidade" que se pretende construir em defesa da adoção post-mortem para com aqueles que não tiveram a adoção regularizada tempestivamente, se assim pode-se dizer, interpretando-se literalmente a norma constituída no artigo 42, § 6º do ECA.

Dentre os diversos significados da palavra "identidade" encontrados no dicionário, prefere-se aquele segundo o qual identidade corresponde à "consciência de si próprio". (Dicionário da Língua Portuguesa, 1913, p.1083).

Ou seja, trata-se a identidade do conhecimento e compreensão que a pessoa possui de si próprio (seu interior) para com o mundo. Como exemplo: "Eu, João, sou filho de Maria e José".

Em verdade, o vínculo afetivo perpetuado por décadas atribui uma identidade à pessoa, podendo ser de filiação ou marital.

Por esta razão, reconhece-se uma relação de união estável, mesmo após a morte, tendo em vista que aquilo que os indivíduos identificam como uma relação conjugal, o mero ofício civil não tem o poder de desconsiderá-la.

O mesmo acontece com a filiação, mesmo não carregando o sobrenome dos pais de criação, é atribuída à criança acolhida a identidade de filho. E passa essa identidade ser a essência deste ser humano, "...a consciência que possui de si próprio".

Entretanto diferentemente da união estável, hoje já reconhecida constitucionalmente, o mesmo não acontece com a filiação adotiva post-mortem. Decisões judiciais denotam resistência do Judiciário em qualificar como adoção legal, casos de adotantes falecidos antes de iniciado o processo de adoção, tendo em vista não cumprir os requisitos estabelecidos em letra de lei.

O entendimento é de que o ajuizamento de ação de adoção post-mortem, de adotante já falecido, carece de possibilidade jurídica do pedido, uma vez que não haveria respaldo legal no ordenamento jurídico.

De fato, a adoção é um procedimento complexo. Este instituto no Brasil é pleno, tendo em vista que, uma vez constituído, "quebra-se" o vínculo com a família biológica.

Para a concretização da adoção, todos os procedimentos devem ser estritamente cumpridos. É preciso ter o consentimento dos pais biológicos (salvo se já destituídos do poder familiar por decisão judicial), a inequívoca vontade de adotar e o consentimento do adotado, quando este puder fazê-lo.

A identificação do animus de adotar, com o objetivo de constituir uma família através da filiação, é extremamente importante, isto porque é preciso distinguir a adoção da guarda fática.

Muitas famílias brasileiras mantêm, sob sua guarda, crianças com o objetivo de auxiliá-las finan-

ceiramente, entretanto, estes menores não são reconhecidos como filhos perante a sociedade, sendo apresentados apenas como "afilhados", "sobrinhos", "primos", "netos", que permanecem sob o âmbito familiar extenso ou substituto, por solidariedade ao infante e seus genitores. Neste cenário, o animus de adotar não se encontra presente.

E é exatamente em razão da guarda fática que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente a possibilidade apenas da adoção póstuma, que é aquela que a morte ocorreu no curso do processo judicial.

Destarte, o juiz, ao julgar um caso de adoção post-mortem, deve analisar todas as circunstâncias fáticas probatórias que ensejaram o pedido, isto porque, embora em uma interpretação literal da lei não se preveja essa possibilidade de adoção, havendo provas inequívocas da afetividade e do reconhecimento da perfilhação perante a sociedade, deve-se julgar de forma excepcional, decretando-se a adoção. Sendo este o entendimento recente em decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Deve-se preponderar os fatos do procedimento citado acima, uma vez que, presente o vínculo afetivo, já está instituída a identidade da família, não havendo razão em não reconhecer legalmente a filiação existente de fato.

Na Constituição Federal de 1988, o artigo 226 assegura proteção especial do Estado à família, bem como o artigo 227, que salvaguarda o menor de todo ato que atente contra sua dignidade, colocando-o a salvo de toda opressão.

A Lei Maior tem como princípio basilar a dignidade da pessoa humana.

Ao ponderar sobre uma decisão nos casos de adoção post-mortem, é necessário atentar-se aos princípios constitucionais. O fato do não cumprimento de um requisito não pode sobrepor-se à dignidade da pessoa humana.

Com a Constitucionalização do Direito Civil e as novas formas de constituição de família pela sociedade, foi incorporado às famílias brasileiras o valor eudemonista, que significa que esta instituição deixou de ser uma entidade e passou a ser um instrumento de busca pela felicidade, através do qual as pessoas se unem pelos laços de afetividade.

A família eudemonista é um conceito moderno no direito de família e visa a abranger toda instituição constituída pelo amor, independente de laços consanguíneos. São pessoas que se unem pelo afeto, em busca do bem-estar pleno.

O eudemonismo é o conjunto de doutrinas ético filosóficas que se baseia no estudo da busca de uma vida plena e feliz, seja de forma individual ou coletiva, considerando positiva toda ação que conduza o ser humano à felicidade. Considera o princípio da felicidade a base da sua doutrina.

O direito à felicidade não se consubstancia na satisfação de um desejo egoístico do ser humano, mas na existência do necessário para sua felicidade ou a busca desta.

A psicologia afirma que a felicidade está interligada com as condições básicas de necessidade do ser humano, dentre elas, a saúde, na qual está incluída a boa disposição física e mental.

É importante garantir a felicidade aos indivíduos, posto que, a satisfação coletiva traz resultados positivos para toda a sociedade.

O primeiro documento em que constou o direito de busca da felicidade do indivíduo de forma positivada foi a Declaração de Direitos do Povo da Virgínia nos Estados Unidos, de 1776. Posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão na França, em 1789, também trouxe em seu ordenamento o direito à felicidade coletiva.

O direito de busca à felicidade não está positivado de forma expressa na Lei Suprema Brasileira, entretanto, é possível fazer um paralelo com a dignidade da pessoa humana, uma vez que, uma vida digna é uma vida feliz.

Essa relação da felicidade com a dignidade da pessoa humana já tem sido utilizada em decisões do Supremo Tribunal Federal para dirimir conflitos no direito de família. Outrora, a Constituição Cidadã objetiva o Estado do bem-estar e, mais uma vez, é possível construir um entendimento paralelo à felicidade, já que se trata o bem-estar de um estado de espírito de satisfação plena.

Em que pese a felicidade poder ser entendida como algo inerente ao ser humano, é preciso que o Estado proporcione meios de garantir, através da instituição de direitos sociais, a possibilidade de o indivíduo alcançá-la ou perpetuá-la em sua vida.

Foi através do entendimento e consideração do valor eudemonista que se reconheceu a paternidade socioafetiva na jurisprudência pátria.

Em um primeiro momento, a valoração da família eudemonista adveio visando a proteção do melhor interesse da criança. Entretanto é utilizada não só para a paternidade socioafetiva, mas também, para o reconhecimento de todos os tipos familiares contemporâneos.

Observa-se que, nos casos de regulamentação do instituto após a morte, uma vez comprovado o vínculo afetivo, havendo o reconhecimento de família entre as partes e perante a sociedade, a negativa do Judiciário trará reflexos negativos para o adotando, isto porque o Estado estará retirando-lhe sua identidade, como se nada na sua vida tivesse feito sentido, como se tudo o que viveu fosse uma mentira.

Reforça-se o entendimento que esta negativa de reconhecimento pelo Judiciário, dada a um menor, poderá trazer reflexos extremamente negativos e que repercutirão em sua vida adulta, pois passará novamente pela experiência do abandono.

Aqui é trazida a figura do menor por se encontrar casos de adoção post-mortem em relação a menores. O infante, como ser vulnerável, encontra-se em uma situação mais delicada que a de um adulto e deve ter especial proteção

do Estado, devendo prevalecer o melhor interesse do menor.

Contudo mesmo ao homem-feito, a improcedência da ação ensejará resultados psicológicos negativos.

O princípio da dignidade da pessoa humana está atrelado ao bem-estar que resulta na felicidade, e é obvio que, retirar a identidade de uma pessoa, impacta em sua vida, podendo retirar-lhe a felicidade.

Ainda que o evento morte coloque fim ao vínculo, o óbito não põe fim aos bons momentos vividos pelos pretensos adotantes e adotados, mas uma decisão tem o poder de retirar a identidade de uma pessoa. Um veredito que pode trazer resultados negativos à psique do adotado, a ponto de colocar em prova toda a sua existência, sendo injustiçado pelo próprio Estado, exatamente aquele que deveria proteger o direito de família e a convivência familiar.

A norma não pode conflitar com os princípios e garantias constitucionais, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana, e, uma vez que a negativa de reconhecimento da adoção retira do adotando a sua identidade, a sua dignidade, o seu valor como pessoa, como membro da família que o acolheu, retira-lhe também toda a sua história de vida.

O direito precisa acompanhar a complexidade das relações sociais, pois o ser humano é um ser complexo e em constante evolução, a todo instante a sociedade modifica sua opinião de moral, do certo ou do errado. Assim, o ser humano não é exato, não é possível decidir de forma exata em casos complexos, posto que, o homem é um ser possuidor de vários sentimentos, e as normas que regulem direitos que interferem na vida particular do cidadão devem ser interpretadas de forma diferenciada, para que se possa alcançar a decisão mais coerente para o caso concreto, sem se afastar princípios básicos inerentes aos ser humano, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à felicidade.

As decisões nos casos de adoção post-mortem devem se pautadas pela coerência com os princípios constitucionais, não se limitando apenas à interpretação literal da norma, uma vez que, o artigo 42 §6º do Estatuto da Criança e do Adolescente é uma regra exata. Diante da complexidade de um caso concreto, é necessário analisar toda a situação fática, antes de se decidir atendo-se a apenas um preceito normativo. Trata-se da necessidade de uma interpretação racional nas tomadas das decisões judiciais, dando um sentido maior à norma.

Importa salientar que o presente artigo reconhece a constitucionalidade do artigo 42, §6º do ECA, devido à necessidade de que o processo seja realizado com a maior agilidade possível, não deixando-se para ocorrer para além do óbito. E, na situação do falecimento no curso do processo, deve-se prosseguir com este.

Contudo é preciso considerar a negligência do legislador brasileiro, frente à regulamentação da

adoção, pelos motivos aqui explanados, em situações em que o processo de adoção se inicie apenas após a morte do adotante. Assim, em casos de adoção cujo processo se inicie após o falecimento do adotante, devem ser considerados os seguintes fatores: vínculo afetivo, animus de constituir família através da perfilhação adotiva e reconhecimento do vínculo de filiação perante a sociedade.

Trata-se de interpretar a norma prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente, conferindo a ela o alcance possível e necessário para atender à especificidade do caso concreto, uma vez que, a mera irregularidade temporal de um procedimento não pode ser fator decisivo na vida dos particulares. Isto porque o ser humano é um ser complexo e diversos são os fatores que podem levá-lo a não regularizar uma adoção.

Neste ponto, havendo os fatores supracitados, o artigo 42, § 6º do ECA deve ser flexibilizado em respeito aos princípios constitucionais, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois não se pode negar o direito de identidade a uma pessoa apenas por não se verificar a presença de meros requisitos procedimentais.

Trata-se de uma questão de humanidade, coerência e justiça.

A procedência ou improcedência de uma Ação de Adoção Post-Mortem pode ter o condão de decidir o destino de uma vida e a felicidade de um indivíduo e, em se tratando de um Estado Democrático de Direito, essa decisão deve ser coerente aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

CONCLUSÃO

Atualmente, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, como Lei Maior, e o Estatuto da Criança e dos Adolescentes são as normas que regulamentam a adoção no Brasil.

A humanista e democrática Carta Magna de 1988 atribui à adoção e aos partícipes deste instituto a proteção da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da convivência familiar e do bem-estar.

Todavia conflitos na interpretação de normas em um processo de adoção acabam, em certos momentos, por afastar preceitos constitucionais de fundamental importância para o instituto da adoção, prevalecendo a técnica procedimental em detrimento da justiça.

Contudo no momento em que se decide um caso de adoção, focando-se apenas em regras procedimentais, obedece-se a uma norma legislativa, mas fere de morte o princípio da dignidade da pessoa humana.

A adoção post-mortem, na situação de não regularizada a tempo, vindo a ocorrer o falecimento do adotante antes de iniciado o processo de adoção, ainda assim, deve ser reconhecida, quando encontrado o vínculo afetivo e o reconhecimento familiar perante a sociedade.

Em verdade, a socioafetividade e o direito de busca à felicidade não estão expressos em nossa Constituição. Os procedimentos de regularização da adoção, por outro lado, encontram-se expressos no Estatuto da Criança e do Adolescente e qualquer irregularidade pode ocasionar o indeferimento da adoção.

Assim posto, a tomada de decisões no caso de adoção post-mortem deve levar em conta não só o direito positivado, mas os fatos concretos à luz dos princípios constitucionais, a fim de concluir a favor do bem-estar da coletividade.

Decisões de casos complexos, como a de adoção post-mortem, não podem se pautar apenas no direito, pois este é insuficiente. É preciso analisar os campos do conhecimento da sociologia, filosofia e psicologia, para alcançar um resultado mais justo para as partes.

O afeto deve ser fator fundamental nas decisões de casos envolvendo questões de família, posto ser essencial ao desenvolvimento do infante e a promoção da dignidade da pessoa humana, uma vez que o vínculo afetivo, na atual, é instrumento constituidor de família.

O indeferimento da adoção post-mortem, pautada na irregularidade de procedimentos formais, somente prejudica a parte inocente da relação, uma vez que, uma pessoa criada como filha e, assim reconhecida perante a sociedade desde tenra idade, não pode vir a ter seu vínculo desconsiderado pelo ordenamento jurídico, como se assim fosse uma sanção pela não regularização da filiação na forma da lei.

Onde há laços de afeto entre as partes e reconhecimento da filiação perante a sociedade, essa pessoa é filha de fato, e negar-lhe judicialmente este direito é negar-lhe o direito de igualdade entre os filhos, a dignidade da pessoa humana e o direito à felicidade, ainda mais em uma sociedade em que a prática da adoção irregular é comum. Assim, não pode o Judiciário negligenciar o afeto, para priorizar o formalismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Convenção sobre o Direito das Crianças. Decreto Lei nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em 27 mar. 2017.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Adoção póstuma é possível mesmo com morte do adotante antes de iniciado processo de adoção. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticiasNot%C3%ADcias/Ado%C3%A7%C3%A3o-p%C3%B3stuma-%C3%A9-poss%C3%AD vel-mesmo-com--morte-do-adotante-antes-de-iniciado-processo-de-ado%C3%A7%C 3%A3o> Acesso em 25.abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.500.999. Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=Processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201400667083>. Acesso em 06.out.2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil nº 70061653762. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search? q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfieds=*&aba=juris&entsp=a__politica-site& wc= 200&wc_mc= 1 & oe =U TF-8&ie=UTF 8&ud=1&sort =date%3AD% 3AS%3Ad1&as_qj= &site =ementario &as _epq= &as_oq =&as_ eq=&p artialfields=n%3A70061653762.%28td%3Aac%C3%B3rd%C3%A3o%7Ctd%3Anull%29&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 06.out.2018.

CAMARGO. Mário Lázaro. Adoção Tardia, Mitos, Medos e Expectativas. Bauru/SP: Edusc. 2006.

COMPARATO. Fábio Konder. O Direito Como Parte da Ética. O que é Filosofia do Direito? Baurueri/SP: Editora Manole LTDA. 2004.

DESTAKJORNAL. Com 9,5 mil Crianças e Adolescentes na Fila de Adoção CNJ Lança Campanha. Disponível em: <https://www.destakjornal.com.br/brasil/pelo-pais/amp/com-95-mil-criancas-e-adolescentes--na-fila-da-adocao-cnj-lancacampanha >. Acesso em: 03. jul.2019.

DIAS, Maria Berenice. Adoção e o Direito Constitucional ao afeto. Disponível em:<http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_485)adocao_e_o_direito_constitucional_ao_afeto__marta.pdf>. Acesso em: 01 abr. 2017

DIAS, Maria Berenice. O direito à felicidade. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_553)o_direito_a_felicidade.pdf> Acesso em: 01 abr. 2017.

DIAS, Maria Berenice. Página inicial. Disponível em: <http://www.mariaberenicedias.com.br>. Acesso em: 01 abr.2017.

DWORKING. Ronald. O Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao Novo Código Civil: Do Direito de Família. Do Direito Pessoal. Das Relações de Parentesco. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

HORITA. Fernando Henrique da Silva. Afeto, Amor e Fraternidade: Por Novos Paradigmas no Direito de Família. Estudos Acerca do Princípio da Afetividade no Direito das Famílias. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

LIMA, Geslaine Daniele dos Santos & DUARTE, Hugo Garcez. Os Reflexos do Abandono Parental e a Plena Consecução do Fundamento Do Nosso Estado Dignidade Da Pessoa Humana. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18396&revista_caderno=14> Acesso em 30.mar.2018.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Famílias, 4ª ed. São Paulo: Saraiva ed. 2011.

SARMENTO, Daniel. Dignidade Da Pessoa Humana. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

SENADO FEDERAL. Realidade Brasileira sobre Adoção. Disponível em <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/realidade-brasileira-sobre-adocao.aspx>. Acesso em 04.jul.2019.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. Breves Considerações. Disponível em: < http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/3#void>. Acesso em: 27 mar. 2017.

UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança, disponível em: <https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em 26. set. 2017.

AS NOVAS MODALIDADES DE TRABALHO: O TRABALHO INTERMITENTE E A INSEGURANÇA TRAZIDA PELA REFORMA TRABALHISTA

NARRIMAN SUELLEN BARBOSA
Pós graduanda em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola Superior da Advocacia (ESA). Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera Educacional de Bauru/SP. Advogada inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº 389.726 OAB/SP. Presidente da "Comissão OAB Vai à Escola", da 21ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em Bauru, 2019/2021. E-mail: naa-barbosa@hotmail.com.

NATÁLIA BOTELHO DE SOUZA
Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Bauru (CEUB), mantido pela Instituição Toledo de Ensino (ITE). Advogada inscrita nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil sob o nº 424.034 OAB/SP. Integrante da "Comissão OAB Vai à Escola", da 21ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em Bauru, desde 2016. E-mail: nataliabotelho12@gmail.com.

SUMÁRIO

RESUMO---------- 137
I. INTRODUÇÃO ---------- 138
II. O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E NO MUNDO ---------- 139
II.I O TRABALHO INTERMITENTE NO MUNDO --------- 139
II.II O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL --------- 140
II.II.I ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17 ------ 141
II.II.I APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17 -------- 141
III. DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL ---------- 142
III.I DEFINIÇÃO DE TRABALHO INTERMITENTE -------- 142
III.II PREVISÃO LEGAL ---------- 142
IV. CARACTERÍSTICAS ---------- 144
IV.I DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE ---- 144
IV.II DO SALÁRIO E DEMAIS BENEFÍCIOS ---------- 144
IV.III DA CONVOCAÇÃO, DA ACEITAÇÃO OU RECUSA E DA MULTA ---------- 145
IV.IV DO PERÍODO DE TRABALHO E DO TEMPO À DISPOSIÇÃO ---------- 146
IV.V DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO ---- 146
V. PROBLEMÁTICAS DECORRENTES DA REFORMA ----- 147
V.I DA INSTABILIDADE DE MANUTENÇÃO DA VIDA E DA FAMÍLIA ---------- 147
V.II DO TRABALHO INTERMITENTE COMO FACILITADOR DO PREENCHIMENTO DE COTAS SOCIAIS ---------- 148
V.III DA NÃO APROVAÇÃO DA MP Nº 808/2017 E OS REFLEXOS NA ÁREA PREVIDENCIÁRIA ---------- 149

PALAVRAS CHAVE: Trabalho Intermitente. Reforma Trabalhista. Problemáticas.

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 152

RESUMO

O trabalho intermitente é a modalidade de trabalho que antes da Lei nº 13.467/17 existia sem previsão legal. Após a Reforma Trabalhista e, sob a justificativa de embasamento em modelos internacionais e diminuição da grande taxa de desemprego no país, o trabalho intermitente tornou-se legalmente possível e, com ele, surgiram diversos questionamentos. A fim de solucionar as questões controvertidas, a presente pesquisa traz à baila a comparação do modelo brasileiro de trabalho intermitente ao modelo italiano, ao britânico e ao português, ao passo que também traça um breve panorama sobre os períodos anterior e posterior à Reforma. Ademais, explana-se acerca da definição e previsão legal do trabalho intermitente, suas respectivas características, bem como se apresenta quais problemáticas surgiram ou poderão surgir a partir de sua positivação, que ocorreu no ano de 2017.

ABSTRACT

The intermittent work is a modality of work that, before the nº 13.467/17 Law existed without legal prevision. After the Labor Reform, under the justification of backgrounding on international models and the diminishment of high unemployment rates in the country, the intermittent work became legally possible and, with it, emerged several questions. In order to solve the controversial issues, the present research brings to light the comparison of the Brazilian model of intermittent work to the Italian, British and Portuguese models, while also draws a brief overview of the periods before and after the Reform. In addition, it is explained the definition and legal forecast of the intermittent work, and its characteristics, as well as it is presented wich issues emerge or can emerge from its positivation, which occurred in the year of 2017.

KEY WORDS: Intermitent Work. Labor Reform. Issues.

I. INTRODUÇÃO

Em meados da década de 60 na Europa, em razão do fim da Segunda Guerra Mundial e a necessidade de reestruturação das cidades, a demanda por mão de obra assalariada possibilitou um alavancamento dos direitos sociais e políticas salariais através da necessidade de proteção do trabalhador.

Com o passar dos anos, houve uma reformulação no mundo sobre a essência e impactos advindos do mundo do trabalho.

Se de proêmio o labor era amparado pelo viés social da força do trabalho, a vertente econômica reflexa da mão de obra, na ótica do empregador, era vista como limitação nas negociações o que deu azo para o nascimento do termo flexibilização.

Com o advento da Reforma Trabalhista no Brasil (Lei nº 13.467/2017), o legislador abarcou no bojo do art. 443 da CLT a figura do trabalhador intermitente, com regulamentação no art. 452-A, amparada na ideia de uma jornada móvel, flexível e variável na exploração do labor.

Ao mesmo passo da inserção social na era globalizada, as reformulações e inseguranças na seara trabalhista possuem inevitáveis lacunas no tocante à efetividade do labor nos moldes intermitente.

Contudo, as conquistas sociais não podem ser relativizadas às custas do lucro e contornos de transferência dos riscos da atividade desempenhada, como se denota na sistematização utópica do trabalho intermitente estampado pela legislação trabalhista através da Lei 13.467/2017.

Em tempos modernos, a usurpação de direitos e garantias sociais à proteção do labor conquistadas ao longo dos anos deve ser combatida sob pena de oportunizar o regresso social pautado pela vulnerabilidade do empregado em face do empregador e suas vertentes.

II. O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL E NO MUNDO

A forma intermitente de trabalho existe há tempos em legislações internacionais ao passo que, até o ano de 2017, fazia-se presente apenas no plano fático, no Brasil. Com o advento da Reforma Trabalhista, o trabalho intermitente encontrou respaldo legal adquirindo, portanto, patamar formal.

De modo a promover maior compreensão acerca da regulamentação que deve ser observada pelo trabalhador intermitente, bem como por quem o contrata, a presente pesquisa traz, abaixo, um breve estudo acerca de como se dá o trabalho intermitente em alguns países do mundo e em âmbito nacional.

II.I O TRABALHO INTERMITENTE NO MUNDO

Conforme já mencionado, o trabalho intermitente é modalidade de contratação muito comum no mundo – no presente excerto abordar-se-á, de forma simples, o trabalho intermitente no Reino Unido, na Itália e em Portugal.

No Reino Unido, o trabalho intermitente é denominado como "contrato zero hora" e teve seu crescimento em razão da crise financeira do ano de 2008 (CORDEIRO et al, 2018, p. 25-26).

A principal característica do trabalhador inglês intermitente, presente em 25% (vinte e cinco por cento) das empresas com mais de 250 (duzentos e cinquenta) trabalhadores, seria (TRABALHO, 2016):

Não ter uma jornada de trabalho determinada, e ficar, todos os dias da semana, à disposição do empregador, que poderá chamá-lo a qualquer momento para o serviço [...] essa espera pode chegar a dias, e até mesmo, semanas [...] nesse regime, o trabalhador recebe pelas horas em que exercer as funções.

Já na Itália, o trabalho intermitente só pode ser realizado por pessoas com mais de 55 (cinquenta e cinco) anos ou menos de 24 (vinte e quatro) anos de idade, ao passo que a contratação se dá na forma escrita e por meio de contratos coletivos, de modo prioritário (art. 34, item II, Lei 30/03 – Legge Biagi).

A contratação de forma individual, entretanto, não é proibida. Conforme Faria et al (2018, p.67) as contratações individuais são indicadas por decreto ministerial especial e: "[...] o empregador só poderá dispor da mão de obra do empregado por no máximo 400 dias em três anos".

Outrossim, o trabalhador intermitente italiano possui a garantia de um

subsídio que o remunera enquanto aguarda até responder à chamada do empregador. Garantia, esta, também concedida aos trabalhadores intermitentes, em

Portugal (AGUIAR; ARRRECHEA, 2019, p.251).

Nessa esteira, ainda, é necessário frisar que durante o período de inatividade, ainda que o empregado português trabalhe para outros empregadores, em outros serviços, ainda lhe é devida tal garantia, conforme dita o art. 160 do Código Civil Português (Lei nº 7/09), in verbis:

[...] Durante o período de inactividade, o trabalhador tem direito a compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou, na sua falta, de 20% da retribuição base, a pagar pelo empregador com periodicidade igual à retribuição.

Ainda, segundo FARIA et al (2018, p.67-68):

Em Portugal existem restrições que impedem que empresas que não exerçam atividades com descontinuidade possam se utilizar do contrato de trabalho inter-

mitente [...] o contrato deve contar um número anual mínimo de horas que o empregado deve ser acionado pela empresa.

Note-se que em todas as regulamentações do trabalho intermitente, acima mencionadas, há normas relacionadas à formalização da contratação (idade do trabalhador, forma por meio da qual se dá o contrato, quais empresas têm permissão à contratação em tal modalidade, etc.), bem como no que tange às garantias advindas da prestação de trabalho intermitente (subsídio, horas mínimas de contratação, etc.).

Contra sensu, apesar de as legislações estrangeiras congruírem em limites e permissões, todas divergem da regulamentação do trabalho intermitente presente, hoje, no Brasil, conforme se verificará mais à frente.

II.II O TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

A lei 13.467/2017 também denominada Reforma Trabalhista, trouxe no bojo do art. 443 da CLT, a previsão de uma nova modalidade de trabalho, denominada trabalho intermitente.

Desta forma, previu-se que o contrato individual de trabalho, que já podia ser acordado de forma tácita ou expressa, verbal ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, poderia se dar na modalidade de prestação de trabalho intermitente, conforme art. supramencionado – frise-se que tal forma de contratação passou a abranger qualquer atividade, exceto àquela desenvolvida por aeronautas (art. 443, parágrafo 3º da CLT).

O contrato de trabalho intermitente foi pautado em uma jornada móvel, mais flexível e variável, a priori, para regulamentar a prestação de serviço dos trabalhadores informais.

Apesar da flexibilização do contrato de trabalho intermitente possibilitar a execução de vários contratos na mesma modalidade, é cediço a latente insegurança jurídica do trabalhador, por ser a parte mais vulnerável da relação de emprego.

Isto porque, quando há desconhecimento do real nível remuneratório e do número de convocações (em razão do tempo de inatividade), indiretamente, há transferência ao empregado dos riscos da atividade desempenhada pelo empregador.

Na seara das novas modalidades de contrato de trabalho, o que se deve coibir é o desvirtuamento da legislação, sob pena de regresso social e laboral, perpetuando-se a insegurança do sustento do trabalhador intermitente.

II.II.I ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17

Apesar de não ser contemplado no arcabouço legislativo nacional, antes do advento da Lei nº 13.467/2017, a prestação de serviços ou o trabalho intermitente já existia de modo informal, no país.

A espécie de contrato de trabalho intermitente, portanto, fazia-se presente apenas no plano fático, enraizado na sociedade como consequência das reformulações informais das prestações de serviços.

Desta forma, a aplicabilidade da forma intermitente de trabalho residia, nos casos concretos, na adaptação dos preceitos básicos dispostos no art. 2º, 3º e na própria CLT em si.

II.II.I APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/17

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.467/17, o art. 443, parágrafo 3º da CLT, dispôs que o trabalho intermitente trata-se, em sua essência, de contrato de trabalho cuja prestação de serviços subordinados: "[...] não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses".

Sob esse mesmo prisma, o contrato de trabalho intermitente surge como forma de preenchimento da lacuna legislativa que justificaria a contratação de mão-de-obra extraordinária de forma sazonal (VEIGA, 2019, p.15). Segundo Sérgio Pinto Martins (2015, p.87-88):

[...] como em feriados prolongados, férias, fim de ano. Nestes períodos, a empresa hoteleira precisa de mais trabalhadores do que em outros, como garçons, cozinheiros, arrumadoras, faxineiras etc. Também pode ser usado no comércio na época de Natal, quando é necessário um número maior de trabalhadores.

Extrai-se do supra colacionado que, buscou, o legislador, positivar situação preexistente, regulamentando relação de trabalho, até então informal, e direcionando a definição do período de labor do empregado intermitente em dias, horas e períodos.

Em contrapartida, a flexibilização da prestação do serviço permitiu ao empregado o retorno financeiro apenas com relação às horas dispendidas em razão do labor.

III. DEFINIÇÃO E PREVISÃO LEGAL

Existente no Brasil há certo período de tempo, o trabalho intermitente não possuía previsão legal – e autorização legislativa para existir, por assim dizer – até o ano de 2017, quando, por meio da Lei nº 13.467/17, também denominada Reforma Trabalhista, tornou-se modalidade de trabalho descrita na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

III.I DEFINIÇÃO DE TRABALHO INTERMITENTE

A CLT define como trabalho intermitente o trabalho cujo contrato estabeleça a prestação de serviços com subordinação e alternância de períodos, entre horas, dias ou meses, de prestação de serviço e de inatividade.

Segundo Cordeiro et al (2018, p. 25), no trabalho intermitente: "[...] o empregado se compromete a prestar serviços a um empregador sem garantias de continuidade, de jornada pré-estabelecida ou de remuneração fixa".

Nesse diapasão, pode-se afirmar que o elemento chave à caracterização do trabalho intermitente é a palavra "insegurança". Isto porque, se o empregado tem absoluto conhecimento de quando será convocado, no mês, por exemplo, ou o empregador o convoca com determinada frequência e padrão, não se estará diante de um contrato de trabalho intermitente.

Assim, tratando-se de jornada pela qual o trabalhador percebe remuneração apenas em relação às horas trabalhadas, não havendo – diferentemente do Direito Italiano e Português – número de horas mínimas mensais ou valor mínimo mensal a ser recebido, segundo Faria et al (2018, p.65) permite-se: "[...] que ao fim do mês o empregado, apesar de ficar à disposição da empresa, receba um valor ínfimo correspondente as horas em que recebeu trabalho".

É possível dizer, portanto, que somente há remuneração do trabalhador se houver necessidade, por parte da empresa, de sua convocação e, tal fato se deve à forma como foi realizada a positivação desta modalidade de trabalho, conforme há de se observar a seguir.

III.II PREVISÃO LEGAL

A Reforma trabalhista adicionou a previsão do contrato intermitente na redação do caput do art. 443, CLT e incluiu, no mesmo dispositivo, o §3º, que traz sua definição, in litteris:

Art. 443. O contrato indivi-

dual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente

[...]

§3o Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (grifo nosso)

Outrossim, também diz respeito ao trabalho intermitente o art. 452-A, CLT, que trata da forma como se deve dar a contratação (e os requisitos do contrato), a remuneração, a convocação, o aceite, eventual multa em caso de aceite e não comparecimento ao trabalho e etc.

Destarte, o art. 611-A, caput e inciso VIII, da CLT indica que Convenções Coletivas de Trabalho ou Acordos Coletivos de Trabalho têm prevalência sobre a lei quando dispõem sobre trabalho intermitente.

Ademais, necessário salientar que o art. 452-G, a ser incluído na CLT por meio da Medida provisória (MP) nº 808/17 – não mais em vigência – indicava que, até 31 de dezembro de 2020, o empregado registrado por meio de contrato de trabalho por prazo indeterminado demitido não poderia prestar serviços para o

mesmo empregador por meio de contrato de trabalho intermitente pelo prazo de dezoito meses, contado da data da demissão do empregado.

Por fim, o art. 453 também previsto na referida MP e, portanto, não vigente, determinava que no tempo de serviço do empregado, quando readmitido seriam computados os períodos, ainda que não contínuos, em que este houvesse trabalhado anteriormente na empresa, salvo se houvesse sido despedido por falta grave ou tivesse recebido indenização legal.

Desta forma buscava-se, por meio da Medida Provisória em questão, coibir eventuais demissões e recontratações com finalidade de manipulação de direitos trabalhistas.

Com a não aprovação da MP 808/17, restaram os artigos, anteriormente apresentados, à configuração e caracterização do trabalho intermitente no Brasil, a serem estudados de forma mais pontual nos próximos tópicos.

IV. CARACTERÍSTICAS

Como ocorre com qualquer modalidade de trabalho de jornada diferenciada, à compreensão de seu funcionamento faz-se necessário o estudo de suas características.

No caso do trabalho intermitente, dever-se-á estudar, portanto, como se dá a forma de contratação, como se desenvolve o labor segundo pacto antes firmado e, em caso de extinção do contrato de trabalho, quais direitos e obrigações decorrem de tal ato.

IV.I DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Partindo-se de sua própria definição, constante do caput do art. 452-A, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/17), o contrato de trabalho intermitente possui diversos requisitos.

O primeiro requisito a ser cumprido é a obrigatoriedade de sua celebração na forma escrita, o que faz com que o art. 443 – que, muito embora abrigue o §3º, que trata do contrato de trabalho intermitente – não tenha seu caput como norma válida em se tratando do contrato de trabalho intermitente, vez que autoriza a celebração tácita do contrato de trabalho, o que, no caso em tela, não é possível.

No contrato celebrado, ainda, deve haver previsão expressa do valor da hora de trabalho que, por sua vez, não pode ser inferior ao devido aos funcionários (intermitentes ou não) que exerçam a mesma função ao empregador e, tampouco, caso não haja funcionários de mesma função, inferior ao salário mínimo.

Outrossim, no tópico a seguir, abordar-se-á de melhor maneira como se dá o percebimento do salário em contrapartida ao exercício do trabalho do empregado intermitente.

IV.II DO SALÁRIO E DEMAIS BENEFÍCIOS

A forma pela qual o trabalhador intermitente percebe sua remuneração e benefícios encontra-se, também, disposta no art. 452-A da CLT, agora, entretanto, em seus §§ 6º, 7º, 8º e 9º.

São verbas auferidas pelo trabalhador intermitente: remuneração (§6º, inciso I); férias proporcionais acrescidas do terço constitucional (§6º, inciso II); décimo terceiro salário proporcional (§6º, inciso III); repouso semanal remu-

nerado (§6º, inciso IV) e; adicionais legais (§6º, inciso V).

Deve-se frisar que as verbas acima elencadas deverão, por força do caput do

§6º do art. 452-A, CLT, pagas ao trabalhador intermitente em momento posterior e, de forma imediata, ao término do período da prestação de serviços.

Realizado o pagamento das verbas em questão, é dever da parte contratante, segundo o §7º do mesmo diploma legal, fornecer recibo de pagamento, cujo conteúdo deverá deixar claro quais as parcelas o trabalhador recebe, naquele ato, bem como quais são seus respectivos valores.

Ademais, segundo o §8º do art. 452-A, CLT, o empregador tem a obrigação legal de recolher a contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) do empregado, com base nos valores pagos no período mensal, fornecendo ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações.

Por fim, em relação às férias, estas tornam-se direito do empregado intermitente a cada doze meses trabalhados, a serem usufruídas nos doze meses subsequentes à aquisição do período, vide §9º do art. 452-A, CLT, período este em que não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.

Em interpretação literal pode-se afirmar, portanto, que se um empregado tem mais de um contrato de trabalho intermitente, com empresas diversas, enquanto goza de férias em relação a uma delas, nada o impede de atender às eventuais convocações da outra.

IV.III DA CONVOCAÇÃO, DA ACEITAÇÃO OU RECUSA E DA MULTA

A modalidade de contrato de trabalho intermitente permitiu a convocação por qualquer meio de comunicação eficaz para a prestação de serviços (art. 452-A, §1º da CLT), desde que realizada com antecedência mínima de 3 (três) dias, bem como devendo o empregado ser informado sobre a jornada a ser exercida.

Realizada a convocação, haverá presunção de sua recusa caso o empregado permaneça em silêncio, vez que, segundo o art. 452-A, §2º da CLT, a aceitação deve ser efetiva com 1 (um) dia útil de antecedência.

Deveras, necessário ponderar que o legislador afastou a caracterização da subordinação, da modalidade de trabalho intermitente, com a efetiva recusa por parte do empregado, conforme disposto no art. 452-A, §3º da CLT.

Por fim, um ponto que merece destaque é que na ausência de comparecimento ao local de trabalho, ou seja, na hipótese de descumprimento ao acordado, sem

justo motivo, após a efetiva aceitação, há previsão de pagamento de multa consubstanciada no montante de 50% (cinquenta por cento) da remuneração devida, nos moldes do art. 452-A, §4º da CLT, in liiteris:

[...] Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

De modo abrangente, face o lapso temporal entre o período de inatividade do empregado e os dias de labor requeridos pelo empregador, nota-se a possibilidade de desembolso de valor não auferido para ressarcir o empregador a título de multa.

IV.IV DO PERÍODO DE TRABALHO E DO TEMPO À DISPOSIÇÃO

Como corolário lógico, no contrato de trabalho intermitente a legislação não estipula um horário predefinido para o labor, uma vez que incumbe às partes suas especificações, a cada convocação, sendo observada, apenas, a necessidade de exploração da mão de obra pelo empregador.

Quanto ao período de ausência de efetivo labor prestado, também comumente chamado de período de inatividade, o art. 452-A, §5º da CLT afastou o tempo à disposição, uma vez que a própria essência da modalidade de contrato de trabalho intermitente permite a prestação de serviço a outro empregador.

Contra sensu, é preciso salientar que o art. 4º da CLT, fonte primária das exceções ao período remunerado de espera, não traz em seu §2º indicação nenhuma em relação ao tempo de inatividade do trabalhador intermitente, o que, sem dúvida, abre margem à discussão de pagamento do período.

4.5 DA EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO

A Medida Provisória 808/2017, sem eficácia atualmente, disciplinava em seu art. 452–D o que segue:

[...] decorrido o prazo de um ano sem qualquer convocação do empregado pelo empregador, contado a partir da data da celebração do contrato, da última convocação ou do último dia de prestação de serviços, o que for mais recente, será considerado rescindido de pleno direito o contrato de trabalho intermitente.

Com a perda da eficácia da MP 808/2017 que vigorou de 14/11/2017 a 22/04/2018, a te-

mática da extinção do contrato de trabalho pela inatividade de convocação retornou ao status quo ante da Medida Provisória, qual seja, o de lacuna da Lei nº 13.467/17.

Neste sentido, não está regulamentado na Consolidação das Leis do Trabalho nenhuma peculiaridade específica de extinção para a modalidade de trabalho intermitente, nem sobre verbas rescisórias a serem pagas no ato da rescisão, aplicando-se por analogia as modalidades de extinção do trabalho já existentes.

V. PROBLEMÁTICAS DECORRENTES DA REFORMA

Em um primeiro momento, destaca-se que, no contrato de trabalho intermitente, o empregador usufrui de uma mão de obra de baixo custo e alto benefício, por meio da qual o empregado assume indiretamente os riscos da atividade desempenhada pelo empregador.

Como consequência, os proventos oriundos do labor têm, por característica, a incerteza de percepção, vez que a convocação para a prestação do serviço tem natureza esporádica e seus rendimentossão auferidos de acordo com o cumprimento da convocação.

As questões que emergem da previsão da espécie de contrato de trabalho intermitente, por meio da Lei nº 13.467/2017, abrangem desde quesitos de manutenção/subsistência até os reflexos de proteção na previdência social do trabalhador, conforme há de se explanar a seguir.

V.I DA INSTABILIDADE DE MANUTENÇÃO DA VIDA E DA FAMÍLIA

Conforme já salientado, as peculiaridades do trabalho intermitente proporcionam uma precarização do labor frente às outras modalidades de contrato existentes, principalmente no que tange à percepção de salário mínimo mensal.

Nesse diapasão, o art. 7º, inciso VII, da Constituição Federal dispõe:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> [...]
>
> VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; (grifo nosso)

Outrossim, necessário salientar que determina-se, pelo Princípio da Isonomia, que trabalhadores que executam a mesma função, com trabalho de igual valor, têm direito a igual salário. Por trabalho de igual valor, segundo o art. 461, §1º, CLT, entende-se:

[...] o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço para o mesmo empregador não seja superior a quatro anos e a diferença de tempo na função não seja superior a dois anos.

Em contraposto a tudo o que pregam as normas constitucionais e principiológicas do ordenamento jurídico brasileiro, a previsão esculpida no art. 454- A da Lei nº 13.467/2017 traz a possibilidade de o trabalhador intermitente não auferir rendimentos durante um tempo considerável, caso não tenha outra alternativa de subsistência que se diferencie da sua força laboral.

Desta forma, torna-se possível que o intermitente perceba menos que o salário mínimo ao mês – já que fica à mercê de convocações, que dependem da necessidade do empregador – o que, em adição, o distancia do trabalhador de igual função, mas de forma de contratação diferenciada para com o empregador.

Assim, pode-se considerar que a própria identidade do trabalhador intermitente, como componente dos quadros da empresa, torna-se afetada, vez que

o vínculo com vários empregadores torna-se crucial à manutenção de sua vida e de sua família, o que torna visível a sensação de que o mesmo seja trabalhador de todos e responsabilidade de ninguém.

Por fim, a instabilidade, em si, remete a dois pontos, que merecem destaque, quais sejam: a) a depreciação da qualidade de vida do trabalhador intermitente, que aguarda convocações incertas e; b) a necessidade certa e permanente de sobrevivência. Tudo isto em um contrato de trabalho ativo em situação de "semiemprego".

V.II DO TRABALHO INTERMITENTE COMO FACILITADOR DO PREENCHIMENTO DE COTAS SOCIAIS

O Decreto Lei nº 3.298/99, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência elencando em seu bojo a reserva de percentual para preenchimento das vagas de trabalho para pessoas com deficiência.

Contra sensu, o que não é abordado no referido Decreto é como se dará a forma de contrata-

ção das pessoas com deficiência ao preenchimento do percentual de reserva de vagas de trabalho.

Por sua vez, a sistemática do trabalho intermitente, prevista na CLT, por meio da Lei nº 13.467/17, não trata acerca do preenchimento de cotas sociais por pessoas com deficiência em eventual contratação para jornada de trabalho intermitente.

Sob esse aspecto, uma vez que o trabalhador intermitente compõe os quadros da empresa para a qual aguarda convocação, podendo, ou não prestar-lhe serviços, a hipótese de exercício do labor intermitente é vista, no que tange às pessoas com deficiência, como um mecanismo incompatível com a finalidade das cotas sociais, visto que a falta de regulamentação específica deixa brechas na Lei.

Brechas estas que, em entendimento ampliado, autorizam às empresas a contratação de pessoas com deficiência à composição do percentual mínimo de seu quando funcional sem, entretanto, convoca-las à realização de serviços e/ou jornadas de trabalho intermitentes.

Portanto, a extensão dos efeitos do contrato intermitente no preenchimento de cotas, quando utilizado para vilipendiar o próprio intuito do percentual de vagas, evidenciaria o fenômeno absolutamente contrário à inclusão social, objeto da Lei nº

Lei 13.146/2015.

Sob outro ângulo, barrar a aplicabilidade das facetas do contrato de trabalho intermitente no preenchimento de cotas evidenciaria a discriminação. Deste modo, não se está a defender a não contratação intermitente de pessoa com deficiência, mas, sim, a combater sua contratação apenas como forma de ilusão ao cumprimento de norma legal – para tanto, seria necessário maior controle com relação à frequência de convocação dos funcionários em regime de trabalho intermitente.

V.III DA NÃO APROVAÇÃO DA MP Nº 808/2017 E OS REFLEXOS NA ÁREA PREVIDENCIÁRIA

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017, que alterou, em vários pontos, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), algumas lacunas foram sanadas pela Medida Provisória nº 808/2017, regulamentadora de questões importantes.

A perda da eficácia da MP Nº 808/2017 ensejou o restabelecimento da insegurança quanto aos direitos dos trabalhadores contratados sob o regime intermitente, pois, com o fim da MP também houve o fim da regulamentação de diversos direitos e garantias trabalhistas.

Com a entrada em vigor do art. 454-A, §8º da Lei nº 13.467/2017, previu-se, apenas, o abaixo colacionado:

[...] O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do tempo de serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. (grifo nosso)

Por sua vez, a Medida Provisória 808/2017, que perdeu eficácia, havia regulamentado as lacunas da Reforma Trabalhista no tocante ao auxílio-doença e o salário-maternidade, incluindo os parágrafos §13º e §14º no cerne do art. 454-A da CLT, conforme abaixo:

§13 Para os fins do disposto neste artigo, o auxílio-doença será devido ao segurado da Previdência Social a partir da data do início da incapacidade, vedada a aplicação do disposto §3º do art. 60 da Lei nº 8.213, de 1991.

§14 O salário maternidade será pago diretamente pela Previdência Social, nos termos do disposto no §3º do art. 72 da Lei nº 8.213, de 1991.

Outro ponto importante a ser abordado diz respeito ao art. 135 da Lei nº 8.213/91 traz a informação de que não é possível utilizar no cálculo de benefício salário inferior ao salário mínimo, ao passo que, por previsão da Reforma Trabalhista, para o empregado intermitente recolhe-se valor inferior.

Desta forma, torna-se mais do que obrigatória a prestação de serviços do trabalhador intermitente a mais de um, se não vários, empregadores, sem qualquer segurança de atingimento do patamar do salário mínimo (ainda assim), pois a remuneração, conforme já explicitado, depende de convocação incerta.

Nesse diapasão, ainda na MP 808/17, previu-se a possibilidade de complementação do salário de benefício pelo próprio trabalhador intermitente, quando não percebesse remuneração suficiente ao atingimento do patamar de salário mínimo (art. 911-A, §1º, CLT, vide MP 808/17).

Disposição que, apesar de se tratar de faculdade conferida aos empregados – e apresentar cenário melhor do que o da Lei º 13.467/17 pura e simples – seria, ainda, nitidamente prejudicial ao trabalhador/segurado que, por deveras vezes contribuiria sem perceber remuneração para tanto (BARBOSA, 2017, p.381).

Com a perda da vigência da MP 808/2017, os pontos omissos da Reforma Trabalhista, por conseguinte, não obtiveram positivação, o que torna incerto tanto o próprio tempo de contribuição do segurado, como benefícios tais quais o salário- família, o auxílio-acidente e todos os demais que dependem do cumprimento do período de carência e manutenção da qualidade de segurado.

Por fim, é mais do que possível afirmar que a flexibilização dos direitos dos empregados e diminuição dos deveres dos empregadores, no contrato de trabalho intermitente, apresenta um caráter múltiplo de precarização, afetando, além da renda e jornada, garantias e benefícios dos trabalhadores brasileiros.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de reformulação dos contratos de trabalho na era globalizada, sem dúvidas, foi a grande impulsionadora para regulamentação das novas faces pautadas na flexibilidade e na autonomia no desempenho das atribuições do empregado, como se denota no contrato de trabalho intermitente.

O trabalho intermitente revela-se como uma espécie de contrato reflexa aos anseios sociais modernos, antes materializados pela rigidez (horário, desenvolvimento de atribuições/tarefas, etc).

Ao passo da evolução social no seio do ambiente de trabalho, o tempo a disposição do empregador foi um dos elementos readaptados no que concerne às características da prestação de serviço intermitente, a exempli gratia, por oportunizar a ausência de exclusividade de empregador (art. 452-A, §5º, da CLT).

Ao mesmo tempo, a via reflexa da figura do trabalho intermitente, entretanto, não observou o valor do tempo para o trabalho, apenas transparecendo o estímulo à jornada de trabalho excessiva, ou seja, à sobrejornada.

Em relação ao Brasil, observou-se, em 2017, a utilização de três justificativas à positivação do trabalho intermitente, quais sejam: a) o funcionamento dos modelos estrangeiros de contrato trabalho nesta modalidade; b) a existência fática de jornadas intermitentes e; c) o aumento do número de empregos.

Nessa esteira, embora o anseio de positivação da realidade fática seja, de certa forma, nobre, dever-se-ia ter sido posto em pauta o fato de que os contratos de trabalho intermitentes estrangeiros possuem muito mais regulamentação e peculiaridades em relação ao modelo nacional.

Outrossim, não há que se falar em justificativa válida quando se atrela a positivação de modalidade de contrato de trabalho, pautado na incerteza de salário, escassez de garantias trabalhistas e promoção de disparidade entre empregados de igual função, como garantidor de efetiva diminuição dos índices de desemprego.

De forma ampla, o que se deve coibir no contrato de trabalho intermitente é o mau uso da legislação que, no contexto atual, ceifa as garantias adquiridas aos longos dos anos, por meio da renúncia indireta de direitos dos trabalhadores ocasionando a precarização da atividade laboral.

Deste modo, ao se alegar que a forma de trabalho mudou (e realmente mudou) como base à positivação da realidade, tal processo deve ser realizado por meio de maior regulamentação e atenção e sem priorizar o capital em detrimento da função social da empresa e dos direitos e garantias fundamentais do trabalhador, no caso, intermitente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Júlia Machado; ARRECHEA, Roberta. O tempo de disponibilidade permanente e o contrato de trabalho intermitente: uma análise comparada à luz do Direito Português. Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, 2019. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/ojs248/index.php/redunb/article/view/31511/21783>. Acesso em: 09 jul. 2019.

ANDRADE, Renata Teixeira de; GOÉS, Yasmin de Brito; GOMES, Gabriela de Almeida; QUINT, Pryscilla Beust; RABELO, Juliana Gomes. O direito às Férias à Luz da Reforma Trabalhista. In: DELGADO, Gabriela Neves (Org). A reforma

trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018. p. 92-99.

ANDRADE, Tatiana Guimarães Ferraz. As novas faces da subordinação e os impactos para o Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2014. p. 112-116.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9434.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 3. 298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1 mai. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/del5452compilado.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL, Lei nº. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 15 jul. 2019.

BRASIL. 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 nº 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. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015- 2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 nov. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015- 2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

CARVALHO, Sandro Sacchet de. Uma Visão Geral sobre a Reforma Trabalhista. In: CORSEUIL, Carlos Henrique Leite (Org). Mercado de trabalho: conjuntura e análise. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Ministério do Trabalho, 2017. p.81-94.

CORDEIRO, Marina González Barros; Damasceno, Vitória Costa; Kifer, Luíza Santos. Trabalho Intermitente: uma análise pós reforma trabalhista com enfoque na

situação dos médicos. In: DELGADO, Gabriela Neves (Org). A reforma trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018. p. 25-31.

COSTA, Fernanda; LIMA, Rafael Santiago; RIBEIRO, Roberto da Silva; SILVA, Assis de Souza. O Trabalho Intermitente e suas Deficiências. In: DELGADO, Gabriela Neves (Org). A reforma trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018. p. 72-82.

FARIA, Marcus Vinícius Pinheiro de; MOTA NETO, Rubens Cantanhede; SANTOS, Caio Victor Paixão dos. As Controvérsias do Trabalho Intermitente. In: DELGADO, Gabriela Neves (Org). A reforma trabalhista no Brasil: reflexões de estudantes da graduação do curso de Direito da Universidade de Brasília. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2018. p. 65-71.

FERREIRA, Vinícius Sousa. As possibilidades de trabalho intermitente após a reforma trabalhista. Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível em
<https://www.conjur.com.br/2019-mar-02/vinicius-ferreira-trabalho-intermitente- reforma-trabalhista>. Acesso em: 14 jul. 2019

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma trabalhista. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p.373-374.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.210-220.

JOÃO, Paulo Sérgio. Trabalho intermitente: novo conceito de vínculo de emprego.
Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em:
<https://www.conjur.com.br/2017-set-22/reflexoes-trabalhistas-trabalhointermitente- conceito-vinculo-emprego2>. Acesso em: 11 jul. 2017.

MARTINS, Sérgio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. São Paulo: Atlas, 2015. p.87-88.

MELEK, Marlos Augusto. Trabalho intermitente. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v.8, n.74, p.74-77, dez. 2018/jan. 2019.

TRABALHO intermitente depois do fim da vigência da medida provisória 808/2017, 2019. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Contrato- intermitente-fim-vigencia-mp-808-2017.htm>. Acesso em 15 jul. 2019.

TRABALHO no mundo: conheça o contrato zero hora da Inglaterra, 2016. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias-teste/-/asset_publisher/89Dk/content/trabalho-no- mundo-conheca-o-contrato-zero--hora-da-inglaterra>. Acesso em: 9 jul. 2019.

VEIGA, Aloysio Corrêa da. Reforma trabalhista e trabalho intermitente. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 8, n.

74, p.15-26, dez. 2018/jan. 2019.

VIEIRA, Renan Leite. Os desafios do trabalho intermitente à luz da reforma trabalhista. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 23, n. 5617, 17 nov. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70232>. Acesso em: 15 jul. 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

CONSEQUÊNCIAS DA INADIMPLÊNCIA CONDOMINIAL AO CONDÔMINO E OS REFLEXOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NAS COBRANÇAS

LEANDRO GALVÃO

SUMÁRIO

RESUMO---------- 157

I. INTRODUÇÃO ---------- 158

II. DOS DEVERES DO CONDÔMINO ---------- 158

III. CONSEQUÊNCIAS DA INADIMPLÊNCIA NO CONDOMÍNIO ---------- 159

IV. INADIMPLÊNCIA DA COTA CONDOMINIAL – DÍVIDA "PROPTER REM"---------- 160

V. PROCEDIMENTOS DE COBRANÇA CONFORME CÓDIGO DE PROCESSO CÍVIL DE 2015---------- 161

VI. POSSIBILIDADE DA PENHORA DO IMÓVEL --------- 164

VII. POSSIBILIDADE DO PROTESTO DA DÍVIDA -------- 165

VIII. O CRÉDITO, DOCUMENTALMENTE COMPROVADO, DECORRENTE DE ALUGUEL DE IMÓVEL, BEM COMO DE ENCARGOS ACESSÓRIOS, TAIS COMO TAXAS E DESPESAS DE CONDOMÍNIO ---------- 166

CONCLUSÃO ---------- 168

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 169

PALAVRAS-CHAVE: direito condominial, inadimplência, condômino inadimplente, protesto, penhora.

RESUMO

O tema abordado visa trazer uma questão corriqueira em todo condomínio: a tão assustadora inadimplência e as possíveis consequências que poderão advir com o atraso por um longo período, tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, almejando abordar ainda como o condômino inadimplente poderá solucionar suas pendências. Primeiramente, o artigo abordará os deveres do condômino; em sequência, a questão da inadimplência, analisando os dispositivos de lei que tratam sobre as consequências ocorridas com o atraso, sendo as mais severas o protesto da dívida, e a penhora do imóvel, justamente pela dívida ser da coisa e não do proprietário ou possuidor; por fim, serão abordadas as formas pelas quais o condômino inadimplente poderá resolver as suas pendências.

ABSTRACT

The issue addressed aims to bring a common question in every condominium: the frightening delinquency and the possible consequences that can result from the delay for a long period, both in the administrative sphere and in the judicial sphere, aiming to address still how the defaulting condominium can solve its pending. First, the article will address the duties of the condominium; in sequence, the question of default, analyzing the provisions of law that deal with the consequences of the delay, the most severe being the protest of debt, and the attachment of the property, precisely because the debt is of the thing and not the owner or possessor; finally, it will be approached the ways in which the defaulting condominium can resolve its pending issues.

Key words: condominial right, delinquency, delinquent condominium, protest, attachment.

I. INTRODUÇÃO

A inadimplência condominial traz sérios problemas para o condômino inadimplente, importante salientar que o condômino não deseja que isto ocorra, mas por diversos fatores do cotidiano alguns acabam não se importando com essa dívida e realizando o pagamento de outras acreditando que no futuro poderá ser resolvido com mais facilidade, o que de fato não vem ocorrendo.

Sabemos que, após devidamente constatada a inadimplência ocorrem diversos fatores tanto na parte administrativa ou podendo ser chamada de formal envolvendo questões dentro do condomínio, impossibilitando o condômino inadimplente de realizar alguns atos e também na esfera judicial, sendo esta a mais complicada. Para chegar ao ponto de uma demanda judicial, o condomínio, juntamente com o síndico e seu departamento jurídico, ou através de administradoras, já tentaram de toda forma possível um acordo, o que muitas vezes restou infrutífera a tentativa de conciliação por diversos fatores.

Na parte administrativa uma das sanções previstas no ordenamento jurídico para o condômino inadimplente é não poder votar e participar de assembléias, o que é extremamente importante, pois snas assembléias é definido o futuro do condomínio em um todo. Além de outras questões que serão abordadas no artigo.

Já na esfera judicial, o novo Código de Processo Civil de 2015, Lei nº 13.105/15 trouxe mais celeridade no que tange às cobranças, sendo agora passível de execução de título extrajudicial.

É de extrema importância também em mencionar que a dívida existente pertence à coisa, ou seja, ao bem em questão. E no caso de dívidas condominiais o imóvel poderá ser penhorado, mesmo sendo considerado bem de família conforme o artigo 3º da Lei 8.009/09.

Diante de todo o contexto e complexidade do tema abordado, o presente artigo foi elaborado passo a passo desde a ocorrência da inadimplência, passando pelas conseqüências administrativas e jurídicas e soluções que poderão ser implantadas para uma solução amigável.

II. DOS DEVERES DO CONDÔMINO

É importante destacar que além dos direitos que todo condômino possui, existem também os deveres que deverão ser cumpridos.

Conforme art. 1.336 Código Civil estabelece o dever de contribuir na proporção da fração

ideal, e ainda mais, caso não cumpra estará sujeito a sanções como multa de até 2% sobre o débito.

Art. 1.336. São deveres do condômino:

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)

...

§ 1o O condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito.

§ 2o O condômino, que não cumprir qualquer dos deveres estabelecidos nos incisos II a IV, pagará a multa prevista no ato constitutivo ou na convenção, não podendo ela ser superior a cinco vezes o valor de suas contribuições mensais, independentemente das perdas e danos que se apurarem; não havendo disposição expressa, caberá à assembléia geral, por dois terços no mínimo dos condôminos restantes, deliberar sobre a cobrança da multa.

Portanto, não se trata somente de uma taxa qualquer, esta devidamente prevista em nosso ordenamento jurídico como dever do condômino.

III. CONSEQUÊNCIAS DA INADIMPLÊNCIA NO CONDOMÍNIO

Sabemos que a dívida existente poderá sofrer ações judiciais e conseqüências gravíssimas como veremos nos próximos tópicos, mas o condômino inadimplente também sofrerá sanções que podemos dizer sendo administrativas, sanções previstas em nosso ordenamento jurídico.

Conforme já mencionado o condômino inadimplente sofrerá algumas sanções no próprio condomínio.

O artigo 1.335 do Código Civil possui a seguinte redação:

Art. 1.335. São direitos do condômino:

I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;

II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;

III - votar nas deliberações da assembléia e delas participar, estando quite. (grifo nosso).

No inciso III do referido artigo esta claro que a participação e votação do condômino em assembléias só poderão ocorrer estando devidamente quites com o condomínio.

Diante dessa narrativa, é evidente que o condômino inadimplente será restringindo desse direito, o que é um dos principais

direitos previstos, nas assembléias que são deliberados assuntos importantíssimos para o futuro do condomínio.

Não estando quite com suas obrigações o condômino não poderá votar e nem participar das assembléias o que causará um prejuízo para ele e demais condôminos, a presença de todos os condôminos é fundamental para que ocorra uma assembléia satisfatória.

IV. INADIMPLÊNCIA DA COTA CONDOMINIAL – DÍVIDA "PROPTER REM"

A dívida da cota condominial é uma obrigação "propter rem", ou seja, é uma obrigação direcionada direto na coisa, é própria dela não se trata de dívida do proprietário ou possuidor e sim do bem.

Essa obrigação surge pela aquisição de um direito real de propriedade, com isso o proprietário terá algumas obrigações para serem cumpridas, no caso especifico o pagamento das cotas condominiais.

Ocorre que, essa obrigação mesmo que a propriedade seja transferida para outra pessoa, a dívida ainda existirá. Podemos analisar o artigo 1.345 do Código Civil, que deixa evidente a obrigação "propter rem" ou própria da coisa.

Art. 1.345. O adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios.

Em sua obra Obrigações, o renomado jurista Orlando Gomes traz o seguinte entendimento;

"Caracterizam-se pela origem e transmissibilidade automática. Considerados em sua origem verifica-se que provém da existência de um direito real, impondo-se ao seu titular. Esse cordão umbilical jamais se rompe. Se o direito que se origina é transmitido, a obrigação segue, seja qual for o titular translativo." GOMES, Orlando, Obrigações. 17a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 29.

Vejamos também o entendimento do brilhante doutrinador Flávio Tartuce em sua obra de Direito Civil, Direito das Coisas edição 2017;

"Não se olvide que a obrigação de pagar as despesas condominiais – em qualquer hipótese de condomínio – constitui uma obrigação propter rem ou própria da coisa, que acompanha o bem onde quer que ele esteja (obrigação ambulatória). Essa obrigação gera consequências específicas, algumas de maior gravidade, como a possibilidade de penhora do bem de família, tema que será ainda aprofundado." (TARTUCE, Flávio, Direito Civil, Direito das Coisas Vol. 4, Editora Forense, p. 184).

Portanto, ao adquirir uma propriedade é de extrema importância que o adquirente se respalde de todos os meios necessários para sua aquisição, certificando que a propriedade não possua dívidas para que futuramente não ocorram problemas, sendo o imóvel passível de penhora.

V. PROCEDIMENTOS DE COBRANÇA CONFORME CÓDIGO DE PROCESSO CÍVIL DE 2015

Anteriormente o Código de Processo Civil de 1973 previa que ao ingressar com a demanda judicial o autor da ação teria que propor ação de conhecimento pelo rito sumário.

Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

II - nas causas, qualquer que seja o valor

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

Com isso, o devedor da ação era citado para audiência de conciliação, não havendo acordo o devedor teria o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar sua defesa. Após esse prazo o processo teria seu andamento normal até seu julgamento. Julgado o processo sendo procedente para o autor, este ainda teria que esperar se o devedor iria recorrer da sentença, sendo que somente após o transito em julgado poderia executar a sentença.

Atualmente em nosso ordenamento jurídico o novo Código de Processo Civil de 2015 elencou novos títulos extrajudiciais, dentre eles estão as contribuições condominiais;

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

Após essa alteração a demanda judicial não passa mais pela fase de conhecimento, já se inicia diretamente a fase de execução, o devedor não será mais citado para comparecer em audiência e após apresentar defesa, será citado para pagar a dívida existente no prazo de 03 (três) dias.

De fato que o devedor ainda sim poderá se defender o que lhe é direito, mas não será uma simples defesa como anteriormente prevista no antigo Código de Processo Civil 1973, deverá apresentar embargos à execução e umas das hipóteses de defesa deveram estar presentes no rol do artigo 917 do Código de Processo Civil de 2015.

Art. 917. Nos embargos à

execução, o executado poderá alegar:

I - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
II - penhora incorreta ou avaliação errônea;

III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;

IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;

V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;

VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

§ 1º A incorreção da penhora ou da avaliação poderá ser impugnada por simples petição, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da ciência do ato.

§ 2º Há excesso de execução quando:

I - o exequente pleiteia quantia superior à do título;

II - ela recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

III - ela se processa de modo diferente do que foi determinado no título;

IV - o exequente, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da prestação do executado;

V - o exequente não prova que a condição se realizou.

§ 3º Quando alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à do título, o embargante declarará na petição inicial o valor que entende correto, apresentando demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo.

§ 4º Não apontado o valor correto ou não apresentado o demonstrativo, os embargos à execução:

I - serão liminarmente rejeitados, sem resolução de mérito, se o excesso de execução for o seu único fundamento;

II - serão processados, se houver outro fundamento, mas o juiz não examinará a alegação de excesso de execução.

§ 5º Nos embargos de retenção por benfeitorias, o exequente poderá requerer a compensação de seu valor com o dos frutos ou dos danos considerados devidos pelo executado, cumprindo ao juiz, para a apuração dos respectivos valores, nomear perito, observando-se, então, o art. 464.

§ 6º O exequente poderá a qualquer tempo ser imitido na posse da coisa, prestando caução ou depositando o valor devido pelas benfeitorias ou resultante da compensação.

§ 7º A arguição de impedimento e suspeição observará o disposto nos arts. 146 e 148.

Outro fato de extrema importância é que o devedor deverá ficar atendo ao apresentar os embargos à execução para que o juiz não entenda que são protelatórios, ou seja, apenas para ganhar tempo na ação, ou até mesmo atrapalhar o andamento processual.

Estão devidamente previsto no Código de Processo Civil de 2015 as possíveis rejeições limi-

narmente dos embargos em seu art. 918;

Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando intempestivos;

II - nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido;

III - manifestamente protelatórios.

Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios. (grifo nosso).

Os embargos sendo considerados protelatórios causam indignação a todos, principalmente porque fere um dos princípios basilares em nosso ordenamento jurídico que é o da BOA-FÉ.

Ao se defender em uma demanda, o devedor, por mais que esteja em uma situação de desvantagem, não deverá em nenhuma hipótese se valer do recurso apenas para ganhar tempo e atrapalhar o processo.

Considerando os embargos protelatórios além da dívida já existente poderá o devedor ter que arcar com multa, deste modo não será compensatório para o devedor que já possui uma dívida ter que arcar com outra, além do fato de ser uma afronta a todos os envolvidos no processo.

Nos embargos à execução não haverá o efeito suspensivo da ação, ela terá seu andamento normalmente conforme artigo 919 do Código de Processo Civil de 2015, somente terá efeitos suspensivos em alguns casos também previstos no artigo anteriormente citado.

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2º Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens.

Não havendo pagamento da dívida integralmente e nem acordo o devedor sofrerá sanções tais como bloqueio de contas, penhora de bens e até mesmo penhora do seu imóvel como veremos a seguir.

VI. POSSIBILIDADE DA PENHORA DO IMÓVEL

Conforme sabemos, prevalece em nosso ordenamento jurídico Lei 8.009/90 a impenhorabilidade do imóvel considerado bem de família.

Em seu art. 1º segue os seguintes dizeres:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

É pacifico nos tribunais o entendimento do art1º da lei 8.009/09, porém ao analisar um recurso a 4ª Turma do STJ entendeu que é pacifico a penhorabilidade do imóvel para pagar as dívidas oriundas de cobrança condominial.

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO POR DANOS A TERCEIRO. OBRIGAÇÃO DO CONDÔMINO PELAS DESPESAS CONDOMINIAIS, NA MEDIDA DE SUA COTA-PARTE. FATO ANTERIOR À CONSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE. DÍVIDA PROPTER REM. PENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. LEI N. 8.009/1990, ART. 3º, IV.

1. Constitui obrigação de todo condômino concorrer para as despesas condominiais, na proporção de sua cota-parte, dada a natureza de comunidade singular do condomínio, centro de interesses comuns, que se sobrepõe ao interesse individual.

2. As despesas condominiais, inclusive as decorrentes de decisões judiciais, são obrigações propter rem e, por isso, será responsável pelo seu pagamento, na proporção de sua fração ideal, aquele que detém a qualidade de proprietário da unidade imobiliária ou seja titular de u dos aspectos da propriedade (posse, gozo, fruição), desde que tenha estabelecido relação jurídica direta com o condomínio, ainda que a dívida seja anterior à aquisição do imóvel.

3. Portanto, uma vez ajuizada a execução em face do condomínio, se inexistente patrimônio próprio para satisfação do crédito, podem os condôminos ser chamados a responder pela dívida, na proporção de sua fração ideal.

4. O bem residencial da família é penhorável para atender às despesas comuns de condomínio, que gozam de prevalência sobre interesses individuais de um condômino, nos termos da ressalva inserta na Lei n. 8.009/1990 (art.

3º, IV).

VII. Recurso especial não provido.

Para embasar esse entendimento o brilhante ministro relator Luis Felipe Salomão trouxe as seguintes palavras em seu voto:

"Na jurisprudência desta Corte Superior, no mesmo sentido, deve, ainda, ser mencionado julgado paradigmático proferido por esta colenda Turma. Refiro-me ao REsp n. 1.654/RJ, cuja fundamentação serviu a inúmeros outros que trataram da mesma controvérsia. De fato, naquele julgado, a Quarta Turma, não bastasse o reconhecimento do redirecionamento da execução, assentou que, em face da obrigação propter rem, a unidade condominial poderia ser penhorada para satisfazer a execução movida contra o condomínio."

O art. 3º da Lei 8.009/90 deixa claro que existe limites a regra contida no art. 1º da mesma lei, senão vejamos:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

É evidente que as dívidas oriundas são em função do imóvel existente, sendo passível de penhora.

Nessa mesma linha de raciocínio o ministro diz o seguinte em seu voto:

"Na linha dessas ideias, reconhecida a responsabilidade da recorrente pelo pagamento da dívida em execução, limitada à sua cota-parte, assim como a possibilidade de redirecionamento na fase de execução, inclusive com possibilidade de penhora da unidade autônoma, resta verificar se, em se tratando de bem de família, a possibilidade da penhora subsiste, tendo em vista a existência de exceções à impenhorabilidade daquele bem especial, tal como a prevista no inciso IV do art. 3º da Lei n. 8.009/1990."

Portanto o condômino inadimplente deverá procurar formas para que fiquem com seus pagamento em dia para que não sejam surpreendidos com a penhora do seu imóvel.

E conforme decisões trazidas e a lei 8.009/90 em seu art. 3º inciso IV é pacifico o entendimento que é possível a penhora do imóvel em razão de dívidas existentes de taxas ou contribuições condominiais.

VII. POSSIBILIDADE DO PROTESTO DA DÍVIDA

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 surgiu à possibilidade da dívida referente a contribuições condominiais serem levadas a protesto.

Ao estabelecer que a taxa condominial é titulo executivo extrajudicial, a lei possibilitou o protesto da dívida após seu vencimento.

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

VIII. O CRÉDITO, DOCUMENTALMENTE COMPROVADO, DECORRENTE DE ALUGUEL DE IMÓVEL, BEM COMO DE ENCARGOS ACESSÓRIOS, TAIS COMO TAXAS E DESPESAS DE CONDOMÍNIO

X- o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

Em São Paulo esta possibilidade já estava prevista desde 2008, Lei 13.160/08:

I - o item 7:"7 - Havendo interesse da administração pública federal, estadual ou municipal, os tabelionatos de protesto de títulos e de outros documentos de dívida ficam obrigados a recepcionar para protesto comum ou falimentar, as certidões de dívida ativa, devidamente inscrita, independentemente de prévio depósito dos emolumentos, custas, contribuições e de qualquer outra despesa, cujos valores serão pagos na forma prevista no item 6, bem como o crédito decorrente de aluguel e de seus encargos, desde que provado por contrato escrito, e

ainda o crédito do condomínio, decorrente das quotas de rateio de despesas e da aplicação

de multas, na forma da lei ou convenção de condomínio, devidas pelo condômino ou possuidor da unidade. O protesto poderá ser tirado, além do devedor principal, contra qualquer dos co-devedores, constantes do documento, inclusive fiadores, desde que solicitado pelo apresentante."

Em outros Estados da Federação também foram aos poucos instituindo o protesto como uma forma do condômino inadimplente buscar a solução para o pagamento da dívida.

Mas o que seria o protesto?

Conforme o art. 1º da Lei 9.492/97, "Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida"

O protesto tem duas funções, prova publicamente que aquele devedor tem uma dívida e que o credor tem o direito de resguardar o seu crédito para cobrança.

Para os condomínios, o protesto está sendo uma forma eficaz de solucionar os problemas da inadimplência antes de ingressar com uma demanda judicial, sendo esta custosa para o condomínio.

Com o protesto o condô-

mino inadimplente tende a tentar uma solução amigável tendo em vista que o protesto gera encargos e se houver uma ação judicial terá ainda mais custos, podendo sua dívida ir a valores altíssimos e como já explicados em tópico anterior o imóvel pode ser passível de penhora.

O protesto da dívida condominial não há necessidade de ser levado à assembléia e posterior votação, por se tratar de lei federal o condomínio, pode a qualquer momento levar o título vencido a protesto.

Mas, ao levar a protesto o titulo, o condomínio tem que ficar sempre atento, levantar a matricula do imóvel e levar a protesto o proprietário e não o inquilino.

CONCLUSÃO

Como vimos no presente artigo, a inadimplência é um fato corriqueiro nos condomínios, porém não podemos deixar de observar que todos os envolvidos devem se atentar que existem normas a serem cumpridas sendo que, os condôminos possuem seus direitos, mas também devem observar seus deveres.

É fato que nenhum condômino quer ter dívidas, mas caso possua deve-se buscar os meios necessários para uma solução amigável, a medida judicial é muito prejudicial tanto para o condômino quanto para o condomínio, possuem custos que podem ser evitados.

E também, é necessário relembrar que a inadimplência gera consequências desagradáveis como protesto e até a penhora do imóvel.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GOMES, Orlando, Obrigações. 17a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 29 TARTUCE, Flávio, Direito Civil, Direito das Coisas Vol. 4, Editora Forense, p. 184 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm acessado em 08/11/2018 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm acessado em 08/11/2018 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm acessado em 08/11/2018 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm acessado em 01/12/2018 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9492.htm acessado em 01/12/2018

https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesqui saGenerica&num_registro=201401856365 acessado em 01/12/2018

https://dudupaixao.jusbrasil.com.br/artigos/315007303/as-taxas-condominiais-e-o-novo-codigo-de- processo-civil acessado em 07/11/2018

https://www.conjur.com.br/2015-abr-10/thiago-nicolay-cpc-altera--cobranca-cotas-condominiais acessado em 06/11/2018.

https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7706/Sobre-a-obrigacao-propter-rem acessado em 06/11/2018

https://www.conjur.com.br/2014-jun-14/stj-define-quando-embargos-declaracao-sao-protelatorios acessado em 09/11/2018

https://www.sindiconet.com.br/informese/penalidades-legais-ao-inadimplente-do-condominio- administracao-inadimplencia-em-condominios acessado em 10/11/2018

https://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/informacoes/perguntas-mais--frequentes/extrajudicial/protesto- de-titulos acessado em 01/12/2018

https://www.sindiconet.com.br/informese/protesto-de-inadimplentes-sp-lei-13160-legislacao-protesto- de-inadimplentes-lei-n-13160-sp acessado em 02/12/2018

DESPOLARIZAÇÃO DO PROCESSO: MIGRAÇÃO ENTRE OS POLOS DA DEMANDA.

JÚLIA LUIZA BRANDÃO
Advogada. Graduada pela Instituição Toledo de Ensino- Bauru-SP. Especializada em Direitos Fundamentais pela Universidade Católica de Porto- Portugal. Pós-Graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru-SP.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 171

II. LEGITIMIDADE AD CAUSUM E AD ACTUM---------- 171

III. INTERESSE DE AGIR ---------- 172
III.I INTERESSES DINÂMICOS---------- 173

IV. DESPOLARIZAÇÃO DA DEMANDA ---------- 174

V. INTERVENÇÃO MÓVEL NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO ---------- 175

CONCLUSÃO ---------- 175

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 177

PALAVRAS-CHAVE: Despolarização do processo. Processo Civil. Litisconsórcio ativo necessário. Legitimidade. Interesse de agir. Dinamismo processual.

I. INTRODUÇÃO

Imagine a situação: cônjuge A, quando casado com o cônjuge B, celebrou contrato de compromisso de compra e venda. Após divórcio, o ex cônjuge A ingressou com Ação de Rescisão Contratual, contudo, sem a inclusão do ex cônjuge B no polo ativo que figura no contrato como compromissário comprador AI 2101559-05.2019.8.26.0000. Como que o compromissário comprador A terá seu direito apreciado?

O exemplo a cima apresentado é comum no dia-a-dia forense, sendo que, uma das partes se vê impossibilitada de ter seu direito apreciado por uma necessidade de incluir terceiros que não possuem a livre e espontânea vontade de ingressar no mesmo.

O cerne do presente trabalho é resolver o problema exposto com a possibilidade de atuação dos sujeitos processuais independentemente do polo da demanda em que originariamente posicionados, ou seja, verificar se é dado aos atores do processo migrar de um polo para outro ou atuar, em conjunto ou solitariamente, em posições jurídicas típicas do outro polo.

Sabe-se que tal possibilidade não é alienígena para nosso ordenamento, que positivou a possibilidade de migração entre os polos que, após citado passa a fazer parte do polo ativo, nas hipóteses de ação coletiva (4.717/65) e de improbidade administrativa (8.429/92).

De longe, ainda atualmente, verificamos uma visão estática do processo civil, advinda do CPC/73, onde cada polo tem suas ação específicas, sendo que sempre existirá um autor (credor) e um réu (devedor).

Entretendo, com as alterações em 2015, onde se positivou o princípio da cooperação processual, estamos desestagnando as raízes retrógadas e nos adaptando aos novos conceitos de processo.

Abrindo espaço para que seja sobreposto à existência do litisconsórcio ativo necessário o princípio constitucional do agir que se norteia pela liberdade de demandar (REsp. 813599).

II. LEGITIMIDADE AD CAUSUM E AD ACTUM

A legitimidade, pertencente às condições da ação, como o direito e, principalmente o processo civil, veio sofrendo diversas mutações, acompanhando o que chamamos de modernidade liquida (BAUMAN, 2001), que traduz os sábios ensinamentos de Heráclito, que tudo o que existe está em permanente mudança.

A razão moderna para que continuemos a trabalhar com as chamadas “condições da ação” vem

sendo relacionadas às questões de economia processual e das velhas disposições enraizadas do Código de Processo Civil de 73.

Neste contexto, parte-se da ideia que a norma jurídica é atributiva, conferindo a um determinado sujeito da relação processual uma situação de vantagem, permitindo que aja em nome próprio para atingir o seu direito, assim, a legitimidade é a condição da ação que reflete o filtro subjetivo para a atuação judicial (CABRAL, 2009).

Com efeito, existe um padrão abstrato subjetivo que impõe, a cada polo no processo, atos imutáveis correspondentes ao autor e ao réu (BARBOSA, 1969).

Nesta ultrapassada acepção civilista, as partes eram identificadas como os titulares da relação jurídica material alegada no processo, ou seja, o credor era autor e o devedor era o réu. Entretanto, perquirir quem caberia agir em relação a um determinado direito era buscar saber quem era o titular do próprio direito (WATANABE, 1984).

Hoje, sabemos que nem sempre o autor será necessariamente o credor e vice e versa. O direito moderno apresenta situações que não podem ser transportadas para o modelo engessado de legitimidade.

Como concerne ao exercício do poder jurídico, o ordenamento remete a legitimidade de acordo com a situação concreta em que ela será exercida. A legitimidade passou a ser um atributo transitivo (PINTO, 1991), verificada em relação a uma determinada situação de fato, não é mais um juízo subjetivo da demanda (legitimatio ad causam), mas sim inerente a um ato processual (legitimatio ad actum) (DINAMARCO, 2002).

Em razão do dinamismo processual, é só na verificação casuística que a legitimidade encontra sua completa finalidade.

III. INTERESSE DE AGIR

O interesse de agir, ao longo dos tempos, desde o brocardo francês "l'interet est la mesure des actions" (o interesse é a medida das ações), vem tomando uma forma liquida e, assim sendo, se adequando às novas formações processuais.

O cerne de seu surgimento, a princípio, foi para que se evitasse que o judiciário fosse usado como uma mero consultor das partes privadas (CABRAL, 2009). No último meio século, houve uma acepção bifronte acerca de tal instituto, o interesse-necessidade e o interesse-utilidade.

A primeira acepção era — digo no passado pois diante dos novos ressignificados trazidos pelo Código de Processo Civil tal interpretação se encontra defasada —, uma visão de extrema ratio para

o autor, a demanda somente era admitida se não houvesse outros meios para satisfazer o direito do autor.

Por sua vez, a segunda acepção trata de um elo entre a utilidade e a adequação, que residem entre o provimento requerido e a situação de fato alegada.

Atualmente o interesse de agir e a legitimidade passaram a ser analisados como pressupostos processuais, ou seja, ao receber a inicial, caberá ao juiz sua análise sob pena de indeferimento, artigo 330 do CPC, e caso verificada sua ausência após a fase postulatória, haverá a extinção da ação sem resolução de mérito, artigo 485, VI CPC.

III.I INTERESSES DINÂMICOS

Com a positivação no Código de Processo Civil dos princípios da boa-fé processual artigo 5° CPC e da cooperação entre os sujeitos processuais artigo 6° CPC, o processo não é mais teorizado em torno do conflito da lide, mas sim da agregação e conjugação dos interesses privados e públicos (BUENO, 2012). Passou a ser difundido, indo mais além podemos dizer que estamos passando por uma mudança cultural processual, e aplicado, soluções processuais cooperativas, como a arbitragem, conciliação e mediação.

Importante também observar que, semelhante ao contract de procédure francês, o Código de Processo Civil positivou o negócio jurídico processual, artigo 190, o qual prevê que as partes, podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Nestes casos, e em muitos outros já positivados no nosso ordenamento, verificamos a existência de situações que, ainda que se tenha interesses contrapostos, a atuação conjunta se torna uma estratégia mais vantajosa aos sujeitos processuais.

Agora, imaginemos a seguinte situação: o condômino A pretende ajuizar uma ação cuja a lide se trate do condomínio (este que é moradia de 10 pessoas) e, pela lei, há a necessidade de todos estarem no polo ativo da demanda, litisconsórcio necessário, entretanto, o condômino B se encontra no exterior e/ou se recusa em ingressar no polo ativo. Como o condômino A terá ser direito contemplado?

O exercício de ação somente pode ser realizado espontaneamente, entretanto, em situações que a ausência de um litisconsorte necessário no polo ativo pode nulificar o processo, tem-se aventado a sua citação no polo passivo da

demanda.

Após sua citação, o mesmo passará a integrar a relação jurídica processual, havendo dois caminhos a serem seguidos, ou coaduna seus interesses com o autor da ação figurando no polo passivo apenas formalmente, ou apresenta sua contestação.

Salienta-se que, o objetivo neste caso não é que o réu conteste a ação, se bem que é sua faculdade fazê-lo, porém, somente integrar (à força) na relação jurídica processual evitado a invalidação ou ineficácia da sentença.

IV. DESPOLARIZAÇÃO DA DEMANDA

A despolarização da demanda pode ser estudada e aplicada por diversas vertentes, entretanto, aqui, queremos uma dilação quanto a sua aplicação na esfera prática dentro da relação jurídica processual.

A doutrina, durante o desenvolvimento do direito, consagrou um sistema de dualidade de partes, o processo somente seria possível no âmbito da pluri-subjetividade relacionada aos indivíduos que compõe a relação jurídica (CABRAL, 2009).

Entretanto, esse sistema estático tem a tendência de não amparar os direitos em que não há propriamente um autor e um réu no processo, ou, quando não haverá um vencedor e um perdedor.

Entre as situações práticas essa aplicação é melhor visualizada nos casos em que a lei impõe um litisconsórcio ativo necessário, nem sempre a pessoa que teve o seu direito lesado consegue reunir todos os litisconsortes no polo ativo, desta forma, o mesmo não será amparado por falta dos requisitos processuais.

Não parece justo, ou até mesmo prático, a imposição da contemplação de um direito direcionado a "depender" terceiros que não querem atuar do polo ativo da relação processual, pois, não podemos perder de vista que para instaurar um processo é necessário o ato voluntário para figurar no polo ativo.

Neste contexto, falar em legitimidade ativa e passiva é retomar institutos pandectísticos ou ainda recordar a superada visão da ação como direito potestativo do autor contra o réu.

Apresentando uma situação prática, a 3° turma do STJ no julgamento do REsp. n° 1.222.822 reconheceu a existência de litisconsórcio ativo necessário entre mutuários em ação de revisão de contrato financeiro imobiliário, entretanto, somente o marido entrou com a ação, sendo a mesma extinta pela ausência de sua esposa. O direito do cônjuge não foi contemplado pela ausência de sua esposa.

Neste contexto, José Manuel de Arruda Alvim Neto (2016)

pontuou acertadamente que a citação do Código de Processo Civil de 2015 é ato pelo qual o interessado, não necessariamente o réu, é convocado para integrar a relação processual (art. 238), de não apenas para se defender como no Código de 73.

Nesta toada, na hipótese de litisconsórcio ativo necessário, a palavra citação poderia significar integração da relação jurídica processual em qualquer dos polos.

Assim, a solução mais adequada é permitir que uma só pessoa demande e convoque, por meio do ato citatório, quem deveria ser litisconsorte ativo necessário para integrar a relação jurídica processual.

Dessa forma, uma vez citado, o litisconsorte tem as hipóteses de (i) integrar no polo ativo; (ii) integrar no polo passivo apresentando sua contestação; e (iii) permanecer inerte, não ocupando nenhum dos polos, porém será atingido pela coisa julgada.

V. INTERVENÇÃO MÓVEL NO MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO

O ordenamento jurídico, semelhante ao instituto ora debatido, positivou a faculdade dos sujeitos processuais prosseguir ou suceder o sujeito que formulou a demanda inicial, que é o caso da ação popular, ação coletiva e da atuação do Ministério Público que não pode ingressar com ação popular mas pode continua- la em caso de desistência do autor da demanda.

O artigo 6° parágrafo 3° da Lei n° 4.717/65 prevê que as pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado podem se abster de contestar o pedido ou pode atuar ao lado do autos, esta disposição é aplicável a todo microssistema processual coletivo.

No caso das ações de improbidade, o artigo 17 da Lei n° 8.429/92 permite que sendo o Ministério Público o autor da demanda, a pessoa jurídica de direito público pode abster de contestar o pedido e atuar ao lado do autor, possibilidade já reconhecida pelo STJ ao julgar o REsp. 1283253/SE.

CONCLUSÃO

Conforme verificado, com as novas faces do Código de Possesso Civil, podemos afirmar que, em determinas situações, é defensável a existência de uma depolarização da demanda, ou seja, é possível a migração entre os polos

da demanda pelos sujeitos do processo.

Não podemos deixar de pontuar que os atuantes no direito brasileiro ainda atuam com conceitos jurídico-processuais construídos sob premissas antigas e que não conseguem responder aos contornos modernos do processo civil.

Entretanto, vemos uma necessidade de se adequarmos a liquidez das mudanças da sociedade que buscam guarida no direito, conforme o sociólogo Bauman pontuou "tudo é temporário, a modernidade [...] – tal como os líquidos – caracteriza-se pela incapacidade de manter a forma" (2001).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alvim Neto,José Manoel De Arruda . Novo Contencioso Civil No CPC/2015. 1. Ed. Revista dos Tribunais. 2016.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária”. Revista de Direito do Ministério Público do Estado da Guanabara. Ano III. n.9, set-dez, 1969.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. 1. Ed. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Editor Ltda. 2001.

BUENO, Cássio Scarpinella. Amicus curiae no processo civil brasileiro. São Paulo: Saraiva., 2ª Ed., 2008.

CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. 2009. Custos Legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal. Ano I – Número 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio. São Paulo: Malheiros, 7ª Ed., 2002.

MACIEL, Igor. Intervenção móvel ou legitimidade bifronte Intervenção móvel ou legitimidade bifronte. JusBrasil. Brasília. Disponível em <https://jus.com.br/1378599igormaciel/publicações> Acessado em: 03 de Julho de 2019.

PINTO, Nelso Luiz. “A legitimidade ativa e passiva nas ações de usucapião”.

Revista de Processo. Ano 16. n.64, out-dez, 1991.

WATANABE, Kazuo. “Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir”. Revista de Processo. Ano IX. n.34, abril-junho, 1984.

DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO PROTEÇÃO À IMAGEM DA EMPRESA PELO USO NOCIVO DAS MÍDIAS SOCIAIS

RIGHT TO OBLIVION AS A PROTECTIVE WAY TO COMPANY'S IMAGE BY THE NOCIVE USE OF THE SOCIA MEDIA

MICHAEL LINDEMBERG BARROS SOARES
Mestrando pela Universidade Nove e Julho – UNINOVE. Professor Universitário.

VINÍCIUS COSTA BASÍLIO
Graduando pela Universidade Nove e Julho - UNINOVE

SUMÁRIO

RESUMO---------- 179

I. INTRODUÇÃO ---------- 180

II. NATUREZA JURÍDICA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO
II.IDA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA ---------- 181
II.II A DICOTOMIA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE ---------- 182
II.III PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS PELO CÓDIGO CIVIL ---------- 183

III. DIREITO AO ESQUECIMENTO
III.I. CASO DO RATO NA COCA-COLA ---------- 184
III.II INSTITUTO ROYAL ---------- 185
III.III DOS DANOS ---------- 186
III.IV APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À PESSOA JURÍDICA ---------- 187

CONCLUSÃO ---------- 188

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS ---------- 189

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Esquecimento. Imagem da empresa. Mídias sociais.

RESUMO

O artigo visa fornecer como solução o Direito ao Esquecimento para proteção das empresas pelos danos causados por ataques virtuais devido ao mau uso das mídias sociais. Muitos desses ataques podem ter repercussão mundial e vincular informações falsas à imagem da empresa, ocasionando uma visão errônea de suas reais atividades por todo o globo, sujando a imagem da pessoa jurídica e lesando sua atividade empresarial no mercado e sociedade. O Direito ao Esquecimento quando aplicado, desindexaria essas informações nocivas ao ente afetado e, que se não retiradas, ficarão expostas infinitamente e assim sempre vinculadas à empresa.

ABSTRACT

The article aims to provide as a solution the Right to Oblivion to protect companies from damages caused by virtual attacks due to misuse of social media. Many of these attacks may have worldwide repercussions and link false information to the company's image, leading to an erroneous view of its actual activities across the globe, eroding the corporate image and damaging its business activity in the marketplace and society. The Right to Oblibion, when applied, would disinfect this harmful information to the affected entity and, if not removed, will be infinitely exposed and thus always tied to the company.

KEY WORDS: Right to oblivion. Company's image. Social media.

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca levantar elementos sobre o instituto do Direito ao esquecimento, tendo em vista as relações circulantes na sociedade da informação, neste viés, o instituto já em uso para garantir direitos fundamentais como a preservação da intimidade de um indivíduo, estimula o estudo específico sobre a aplicação nas relações que envolvam às pessoas jurídicas.

Os ambientes virtuais, dos rádios e televisões, refletem hoje em nossas atividades diárias nos induzindo a compras, vendas, fornecendo acesso fácil a informações, conhecimento e afins. Tornando-se ferramentas essenciais para a sociedade de hoje, pois nos conectam e possibilitam trocas e acessos de dados por todo o globo. Formando assim a maior rede de comunicação.

Nesta rede, os dados então a circular por toda essa sociedade de forma livre ou com poucas restrições que por downloads, prints e semelhantes, se tornam impossíveis de serem apagados. Dados estes, que mesmo verdadeiros, podem gerar danos à dignidade das pessoas.

O Direito ao Esquecimento é a tutela os direitos da personalidade e dignidade da pessoa humana na sociedade da informação, visando fornecer esquecimento às pessoas que cometeram ou não atos e que não querem mais que estes sejam lembrados e vinculados a si.

A empresa quando alvo de ataques pelas mídias sociais – uma das principais fontes de comunicação – sofre danos irreparáveis dentro desses campos tanto pela perda de sua principal função – capitação de lucro – quanto pela sua função social, já que provem o desenvolvimento econômico, social, cultural, tecnológico e afins de maneira que contribuem para todos.

Diante destes fatos, busca-se a tutela do Direito ao Esquecimento às pessoas jurídicas, utilizando o método dedutivo, buscando as bases na pesquisa bibliográfica, analisando doutrina, legislação, jurisprudência e reportagens para entender a natureza jurídica, os sujeitos do direito e trazer os estudos casos para chegar a conclusão da hipótese levantada.

II. NATUREZA JURÍDICA SOBRE O DIREITO AO ESQUECIMENTO

II.IDA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Basicamente para entender a concepção da dignidade da pessoa humana devemos tratar de valores, que são hierárquicos quando em função da dignidade e a pessoa humana – vemos estes primeiramente como elementos separados.

A Filosofia Kantiana, essencial para desenvolver esse raciocínio, definiu que os valores serão tratados como coisa ou objeto, que possuem preços e que podem ser trocados, vendidos, cedidos. Objetos estes que não são o ser humano, o possuidor da razão. Logo este não pode ser tratado como coisa ou objeto simples, possui dignidade - e então está desindexado deste plano de valores abaixo desta. Dignidade é o valor máximo e último. Esse valor máximo e último se vincula com a pessoa humana e define que o ser humano agora não é mais visto como um meio para atingir o fim, mas sim o próprio fim, todas as ações então devem ser designadas neste sentido. Assim leciona COMPARATO (2015, p. 33-34).

O ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante" em suas fundamentações sobre o pensamento de Kant, que todo homem tem dignidade, cada um tendo sua individualidade e sendo propriamente insubstituível. O homem nunca deve ser levantado a preços ou trocado por coisa alguma

A dignidade da pessoa humana pela primeira vez foi positivada pela Lei Fundamental da República Federal da Alemanha em seu no seu artigo III, nº I, pós Segunda Guerra e queda do Nazismo e positivada no Brasil pela de Constituição Federal de 1988 pós Ditadura Militar.

Diferentemente de outros princípios constitucionais ou garantias fundamentais, ela foi positivada com norma de estrutura de Estado, pelo inciso III, artigo 1º, CF. A partir disso, o Estado toma como responsabilidade sempre considerar a Dignidade da Pessoa Humana em todos os seus atos, poderes, leis, pois não se trata de direito ou garantia fundamental. Segundo apresenta SILVA (1998, p. 92):

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional

Como instrumento de formação e estruturação do Estado

Democrático de Direito toma posição central colocando no mesmo radar princípios básicos de construção de caráter social.

Nesta esteira, precisamos identificar e valorizar o ser humano e sua participação temporal na sociedade. Norberto Bobbio já lecionava nesse sentido:

À medida que nossos conhecimentos se ampliaram (e continuam a se ampliar) com velocidade vertiginosa, a compreensão de quem somos e para onde vamos tornou-se cada vez mais difícil. Contudo, ao mesmo tempo, pela insólita magnitude das ameaças que pesam sobre nós, essa compreensão é cada vez mais necessária. Esse contraste entre a exigência incontornável de captar em sua globalidade o conjunto dos problemas que devem ser resolvidos para evitar catástrofes sem precedentes, por um lado, e, por outro, a crescente dificuldade de dar respostas sensatas a todas as questões que nos permitiriam alcançar aquela visão global, única a permitir um pacífico e feliz desenvolvimento da humanidade, esse contraste é um dos muitos paradoxos de nosso tempo, e, ao mesmo tempo, uma das razões das angústias em que se encontra o estudioso, ao qual é confiado, de modo eminente, o exercício da inteligência esclarecedora, bem como o empenho em não deixar irrealizada nenhuma tentativa para acolher o desafio posto à razão pelas paixões incontroladas e pelo mortal conflito dos interesses. (1992, págs. 131-132)

Sendo assim, o legislador de 1988, na construção de uma Constituição voltada à estruturação social, dentre outros princípios formadores, focar na dignidade humana como ponto central, legou o desenvolvimento como garantia dos direitos fundamentais.

II.II A DICOTOMIA ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DIREITO À INTIMIDADE

Princípio constitucional que protege a inviolabilidade da intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas.[1] Violar um destes direitos é violar a dignidade da pessoa humana, violar os direitos personalíssimos, estes que hora na Ditadura, eram violados constantemente pelo Estado sem nenhum contraponto e, atualmente são 3 Entende-se a privacidade como o direito de "conduzir à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoas e características particulares expostas a terceiros ou ao público geral" (MENDES, BRANCO E COELHO, 2010, p. 423). garantias fundamentais do brasileiro, segundo o artigo 5º, X, CF, violar qualquer um destes ocorrerá em sanção de indenização proporcional aos danos

1 Entende-se a privacidade como o direito de "conduzir à pretensão do indivíduo de não ser foco da observação por terceiros, de não ter os seus assuntos, informações pessoas e características particulares expostas a terceiros ou ao público geral" (MENDES, BRANCO E COELHO, 2010, p. 423).

sofridos.[2]

Porém a vida em sociedade relativiza esse direito, estamos condicionados a viver em interações complexas e inesperadas por todo cotidiano e por toda vida e, durante esse percurso é impossível seguirmos sem abrir mão da radicalidade ao valor da privacidade. Estas que podem ser limitadas pelo direito à liberdade de expressão (MENDES, BRANCO e COELHO, 2009, p. 424).

A liberdade de expressão é um direito fundamental consolidado no artigo 5º, inciso IX, que garante que toda pessoa tenha a liberdade de se expressar, por gestos, verbo, imagens, sons, e tenha o direito de não ser censurada em todas essas formas.

Esta garantia fundamental tanto serve para a pessoa humana, quanto para as mídias, que tem o papel de transmitir informações para a sociedade local e mundial, como instrumento de função social, já que esta é veículo de formação de opinião pública (MOREIRA. 2015, p. 302).

Assim, a liberdade de expressão é direito fundamental que pode ser limite à intimidade e à vida privada da pessoa humana, estas que também não são direitos absolutos, logo pode-se dizer que a liberdade de expressão também não é absoluta e esses direitos como divergentes devem ser preservados ao máximo em qualquer decisão. Nenhum direito constitucional é absoluto e não há hierarquia positivada de normas dentro da Constituição. Cabendo ao interprete examinar os fatos, as circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos e ponderá-los perante com as normas e argumentos para chegar com a solução jurídica (BARROSO, 2010, p. 329-339).

II.III PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS PELO CÓDIGO CIVIL

Segundo Diniz (2017, pág. 537), as pessoas são entes físicos ou coletivos sujeitos de direito que garantem sua individualidade e dignidade.

4 O dano moral, à luz da Constituição atual, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, bem como qualquer outro direito da personalidade, está englobado no direito à dignidade da pessoa humana, princípio consagrado pela nossa Carta Magna. 0509815-34.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa; Des (a). RENATA MACHADO COTTA.

A pessoa jurídica é um conjunto de pessoas com objetivo em comum que criam uma nova pessoa a partir da vontade e necessidade humana de personalizar e fundamentar seus grupos para atingirem

2 O dano moral, à luz da Constituição atual, nada mais é do que a violação do direito à dignidade. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, bem como qualquer outro direito da personalidade, está englobado no direito à dignidade da pessoa humana, princípio consagrado pela nossa Carta Magna. 0509815-34.2015.8.19.0001 - APELAÇÃO - 1ª Ementa; Des (a). RENATA MACHADO COTTA.

seus fins.

Ambas as pessoas contêm características próprias que coincidem-se formando a personalidade, tendo na pessoa jurídica uma personalidade limitada decorrente da lei e própria natureza física.

Nesta esteira, argumenta Caio Mário que Segundo que na concepção doutrinária, a qualidade de sujeito da relação jurídica é prerrogativa exclusiva do homem e, fora dele, como ser do mundo real, o direito concebe a pessoa jurídica como uma criação artificial, engendrada pela mente humanas e cuja existência, por isso mesmo, é simplesmente uma ficção. Nas sociedades ou associações de pessoas, a lei abstrai-se dos membros componentes, e, fingindo que o seu conjunto é em si mesmo uma pessoa diferente deles, atribui-lhes a aparência de sujeito de direito. (2011, pág. 251)

A aquisição de personalidade gera os direitos tutelados pela Constituição e o Código Civil (Capítulo II e artigo 52), seja para proteger honra, identidade, reputação, autoria, imagem (2017, p. 536-545).

III. DIREITO AO ESQUECIMENTO

III.I. CASO DO RATO NA COCA-COLA

Wilson Batista de Resende alegou ter comprado seis garrafas de dois litros da marca Coca Cola no dia 7 de dezembro de 2000 e que no dia seguinte acabara por ingerido o produto. Logo após a ingestão diz ter sentido desconforto na boca e nos órgãos do sistema digestivo, razão esta que o fez ir ao hospital e ser atendido pelo Pronto Socorro de Santa Cecília, com entrada no quadro de ansiedade, nervosismo, ardência na boca, faringe e relatando ter ingerido um refrigerante com pedaços de um animal não identificado.

Em razão disso Wilson publicou os fatos ocorridos em seu perfil na rede social Facebook “Ingeri meio gole de uma das seis garrafas de dois litros de Coca-Cola contaminada com restos de rato, e senti corroer meu esôfago, língua e estômago. Foi quando cuspi o restante para fora da boca, desesperado e com a indescritível ardência, literalmente por todo meu aparelho digestivo. Verifico o copo que me servi e percebo pequenos fios de pelos de ratos junto ao líquido”.

Com esse ato a publicação viralizou na rede social e se tornou notícia no país inteiro, onde o homem que ingeriu o refrigerante Coca-Cola sofreu lesões gravíssimas, tendo suas capacidades de movimento, fala e psíquicas, que antes perfeitas, comprometidas. Com a viralização da notícia, a marca do refrigerante começou a ser alvo de piadas em diversos sites.

O caso foi a julgamento e pelas perícias realizadas foram ale-

gados os fatos pela juíza de direito Laura de Mattos Almeida que:

[...] engenheiro responsável pelas análises do IPT Instituto de Pesquisas Tecnológicas, por sua vez, consignou no laudo de fls. 127 que "existe a possibilidade de que a tampa original tenha sido removida, com a adulteração do conteúdo, e a garrafa novamente fechada com uma tampa nova, retirada do processo de fabricação ou de outra garrafa, sem que tenha ocorrido ruptura do lacre [...] [...] perícia realizada pelo IMESC, o requerente foi examinado pelo perito subscritor do laudo e também por especialistas em neurologia e psiquiatria, concluindo-se que ele não apresenta alterações ou sequelas neurológicas relacionadas ao evento [...] (BRASIL, 2013).

Tendo pelo exposto a magistrada julgado improcedente o pedido inicial, extinguindo o processo com resolução de mérito e decisão mantida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo que em seu voto desembargador Beretta da Silveira argumentando a favor da análise do IPT e ainda que:

[...]A perícia realizada pelo Instituto de Criminalística nas unidades de Cosmópolis e Jundiaí, concluiu que considerando as condições físicas e de higiene das instalações, em equipamentos e sistemas das fabricas, bem como, a existência de boas práticas de manufatura, não permitem a possibilidade de ocorrência do aparecimento de um corpo estranho no interior das garrafas, do tipo observado visualmente na garrafa identificada com o rótulo de numeral 3, tendo em vista ser incompatível a passagem de corpo estranho, no aspecto dimensional, com os sistemas de segurança representados pelas barreiras, filtragens de linha e bicos de enchimento, ao longo da linha produtiva. Concluiu-se ainda que; "As conclusões excludentes, indicam que para ocorrer a contaminação de uma ou mais garrafas, nas condições e do tipo relatado nos autos, resta apenas a hipótese de sabotagem pontual de origem interna ou externa à empresa produtora (fls. 613) [...] (BRASIL, 2018).

III.II INSTITUTO ROYAL

No dia 12 de outubro de 2013 em São Roque, no interior de São Paulo, as 20h, iniciara uma manifestação pautada na proteção dos animais utilizados em testes de laboratórios, pauta esta que se originou com a informação de que o Instituto Royal realizava suas atividades com maus tratos aos animais (cachorros, coelhos e ratos). Os manifestantes então decidiram aguardar por respostas nos portões do Instituto. Uma reunião fora marcada para o dia 17, mas por questões de segurança o instituto

optou por mandar um representante. Na madrugada do dia seguinte, cerca de cem ativistas que esperavam respostas nos portões decidiram invadir a propriedade, arrombando todas as fechaduras e portas até adentrarem.

O Instituto Royal testava a segurança de remédios (o instituto negou em entrevista que tinha vínculo com pesquisas para fins de cosméticos) nos animais para assim serem aprovados os usos em humanos. Durante a invasão seu laboratório de pesquisa foi depredado, resultados de pesquisas, arquivos, medicamentos e computadores foram destruídos e furtados, inclusive foram destruídas as informações e provas que poderiam ser utilizadas para futura acusação do Ministério Público por reais maus tratos aos animais.

Um dos principais motivos para a repercussão mundial do caso fora os animais que foram levados do instituto pelos ativistas (cerca de 178 cães da raça beagle e 7 coelhos) em carros próprios. A maioria dos cachorros foram levados à adoção sem nenhum tipo de autorização ou avaliação do estado de saúde, outros levados para casa dos ativistas presentes e alguns foram encontrados sem nenhum tipo de cuidado nas ruas pela polícia. Semanas depois da invasão, mesmo após o instituto encerrar suas atividades, outra invasão ocorrera e desta vez foram levados os ratos5.

III.III DOS DANOS

Conforme os fatos descritos anteriormente, foram mais que comprovados os danos materiais sofridos pelo instituto atingindo seus bens de todas as formas em razão aos esbulhos e as destruições ocorridas nas invasões. Danos que não foram levados à julgamento para questionar indenizações contra os autores.

O centro de pesquisa como pessoa jurídica e especificamente de caráter empresarial, sofrera danos que não se limitam a tutela da legislação específica, já que os princípios fundamentas da empresa também foram violados e, o principal deles, o da Função Social da Empresa.

Como era pessoa jurídica que desempenhava atividade voltada a fins lucrativos, observamos não o que ela deixou de lucrar, mas sim o que ela deixou de produzir. Assim não lesando-a principalmente em seu capital social, mas em seu desempenho de sua função social, esta que era um dos mais importantes centros de pesquisas brasileiro. Segundo Coelho, “A empresa cumpre a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país”. (2017. p, 75).

Conclui-se que a invasão

causou um prejuízo incalculável para o país todo nas áreas científica, econômica, saúde pública e de tecnologia, em pesquisas de doenças graves e propícias a toda população (câncer, HIV, Alzheimer) que demoraram anos para chegarem na fase em que estavam, tiveram investimento caro e nem sequer puderam ser concluídas.

III.IV APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À PESSOA JURÍDICA

O Direito ao Esquecimento no Brasil surgiu com o Enunciado nº. 531 da VI Jornada de Direito Civil, para proteger a dignidade da pessoa humana dentro da sociedade da informação (MOREIRA. 2015, p. 295), onde os dados expostos nesta rede estão abertos para qualquer pessoa do globo. Logo as informações expostas poderiam gerar danos irreparáveis à intimidade e a vida privada das pessoas físicas, sendo estes verídicos ou não, pois além de todos terem acesso aos fatos expostos, estes estarão disponíveis por tempo indeterminado e em incalculáveis pontos de acesso, como sites e links.

As informações expostas referentes à empresa não atingem seus direitos de intimidade e privacidade, visto que ela não tem essa tutela legal, todavia os danos são presentes quando se fala de direito de imagem tutelado pelo artigo 5º, inciso X quando refere proteger a imagem das pessoas, englobando também na interpretação a pessoa jurídica. Segundo Parentoni, o titular do direito ao esquecimento é o sujeito relacionado aos dados pessoais, pois este é o principal atingido pela utilização desses dados" (2015, p. 582).

A imagem do Instituto Royal foi vinculada com as práticas de maus tratos animais, onde a repercussão mundial a partir das mídias sociais, que como já abordado são instrumentos essenciais para a formação de opinião pública e, uma empresa como pauta de debate nacional nos principais jornais, sites e rádios do país e estrangeiro, quando tratadas de forma pejorativa, perde sua presença e força de atuação no mercado, tento prejuízos nos investimentos, compras e vendas, contratos e capital.

Empresas estas que podem ser atacadas a qualquer momento, sem nenhuma previsão e mesmo depois de uma sentença indenizatória a pessoa jurídica ainda sofrer danos. Um levantamento da Associação Brasileira de Comunicação Empresarial afirma que das 52 empresas entrevistadas 85% temem serem alvos de fake news, enquanto temem mais perder a reputação e a imagem da empresa do que perdas econômico- financeiras.6

No caso do instituto não houve nenhuma prova que garantisse a veracidade dos maus tratos alegados pelos ativistas, todas fo-

ram perdidas nas invasões juntamente com os bens do instituto e se fossem encontradas, seriam obtidas de forma ilícita. Não cabe ao instituto ficar vinculado a atos que fora apenas acusado, portanto o direito ao esquecimento caberia na desindexação do nome Instituto Royal a essas informações que só prejudicam ainda mais a imagem da empresa.

IV. CONCLUSÃO

O uso nocivo das mídias sociais gera tantos malefícios às pessoas físicas quanto às pessoas jurídicas, ambas têm vulnerabilidade aos ataques virtuais e estes quando viralizados podem tomar repercussão global em horas e, se não oferecido o direito ao esquecimento, essas informações podem prejudica-las infinitamente. Tornando o direito

ao esquecimento fundamental para proteger e restaurar a imagem da empresa na sociedade da informação.

De toda sorte, no que cabe a utilização nos casos das pessoas físicas, diante de dois comandos constitucionais, como a liberdade de divulgação (Inc. IX) e a intimidade (Inc. X), recaí sobre a consideração à dignidade da pessoa humana para melhor atingir a finalidade dos direitos e garantias fundamentais.

Porém, em eventual conflito sobre o dever de informar, por conta de ordem pública, como no caso de alteração de nome, não seria possível, nos casos que o legitimado viesse pleitear em juízo, a exclusão de todos os dados do sistema SAJ, no caso de São Pulo.

Nestes casos, não é possível colocar no radar desse instituto para garantir direito e apagar todas às informações, tendo em vista o interesse público envolvido e a busca pelo devido processo legal.

Porém, nosso objetivo foi estudar o instituto do Direito ao esquecimento para possível aplicação, por simetria, nas relações que envolvam as atividades empresariais e tragam maior segurança jurídica, sempre com o intuito de perpetuar as empresas, assegurar empregos e harmonizar a vida em sociedade.

Principalmente, no momento em que a concorrência absorve o lucro empresarial e dá nova dinâmica ao mundo coorporativo, que cada vez mais utiliza-se da tecnologia da informação como caminho de perpetuação no mercado.

Sendo assim, acreditamos que não há necessidade, neste momento, de conclamar o legislador para debruçar-se a esse tema e trazer mais leis que possam engessar direitos e garantias empresariais. O foco é dar liberdade ao juiz para que aplique o direito ao caso concreto, com uma análise profunda de eventual dano empresarial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Constituição Federal. Ed. Ver. e atual. São Paulo: Triunfal, 2017.

COMPATATO, Fábio Konder. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BARROSO, Roberto Luiz. Curso de Direito Constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. (Rio de Janeiro, Campus), 1992..

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Volume 1. 21. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DE LUCCA, Newton; SIMÃO FILHO, Adalberto; LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (coords.). Direito & Internet III – Tomo I: Marco Civil da internet (Lei n. 12.965/2014)– São Paulo: Quartier Latin, 2015.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil. - 24. cd. - Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da Pessoa Humana Como Valor Supremo da Democracia. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, p. 89-94, abr/jun., 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Nº: 0068942- 76.2003.8.26.0100. Relator: Desembargador Beretta da Silveira, São Paulo, SP, 11 de dez. de 2018. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?origemDocumento=M&nuProcesso=0068942-76.2003.8.26.0100&cdProcesso=RI002KU1O0000&cdForo=990&tpOrigem=2&flOrig em=S&nmAlias=SG5TJ&cdServico=190201&ticket=b3faX7U96HU3j3SBE06eBTbDmGLf%2FMwTyeWqRiDkbRiCy4lUZbNOKN4F0xYudKlv5q1nPDGAyHMh316t4yQzn301dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwuTd5g

BE17nK8ACfcvdctvpXYmzgLD2nf%2FCm2bOvazir4fCSM5MploZgtE-ePPcRLEbaX RURa2dwayOVyAm4yh%2BK69i6STN3aZLYkoZAdlbrs-lNQoWf%2BSkMiGU37ipF BOKUqZgRXiFaa7DI0yI7K5XXcb232VG-qUoF3MfoNHH2IrVHLcJKNLPbTzQ%2B
MSa9IsPfSiKMI2zprJ1zLBZ9yCypb%2Bc2GyMOdu1S7QAagfly-JfJLE%2FFtaq4usFO hsQBoMz2xgOt1CpP3OD8OtSec7XuXuA%-3D%3D>. Acesso em 20 de jun. de 2019.

Ativistas e funcionários do Instituto Royal divergem sobre maus-tratos. Fantástico. 20 de out de 2013. Disponível em:

<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2013/10/ativistas-e-funcionarios-do-instituto- royal-divergem-sobre-maus-tratos.html>. Acesso em 01 de jun. de 2019.

OLIVEIRA, Natália de. Dois anos após a invasão, beagle vive abandonada perto do Instituto Royal. Sorocaba e Jundiaí. Sorocaba e Jundiaí. 20 de out de 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2015/10/dois-anos-apos- invasao-beagle-vive--abandonado-perto-do-instituto-royal.html>. Acesso em 01 de jun. de 2019.

Fake News preocupam 85% das empresas, revela pesquisa. Epoca. 23 de abr de 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/brasil/noticia/2018/04/fake-news-preocupam- 85-das-empresas-revela-pesquisa.html>. Acesso em 12 de jun. de 2019.

Coca-Coca divulga comunicado em resposta a consumidor que encontrou rato dentro de garrafa. Extra. 18 de setembro de 2013. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/coca--cola-divulga-comunicado-em-resposta-consumidor-que-encontrou-rato-dentro-de-garrafa-10014955.html>. Acesso em 21 de jun. de 2019.

Coca-Cola vira piada na internet após consumidor encontrar rato na embalagem. Extra. 18 de set. de 2013. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/economia/coca- cola-vira-piada-na-internet-apos--consumidor-encontrar-rato-em-embalagem- 10017953.html>. Acesso em 21 de jun. de 2019.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL: CELERIDADE

MARIANA CRISTINA ARNEZ
Bacharela em Direito pela FSP Faculdade Sudoeste Paulista. Advogada
. Pós Graduanda em Direito Penal e Processual Penal ESTÁCIO.

SUMÁRIO

RESUMO---------- 193

I. INTRODUÇÃO ---------- 194

II. RELATO HISTÓRICO DO DIVÓRCIO ---------- 194

III. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL ---------- 196
III.I DA RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO ---------- 199
III.II OBJETIVOS DA LEI 11.441/07---------- 200

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 201

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 203

PALAVRA-CHAVE: Divórcio. Divórcio Extrajucial. Escritura Pública

RESUMO

Trata-se o presente trabalho do instituto do divórcio extrajudicial regulamentado com o advento da recente Lei do Divórcio sob nº 11.441 de 04 de janeiro de 2007, o qual pode ser requerido mediante via administrativa, e respeitados determinados requisitos, não é necessário ingressar com uma ação judicial. Isto se deve ao grande avanço com as relevantes modificações da sociedade atual, bem como com o advento da recente Lei, que trouxe benefícios para o judiciário, principalmente a celeridade e diminuição de processos judiciais. Desta forma contribuiu para o desaforamento do Judiciário com questões relacionadas ao Direito de Família, especificamente quando houver consenso entre ambas às partes. Sendo assim é admissível o Divórcio Extrajudicial somente quando não houver interesse de menor, podendo inclusive o mesmo advogado para as mesmas partes. Ademais o estudo encontra amparo no âmbito do Direito Civil (Lei n°10.406/2002) (2018),no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)(2018), principalmente direcionado ao divórcio previsto em nossa Constituição Federal de 1988 (2018), conforme dispõe o artigo 226, §6°.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo apresentar o instituto do divórcio extrajudicial e quais os benefícios que trouxe para o judiciário por meio desta via administrativa de dissolução da sociedade conjugal, nos moldes da Lei n°11.441/2007.

O estudo concentra-se no âmbito do Direito Civil (Lei n°10.406/2002) (2018), na lei de divórcio extrajudicial (Lei n° 11.441/2007) (2018), e no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)(2018), principalmente direcionado ao divórcio previsto em nossa Constituição Federal de 1988 (2018), conforme dispõe o artigo 226, §6°.

Constitui-se objeto de estudo desta investigação a área do Direito Civil (Lei n° 10.406/2002) (2018) e Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), especificamente na parte especial de Direito de Família, livro IV, título I, com atenção para o divórcio extrajudicial.

Ressalta-se que foi a Emenda Constitucional 66/2010 que finalmente eliminou o arcaico instituto da Separação, consagrando o divórcio como a única forma de acabar com o matrimônio. Com isso não há prazos, nem a necessidade de identificar causas para dissolver-se o vínculo matrimonial (DIAS,2016, p.294).

Portanto, para esse tipo de procedimento extrajudicial, as partes precisam ser assistidas por advogado ou defensor público, sendo que o mesmo profissional pode representar a ambos. (DIAS, 2016,p.295).

Sendo assim, através desse processo de desjudicialização verifica-se uma celeridade procedimental, bem como subtraiu do Judiciário o monopólio de acabar com a sociedade conjugal, uma vez que pode dirimir este tipo de ação, obedecendo aos requisitos obrigatórios, por meio dos tabelionatos.

II. RELATO HISTÓRICO DO DIVÓRCIO

Segundo Caeiro e Ceccon (2010) a palavra divórcio tem origem latina "divortium", que significa literalmente separar-se, ou seja, é o rompimento legal e definitivo do vínculo matrimonial em sua mais pura essência.

No Império, à medida que a opulência romana foi suscitando a dissolução dos costumes, o divórcio generalizou-se e atingiu todas as classes, sendo que no início, somente o marido tinha a faculdade de repudiar a mulher. Após, admitiu-se que o divórcio tivesse lugar pelo mútuo consenso, ou pela vontade de um só dos conjugês (PEREIRA ,2004, p. 275-276).

Nos moldes dos ensinamentos de Gonçalves (2014), o Cristianismo iniciou a campanha contra o divórcio, tomando providências destinadas a dificultá-lo. Somente com o Concílio de Trento (1545 a1553),a doutrina da Igreja passou a proclamar que o matrimônio é um sacramento com caráter de indissolubilidade.

Logo, observa-se que durante esse período valorizava a família, o casamento em si, como forma de perpetuar a espécie, principalmente por questões religiosas, uma vez que a igreja era detentora do poder na época e influenciava nos costumes da soceidade.

Neste mesmo sentido esclarece Dias (2016, p.268):

Sob a égide de uma sociedade conservadora e fortemente influenciada pela igreja, o casamento era uma instituição sacralizada. Quando da edição do Código Civil de 1916, o casamento era indissolúvel. A única possibilidade legal de romper com o matrimônio era o desquite, que, no entanto, não o dissolvia. Permanecia intacto o vínculo conjugal e a obrigação de mútua assistência, a justificar a permanência do encargo alimentar em favor do cônjuge inocente e pobre. Cessavam os deveres de fidelidade e de manutenção da vida em comum sob o mesmo teto, mas não havia a opção de novo casamento,

Ocorre que o casamento era visto como um contrato bilateral e solene, no entanto de caráter indissolúvel, além disso, representava uma reação de cunho religioso que vislumbrava no casamento um sacramento.

Beviláqua apud Pereira (2004)Nos termos do art. 144 da Constituição de 1934 trazia o Princípio da Indissolubilidade do casamento com a previsão de que: “A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.” Esse princípio foi repetido nas Constituição de 1937, 1946 e 1967.

Para Tepedino apud Dias “O rompimento da sociedade marital afigurava-se como um esfacelamento da própria familia”

Isso se dá, pois sempre se considerou que a função do Estado era de preservar o organismo familiar, diante disso serve no atual contexto, até porque o art. 226, caput, da CF/1988 dispõe que a família é a base da sociedade, tendo especial proteção do Estado.

De acordo com Gonçalves (2014),s no Brasil, após uma árdua batalha legislativa, na qual se destacou a tenacidade do senhor Nelson Carneiro, contra a oposição da Igreja Católica, a fim de suprimir o princípio da indissolubilidade do vínculo matrimonial como também estabelecer os parâmetros da dissolução, que seria regulamentada por lei ordinária.

Segundo Dias (2016, p.268) “Tais restrições, porém, não impediam que as pessoas - desquitadas ou somente separadas de fato - constituíssem novos vínculos afetivos, que, pejorativamente, eram chamados de concubinato”.

Ainda com relação à mesma autora (2016,p.268), para a aprovação da Lei do Divórcio (Lei n° 6.515/77), algumas concessões

foram feitas. Uma delas foi a manutenção do desquite, com singela alteração terminológica. O desquite (ou seja, não quite, alguém em débito para com a sociedade), foi denominado de separação, com idênticas características: por fim à sociedade conjugal, mas não dissolver o vínculo matrimonial.

Essas transformações com o decorrer do tempo tem consequências com a mudança da sociedade, uma vez que a família se altera o Direito deve acompanhar essas transformações.

Segundo Dias (2016, p.269), para a obtenção do divórcio, primeiramente as pessoas precisavam se separar, e só depois é que podiam converter a separação em divórcio.

O divórcio direto era possível exclusivamente em caráter emergencial, entretanto os avanços foram de tal ordem que obrigaram a Constituição de 1988 a institucionalizar o divórcio direto, não mais com o caráter de excepcionalidade. Houve a redução do prazo de separação para dois anos e foi afastada a necessidade de identificação de uma causa para a sua concessão (CF 226 § 6.º) (DIAS, 2016,p.269).

No entanto, somente com a Emenda Constitucional 66/2010, que tornou o divórcio um direito potestativo, desapareceu do panorama jurídico o instituto da separação e com ele a possibilidade de imposição de sanções pelo descumprimento dos deveres do casamento. (DIAS, 2016, p.99).

Logo, resta evidente que com o decorrer dos anos o instituto do divórcio não era mal visto perante a sociedade, de tal modo que foi preciso evoluir com a legislação brasileira sobre o referido tema, a fim de facilitar as vías procedimentais.

III. DIVÓRCIO EXTRAJUDICIAL

Nos moldes dos ensinamentos de Dias (2016, p.294), há a possibilidade de a dissolução do casamento ocorrer extrajudicialmente, por pública escritura perante o tabelião, Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)(2018,p.365) em seu artigo 733. Por inexistir conflito entre as partes, esses procedimentos são chamados de jurisdição voluntária.

Ainda com relação a mesma autora(2016), é possível o divórcio pelas vias administrativas quando não houver nascituros ou filhos incapazes, sendo o divórcio consensual, e totalmente dispensável sua dissolução pela via judicial.

Assim, em 5 de janeiro de 2007, entrou em vigor em nosso País a Lei nº 11.441, para alterar alguns dispositivos do Código de Processo Civil e instituir a possibi-

lidade de realização de separações, divórcios e partilhas pela via extrajudicial. (MORAES, 2007).

De acordo com o Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos do TJRS a seguir:

Insere-se esse diploma na concepção que visa eliminar a intervenção do Poder Judiciário em relações jurídicas de conteúdo exclusivamente patrimonial, entre pessoas maiores e capazes, e que, por isso, não carecem da tutela do Estado-Juiz para deliberar acerca de suas opções existenciais, resguardando-se essa função estatal apenas para aquelas situações conflitivas para cujo desate se torne indispensável um ato jurisdicional de poder. (SANTOS,2007).

A Lei nº. 11.441/2007 acresceu ao Código de Processo Civil o artigo 1.124-A (lei n °5.869/1973) (2015, p.471-472), Atualmente, de acordo com o novo Código de Processo Civil Lei n° 13.105/2015, tem previsão legal no artigo 733 que dispõe:

"Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o art. 731

§ 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2o O tabelião somente lavrará a escritura se os interessados estiverem assistidos por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

A lei supramencionada não exclui o direito do cidadão à prestação jurisdicional, sendo facultativa a utilização da via administrativa. Todavia é um procedimento mais célere que desafoga o Poder Judiciário (GALDINO, 2007, p.83).

A formalização dos divórcios pela via extrajudicial é uma mera faculdade das partes. Desse modo, permanecem abertas as portas do Poder Judiciário a quem desejar realizar o procedimento tradicional em Juízo. (SANTOS, 2007)

Segundo o mesmo autor (2007), dispensada a presença do magistrado e, consequentemente, a intervenção do Ministério Público, redobra a responsabilidade do advogado, cuja atuação na formalização do ajuste é indispensável e decisiva.

Neste mesmo diapasão, expõe Dias (2016, p.295):

Outro ponto importante de se frisar é que não há necessidade do comparecimento dos cônjuges ao Cartório de Notas. Já que se trata de um negócio jurídico, possível que se façam representar por procurador com poderes específicos para o ato (DIAS, 2016, p.295).

Tal possibilidade é válida, uma vez que para o casamento, os noivos podem estar representados por procurador, artigo 1535 do Código Civil(Lei n° 10.406/2002) (2015, p.259), impositivo conceder igual faculdade quando da sua dissolução. (DIAS,2016 p.295)

Segundo Santos (2007) na escritura deverá constar a qualificação completa do profissional, com menção do respectivo número de inscrição na OAB, não havendo necessidade de apresentar procuração em instrumento apartado, podendo o mandato ser outorgado na própria escritura de divórcio.

"Compete-lhe esclarecer minuciosamente o casal acerca das cláusulas do pacto e suas repercussões futuras, especificamente no que se refere à partilha de bens, aos alimentos e ao uso do nome". (SANTOS, 2007)

Entretanto, aqueles representados pela Defensoria Pública são cabíveis quando as partes se declararem pobres. Nessa hipótese, os atos notariais serão gratuitos (CPC 98 § 1.º IX) e gratuidade alcança também os atos registrais civil e imobiliário (DIAS, 2016,p. 296).

Quanto ao pagamento de custas e emolumentos em favor dos notários e registradores, silenciou a lei sobre valores. Por falta de previsão legal, o tabelião não pode se negar a proceder ao registro da escritura dissolutória do casamento, pois se trata de negócio jurídico bilateral decorrente da autonomia privada, não comportando objeções ou questionamentos do Estado (DIAS, 2016,p. 296).

Neste mesmo sentido, a aludida autora esclarece um ponto importante com relação a omissão da legislação, sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça especificou os requisitos através da Resolução n° 35/2007:

O Conselho Nacional de Justiça regulamentou o procedimento de divórcio extrajudicial, extrapolando várias vezes suas funções: chega praticamente a legislar, ao invés de limitar-se a normatizar. Mas tal proceder é para lá de salutar em face da inércia irresponsável do legislador. (DIAS, 2016,p.294)

Nada impede que as partes estabeleçam na escritura outros ajustes, como: doações recíprocas; instituição de usufruto, uso ou habitação em favor de um deles ou de terceiros; cessão de bens - ou que assumam obrigação de qualquer ordem (DIAS, 2016,p.296).

Ante o exposto, a referida lei teve por finalidade tornar mais ágeis e menos onerosos os atos a que se refere, bem como reduzir o número de demandas no Poder Judiciário, adotando medidas para aplicação da lei de Divórcio Extrajudicial em todo território nacional a fim de evitar novos conflitos.

Ademais, o próprio Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015)(2018,p.365) libera a partilha para momento posterior, nos termos do artigo 731 parágrafo único. E o Código Civil (Lei n° 10.406/2002) (2018, p.219) admite o divórcio sem a prévia partilha, conforme dispõe o artigo 1.581.

Todavia, observa-se que é possível lavrar escritura apenas para dissolver a sociedade conjugal ou extinguir o vínculo matrimonial, deixando a partilha e os alimentos para a via judicial. Contudo, dispensada a partilha, é imprescindível a descrição dos bens do casal, estabelecendo-se um condomínio entre as partes. (GALDINO, 2007, p. 93).

Nas palavras de Dias, (2016, p.296-297):

[...}Ainda que recomendável, não há sequer a necessidade de serem arrolados os bens, bastando a referência de que a divisão do patrimônio não será realizada. Enquanto isso, os bens ficam em estado condominial. Nada impede que sejam partilhados alguns bens, restando os demais para serem divididos em momento posterior, quer por conveniência das partes, quer por inexistir consenso na partição A partilha pode ser feita por contrato particular, mesmo quando ocorre a divisão de imóveis. Vale entre as partes e só não tem efeito perante terceiros.(DIAS, 2016, p.296-297)

Logo se observa, que o fato do casal ter bens e não arrolar na escritura pública para fins de partilha, não obsta o seu direito de dissolução da vida conjugal pelas via administrativa; mesmo que o casal omita a possibilidade de haver bens em comum, nada impede que a divisão seja levada a efeito posteriormente, ou pela via judicial, caso não houver acordo de vontades ou por meio de nova escritura de partilha de bens.

III.I DA RESPONSABILIDADE DO TABELIÃO

"Os cônjuges podem escolher livremente o tabelionato, não havendo qualquer regra que fixe competência" (DIAS, 2016,p.298).

"Art. 1° Para a lavratura dos atos notariais de que trata a Lei n° 11.441/07, é livre a escolha do tabelião de notas, não se aplicando as regras de competência do Código de Processo Civil." (Resolução n°35/2007 CNJ).

A manifestação de vontade perante o notário, depois de firmada a escritura, é irretratável, mas pode ser anulada por incapacidade ou algum vício de vontade resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores, artigo 171, inciso II do Código Civil (Lei n° 10.406/2002) (2015, p.168).

De acordo com Galdino (2007, p. 91) ao tabelião compete não permitir que se celebrem atos que possam ser nulos ou anuláveis posteriormente, pois é dever de ofício de todo agente público evitar nulidades. Logo, este pode negar-se a lavrar a escritura se o acordo foi prejudicial a um dos cônjuges.

Segundo Farias apud Galdino: entende que o tabelião não pode recusar-se a homologar a escritura pública dissolutória do casamento por falta de previsão e por atentar contra a liberdade das partes. Se houver vício na declaração de vontade, o caminho será a propositura de ação anulatória, com esteio no artigo 171 combinado com o artigo 178 do Código Civil (Lei n° 10.406/2002) (2015, p.168).

Com relação a mesma autora (2007, p. 91), cumpre ressaltar, que após a lavratura da escritura pública, não mais será possível a sua alteração, salvo para correção de erros materiais. Portanto, não há possibilidade de retratação do acordo celebrado.

III.II OBJETIVOS DA LEI 11.441/07

De acordo com os ensinamentos de Tartuce (2017, p. 107), com o surgimento da Lei 11.441/2007, passou a possibilitar a separação e o divórcio extrajudiciais como forma de desjudicialização a fim de desburocratizar e garantir celeridade nos meios de dissolução dos conflitos.

Para Silva (2012), através desse novo instituto dispensa-se a homologação judicial das escrituras, que são títulos hábeis aos registros civis e imobiliários, tendo em vista, respectivamente, a averbação no assento de casamento e de nascimento, este em caso de modificação do sobrenome, e a transferência de bens e direitos.

Ainda com relação a mesma autora (2012) em face de divergências interpretativas sobre a Lei n. 11.441/2007, foi aprovada a Resolução n. 35/2007 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça –, que deve ser sempre verificada em conjunto com essa lei.

Neste mesmo sentido, o 1º registrador imobiliário de Porto Alegre, ex-presidente do Instituto de Registro de Imobiliário do Brasil João Pedro Lamana Paiva demonstra o rol de documentos e cautelas obrigatórias para lavratura da Escritura Pública nos casos de separação e divórcio:

(a) Certidão de casamento atualizada (Previsão Normativa em cada Estado);

Em SP, o prazo máximo é de 90 dias (Portaria 01/2007);

(b) Carteira de identidade e CPF;

(c) Certidão de nascimento dos filhos para verificação das idades;

Os divorciandos ou separandos que tiverem filhos emancipados também poderão dissolver/extinguir o vínculo matrimonial, através desse procedimento.

(f) Pacto antenupcial, se houver;

(e) Documentação comprobatória da propriedade e/ou de direitos sobre qualquer espécie de bens. Além, é claro, de o assistente estar devidamente identificado pela Carteira da OAB.

Contudo, observa-se que a legislação supramencionada estabeleceu inovações de grande utilidade ao sistema legal brasileiro, possibilitando a realização de divórcio consensuais por via administrativa.

Além disso, o tabelião somente deve aceitar o divórcio se as partes declararem inexistir ação

judicial em tramitação, quer consensual, quer litigiosa. bastando a afirmativa, não sendo necessária a juntada de certidões negativas. (DIAS, 2016, p.298).

Portanto, referindo-se às intenções da Lei 11.441 de 04 de janeiro de 2007, pode-se afirmar que ela tem como escopo garantir agilidade procedimental e reduzir os processos perante o judiciário, assim como permitir ao cidadão utilizar a via extrajudicial para dissolução da vida conjugal.

Além disso, pode se concluir que os Serviços Notariais e Registrais com a Lei vem valorizar e reconhecer a importância de suas atividades, reforçando a fé pública dos Notários e Registradores, exigindo um conhecimento aprofundado sobre Direito das obrigações e Direito das Sucessões.

Logo, não restam dúvidas que este diploma legal visa eliminar a intervenção do Poder Judiciário em relações jurídicas de conteúdo exclusivamente patrimonial, entre pessoas maiores e capazes, e que não necessitam da tutela do Estado-Juiz, resguardando-se a função estatal apenas para aquelas situações conflitivas para cuja solução se torne indispensável um ato jurisdiccional.

Sendo assim, a separação e o divórcio tiveram seus procedimentos simplificados, acarretando redução de custos e celeridade.

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que a imposição deste novo instituto para dissolução do casamento representa uma grande conquista, não somente para o Judiciário, mas principalmente para a sociedade, pois ele proporciona maior agilidade procedimental.

Ademais, cumpre salientar que nos últimos anos, o nosso ordenamento jurídico sofreu inúmeras alterações no Direito Civil e Processual Civil, e muitas dessas reformas tiveram por finalidade desafogar o Poder Judiciário frisando o princípio da celeridade processual.

A Lei nº 11.441/2007 foi criada sob a justificativa de que muitas vezes não é necessária a propositura de uma ação judicial de divórcio consensual para que todos os efeitos pretendidos pelas partes sejam obtidos, sendo a via administrativa mais rápida. Deste modo, esta lei consolidou uma tendência contemporânea universal, que é afastar a participação do Estado nas relações familiares, uma vez que estas, pela sua própria natureza, são incompatíveis com o excesso de formalidade e burocracia do Direito.

Diante desse tema serão obtidos ganhos pessoal, intelectual e social com o assunto proposto, no sentido de explicar os benefícios que trouxe para o desafogamento do sistema judiciário.

Porém, não obsta a utilização da via judicial por ser facultativa; logo, não haverá uma redução drástica do número de processos, porque os divórcios consensuais que envolvem maiores e capazes representam percentual menor.

Sendo assim, o instituto que ampara a Lei de Divórcio Extrajudicial é o tema do Direito de Família, consagrado em nosso ordenamento jurídico no Código Civil de 2002, além da Constituição Federal, que fez alterações no Código de Processo Civil (2015).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum Saraiva: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 26 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Vade Mecum Saraiva: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 26 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Edição compacta Novo CPC idealizada pela CAASP.

BRASIL. Lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei nº no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 e Lei nº 13.105/2015– Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm. Acesso em: 14 maio. 2018.

CAEIRO, M.V.G e CECCON, L.F.R. O divórcio extrajudicial: uma das fomas de extinção do vínculo matrimonial. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br. Acesso em 18 mai 2018

_____.CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Resolução Nº. 35 de 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões, 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

_____. Curso de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 23 MORAES, Lúcia Maria de. A Lei nº 11.441/07: separações consensuais e partilhas feitas por via cartorária. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1372, 4 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9690> Acesso em: 11 maio. 2018.

DIAS, M.B. MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS, 4 ed em e-book baseada na 11 ed. Impressa, São Paulo, Revista dos Tribinais, 2016.

GALDINO,V.S. LEI 11.441/2007 – PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL DAS RELAÇÕES FAMILIARES: CELERIDADE E EFETIVIDADE DAS RELAÇÕES FAMILIARES. Disponível em: http://periodicos.unicesumar.edu.br. Acesso em 18 mai de 2018.

GONÇALVES, C.R. DIREITO CIVIL BRASILEIRO, vol 6: Direito de Família.11 ed.- São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, J.P.L. INVENTÁRIO, PARTILHA, SEPARAÇÃO CONSENSUAL E DIVÓRCIO CONSENSUAL POR VIA ADMINISTRATIVA:
(LEI N° 11.441 de 04 de janeiro de 2007 que altera dispositivos do Código de Processo Civil). Disponível em: http://registrodeimoveis1zona.com.br. Acesso em 22 de jun de 2018

PEREIRA, C.M.S. INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, L.F.B. ANOTAÇÕES ACERCA DAS SEPARAÇÕES E DIVÓRCIOS EXTRAJUDICIAIS (Lei 11.441/07). Disponível em: https://scholar.google.com.br. Acesso em : 18 mai de 2018.

SILVA, R.B. T. DIVÓRCIO E SEPARAÇÃO APÓS EC N°66/2010, 2 ed-São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, F. DIREITO CIVIL 5: DIREITO DE FAMÍLIA, 9°ed. São Paulo: Gen, 2014.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

DROGAS PARA CONSUMO E TRÁFICO DE DROGAS DA LEI DE ENTORPECENTES NA VISÃO DAS JURISPRUDÊNCIAS DO STF E DO STJ

TULIO EMER DAMASCENO
Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP, Direito, conclusão em 2014; Pós-graduado lato sensu em Direito Penal – Damásio EDUCACIONAL, BAURU/SP, CONCLUSÃO EM ABRIL DE 2019.

SUMÁRIO

I INTRODUÇÃO ---------- 207

II. DO ARTIGO 28 DA LEI DOS ENTORPECENTES
II.I DA DESPENALIZAÇÃO ---------- 207
II.II DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA ----- 209

III. DO ARTIGO 33 DA LEI DOS ENTORPECENTES
III.I DA IMPORTAÇÃO DE SEMENTES ---------- 210
III.II DO TRÁFICO PRIVILEGIADO ---------- 211
III.III DO ARTIGO 36 DA LEI DOS ENTORPECENTES ---- 213
III.IV. DA COLABORAÇÃO COM O TRÁFICO DE DROGAS ---------- 214
III.V. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA ---------- 215
III.VI. DA CONVERSÃO EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS ---------- 215
III.VIIDA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA------- 217
III.VIII DO AUMENTO DE PENA DO INCISO III DO ART. 40 ---------- 218
III.IX DO AUMENTO DE PENA DO INCISO V DO ART. 40---------- 219

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 221

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 223

PALAVRAS-CHAVE: entorpecentes, consumo, tráfico, STJ, STF.

I INTRODUÇÃO

A legislação penal, tanto no âmbito processual quanto no direito penal em si, vem sofrendo diversas modificações, devido às modificações pelas quais passa a nossa sociedade, o que implica em novas formas de criminalidade até então desconhecidas, sendo o nosso Código Penal e o nosso Código de Processo Penal apenas duas das inúmeras legislações acerca do tema no Brasil.

Atualmente é muito vasta a quantidade de leis especiais que também tratam de crimes, sendo uma delas a Lei dos Entorpecentes, qual seja a Lei nº 11.343/06. Porém, a referida lei foi alvo de diversas ações devido às divergências de entendimentos de seus dispositivos, principalmente com relação aos crimes de Drogas para Consumo e Tráfico de Drogas, tanto no tocante a constitucionalidade de seus dispositivos quanto na discussão de eventuais omissões trazidas pela lei, de modo que muitas de suas discussões chegaram ao STJ e ao STF, que emitiram seus devidos entendimentos.

No entanto, ainda assim há dispositivos atacados até hoje e que ainda estão sob análise do STF, de modo que, com as modificações pelas quais passa a nossa sociedade, se pode dizer que as referidas discussões ainda estão longe de acabar.

A partir daí vemos a importância de abarcar a respeito da Lei dos Entorpecentes devidamente atualizada de acordo com o entendimento de nossos principais tribunais, com suas decisões mais recentes a cerca dos dispositivos atacados da mesma lei.

II. DO ARTIGO 28 DA LEI DOS ENTORPECENTES

II.I DA DESPENALIZAÇÃO

Primeiramente passaremos a analisar o primeiro crime elencado na Lei dos Entorpecentes, qual seja, o crime conhecido como "Drogas para consumo". A discussão se inicia quando o artigo 1º da Lei de Introdução do Código

Penal prevê que será considerada infração penal o que "a lei comina pena de reclusão ou de detenção". Ocorre que o crime do artigo 28 prevê tão somente as penas de advertência, multa e de prestação de serviços a comunidade, não prevendo, assim, pena de reclusão e detenção, o que fez com que houvesse questionamentos quanto a sua criminalização, como bem nos ensina o professor Maluly:

Em razão deste tratamento mais brando, alguns julgados e doutrinadores, como Luis Flavio Gomes, passaram a sustentar que ocorreu uma descriminalização "formal" de tal conduta, ou seja,

uma abolitio criminis, embora a posse de droga para uso próprio não tenha sido legalizada. Para tanto, argumenta-se que a infração prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/06 não pode ser tratada nem como crime nem como contravenção, porque a sua parte sancionatória não se enquadra nas definições previstas no artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, para o qual crime é a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou detenção, quer isoladamente quer alternativamente ou cumulativamente com a sanção de multa, enquanto que contravenção penal é a infração a que a lei cominada, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (MALULY, 2014,

<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei- 11-343-06-a--espenalizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>).

A discussão chegou no STF através do RE nº 430.105-9, cuja decisão vemos a seguir:

Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 – nova lei de drogas): natureza jurídica do crime: 1. O art. 1 da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não basta que a lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição de liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). (...) 6. Ocorrência, pois, de "despenalização", entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. (RE nº 430.105-9/RJ, Min Sepúlveda Pertence, Data do Julgamento: 13/02/2007).

Em outras palavras, o STF entendeu que não houve uma descriminalização do artigo 28 da Lei dos Entorpecentes pelo simples fato de o mesmo não ter obedecido as penas do artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal, mas entendeu que houve apenas uma despenalização do mesmo dispositivo. Questão que, com efeito, se encontra sepultada.

Porém, esta não foi a única discussão a respeito do referido dispositivo.

Atualmente se discute no mesmo STF, através do RE nº 635.659/SP, se a criminalização referida no mesmo artigo 28 da Lei dos Entorpecentes é ou não inconstitucional, sob o argumento de que o mesmo dispositivo viola o artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, pois estaria, em tese, violando a intimidade e a vida privada. Além do mais, outro argumento em favor da descriminalização do mesmo dispositivo, conforme nos ensina o professor Lima, é que a pessoa que consome drogas estaria unicamente praticando autolesão, o que não é punido pelo nosso ordenamento jurídico. Para tanto, o professor Lima nos ensina:

Para muitos, essa opção pela punição do porte de drogas para consumo pessoal seria incom-

patível com a Constituição Federal, seja por violar o direito à intimidade e à vida privada (CF, art. 5o, X), seja por se mostrar incompatível com o princípio da ofensividade. Nesse contexto, Maria Lúcia Karam sustenta que o porte de drogas para consumo pessoal em circunstâncias que não envolvam um perigo concreto, direto e imediato para terceiros, não afeta nenhum bem jurídico alheio, dizendo respeito unicamente ao indivíduo e à sua intimidade e as suas opções pessoais. Logo, como o Estado não está autorizado a penetrar no âmbito da vida privada, não pode intervir sobre condutas de tal natureza, vez que o indivíduo pode ser e fazer o que bem quiser, conquanto não afete concretamente direitos de terceiros. (LIMA, 2016, p. 705).

II.II DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA

Adiante, a quantidade de entorpecentes também gerou outra discussão na lei de drogas: A pouca quantidade de entorpecentes geraria o princípio da bagatela? Neste sentido, pacífico o entendimento de nossos Tribunais, vejamos:

1. Não merece prosperar a tese sustentada pela defesa no sentido de que a pequena quantidade de entorpecente apreendida com o agravante ensejaria a atipicidade da conduta ao afastar a ofensa à coletividade, primeiro porque o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 é crime de perigo abstrato e, além disso, o reduzido volume da droga é da própria natureza do crime de porte de entorpecentes para uso próprio. 2. Ainda no âmbito da ínfima quantidade de substâncias estupefacientes, a jurisprudência desta Corte de Justiça firmou entendimento no sentido de ser inviável o reconhecimento da atipicidade material da conduta também pela aplicação do princípio da insignificância no contexto dos crimes de entorpecentes. 3. Acrescente-se que, no caso dos autos, houve concurso do crime de posse de substância entorpecente para uso próprio com crime mais grave (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido), a demonstrar a maior reprovabilidade da conduta, reforçando a não incidência do princípio da insignificância. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1093488 / RS, Relator Min. Jorge Mussi – Data do Julgamento: 12/12/2017).

Assim sendo, vê-se que é pacífico perante o STJ e demais tribunais, o entendimento de que o princípio da bagatela não se aplica aos crimes da Lei de Drogas, até porque o crime do artigo 28, em que pese ser o delito com pena mais branda dos demais da Lei de Drogas, é crime de perigo abstrato, portanto "não se faz necessária a ocorrência de efetiva lesão ao bem jurídico protegido, bastando a realização da conduta proibida para

que se presuma o perigo ao bem tutelado" (LIMA, 2016, p.704), sendo inviável a aplicação do princípio da bagatela.

III. DO ARTIGO 33 DA LEI DOS ENTORPECENTES

III.I DA IMPORTAÇÃO DE SEMENTES

Com relação à importação de sementes, tem o STJ entendido que tipificará crime dependendo da quantidade de sementes, como vemos a seguir:

1. A importação clandestina de sementes de cannabis sativa (maconha) amolda-se ao tipo legal insculpido no art. 33, § 1º, da Lei n. 11.343/2006. 2. Não é ilegal o encarceramento provisório decretado para o resguardo da ordem pública, em razão da gravidade in concreto do delito, cifrada na natureza e na significativa quantidade dos entorpecentes apreendidos. 3. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg 1546313/SC, Relator Min. Sebastião Reis Júnior, Data do Julgamento: 15/10/2015).

Como podemos ver, o STJ entende que a importação de sementes caracteriza tráfico de entorpecentes, sendo o agente responsabilizado pelo crime do artigo 33 da Lei dos Entorpecentes. Ocorre que o mesmo STJ foi novamente provocado perante um fato concreto envolvendo a importação de sementes, e deu seu parecer, como vemos a seguir:

13. No caso de que se trata, o paciente, primário, está sendo processado por importar, pela internet, 14 sementes de maconha, ao que tudo indica, para uso próprio. De modo que se me afigura plausível a alegação de que a conduta praticada pelo paciente se amolda, em tese ao artigo 28 da Lei de Drogas. Dispositivo cuja constitucionalidade está sendo discutida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. 14. Diante do exposto, considerando as peculiaridades da causa, sobretudo a reduzida quantidade de substâncias apreendidas, defiro a liminar para suspender a tramitação da ação penal de origem. (HC nº 143.798, Relator Min. Roberto Barroso, Data do Julgamento: 18/05/2017).

Desta forma, vemos que, de acordo com o entendimento do STJ, a mera importação de sementes não presume tipificação do crime de tráfico de drogas, pois dependerá do caso concreto. No caso em tela, o agente importou 14 (quatorze) sementes de maconha, tendo o STJ entendido que, mediante os demais elementos do caso concreto, as sementes seriam somente para uso pessoal, razão pela qual suspendeu a tramitação do processo de origem até que fos-

se analisada a constitucionalidade do artigo 28 da Lei dos Entorpecentes.

III.II DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Seguindo adiante com os nossos estudos, vemos que o artigo 33 da Lei dos Entorpecentes também foi alvo de questionamentos, mais precisamente, o chamado tráfico privilegiado previsto no §4º do artigo 33 da mesma lei, o qual prevê diminuição da pena do acusado caso o mesmo seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

Não se discute aqui se o dispositivo é constitucional ou se não deve ser criminalizado, mas sim se sua aplicação deva se dar quando o acusado preenche todos esses requisitos porém, com ele, ter sido apreendida alta quantidade de entorpecentes. Para tanto, O STJ já se manifestou, vejamos:

1. Para a aplicação da minorante descrita no §4º do art. 33 da Lei de Drogas, são exigidos além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa e que não se dedique a atividades delituosas. 2. Este Superior Tribunal tem decidido que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, consequentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. 3. Agravo regimental não provido (ARESP nº 1052340/SC, Min. Rogério Schietti, Data do Julgamento: 04/05/2017).

Como vemos, o STJ entendeu que o a diminuição de pena por tráfico privilegiado não se aplica nos casos de grande quantidade de drogas que, dependendo das peculiaridades do caso concreto, evidenciem que o agente se dedica a atividades criminosas.

Tal entendimento foi seguido reiteradas vezes pelo mesmo STJ, a exemplo do HC nº 151676/SP, HC nº 360292/MT e do nº 357934/SP, sendo que, neste último, o relator Ministro Ribeiro Dantas, ao proferir a decisão, entendeu que "a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei

n. 11.343/2006, tem como objetivo favorecer os pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de drogas um meio de vida."

Não obstante, o STF entende que a conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apre-

endida são elementos passíveis de gerar o entendimento de que o réu se dedica a atividades criminosas, razão pela qual não se aplicaria a diminuição de pena do tráfico privilegiado, vejamos:

3. A conduta social do réu, o concurso de agentes, a quantidade e a natureza do entorpecente, os apetrechos utilizados e as circunstâncias em que a droga foi apreendida podem constituir o amparo probatório para o magistrado reconhecer a dedicação do réu à atividade criminosa. Precedentes: (RHC 94.806/PR, Primeira Turma, Relatora. Min. Cármen Lúcia, Data do Julgamento: 16/04/2010).

Com efeito, vemos que a quantidade de droga apreendida é elemento que influencia diretamente na dosimetria da pena, segundo entendimento do nosso próprio STJ, vejamos:

3. A quantidade, natureza e diversidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. 5. No caso, a quantidade e a natureza da droga apreendida configura fundamento idôneo para justificar a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em patamar diverso da fração máxima, revelando-se adequada e proporcional, na espécie, a diminuição em 1/3." (HC 313677/RS, Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Data do Julgamento. 21/06/2016).

Por outro lado, agora no tocante a diversidade de entorpecentes, o STJ também já decidiu:

A diversidade de substâncias entorpecentes não impede, por si só, a redução máxima possível, dois terços, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se preenchidos, como no caso, os demais requisitos. A diversidade de drogas deve ser considerada na fase do artigo 59 do Código Penal. Se, nessa fase, o juiz se omite, não pode suprir a omissão na última fase, negando ao agente o direito à redução prevista no mencionado § 4º (HC 120684/RJ, Relator Min. Og Fernandes, Data do Julgamento: 18/02/2010).

Ou seja, é indiferente, perante o STJ, de que haja um ou mais tipos de entorpecentes, sendo que sua diversidade, por si só, não impede a redução de pena máxima do tráfico privilegiado, mas que, para que impeça tal redução, devem estar presentes outros elementos.

Adiante, outra matéria que foi discutida em nossos tribunais foi se o crime de tráfico de drogas privilegiado seria também equiparado ao hediondo, assim como o crime de tráfico de drogas em si. Fato é que, após reconhecida a equiparação a hediondez do tráfico privilegiado pelo STJ através do RESP 1329088/RS, julgado em 13 de março de 2013, o mesmo STJ editou a Súmula nº 512, a qual dispõe "A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas". Em outras palavras, entendeu o STJ que, o crime de tráfico privilegiado nada mais é que uma causa de diminuição de pena do próprio crime de tráfico

de entorpecentes, não perdendo, assim, sua natureza delitiva.

Contudo, a matéria foi rediscutida pelo STF, de modo que vejamos sua decisão:

1. O tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, §4º da Lei n. 11.313/2006) não harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e §1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. 2. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa.

3. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de drogas privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. 4. Ordem concedida. (HC 118533/MS, Min. Carmen Lúcia, Data do Julgamento: 23/06/16).

Ou seja, o STF, ao contrário do STJ, reconheceu que o tráfico privilegiado é crime de menor potencial lesivo se comparado ao tráfico de entorpecentes por si próprio, diante da ausência de maus antecedentes, da também ausência da reincidência e da inexistência do vínculo com organização criminosa, afastando-se, portanto sua hediondez.

Nesse sentido, a professora Silva nos ensina:

Mesmo com a mudança de posicionamento, existem críticos que defendem o reconhecimento da hediondez do tráfico privilegiado sob o argumento de que o legislador, quando previu a benesse do §4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, pretendeu unicamente beneficiar – com redução da pena – os principiantes, ou seja, aqueles com histórico criminal favorável. Isso porque a incidência da causa de diminuição não decorre do reconhecimento de menor gravidade da conduta praticada ou a existência de uma figura privilegiada do crime.

Permanece a reprovabilidade da conduta delitiva por eles praticada, qual seja traficar substâncias ilícitas. (SILVA, 2019

<https://jus.com.br/artigos/72934/trafico-privilegiado-analise- da-hediondez-do-crime-a--luz-da-jurisprudencia-e-a-aplicacao- na-execucao-pena>).

III.III DO ARTIGO 36 DA LEI DOS ENTORPECENTES

Prevê o artigo 36 da Lei dos Entorpecentes que aquele que "financiar ou custear a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34" responderá por crime. Com efeito, o STJ firmou entendimento de que aquele que sustentar com bens ou dinheiro a prática de tráfico de drogas incorrerá nas formalidades do

crime do artigo 36 da Lei dos Entorpecentes, vejamos:

1. O art. 36 da Lei n. 11.343/2006 diz respeito a crime praticado por agente que não se envolve nas condutas de traficância, ou seja, que financia ou custeia os crimes a que se referem os arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei nº 11.343/2006, sem, contudo, ser autor ou partícipe (art. 29 do Código Penal) das condutas ali descritas. 2. Em relação aos casos de tráfico de drogas cumulado com o financiamento ou custeio da prática do crime, o legislador previu, de maneira expressa, a causa especial de aumento de pena prevista no inciso VII do art. 40 da Lei n. 11.343/2006". (HC 306136/MG, 6ª Turma, Relator Min. Rogério Schietti Cruz, Data do Julgamento: 03/11/2015).

Assim sendo, não há como haver concurso de crimes entre as condutas dos artigos 33 e 34 com o artigo 36 da Lei dos Entorpecentes.

III.IV. DA COLABORAÇÃO COM O TRÁFICO DE DROGAS

Prevê o artigo 37 da Lei dos Entorpecentes que aquele que "colaborar, como informante, com grupo, organização ou associação destinados à prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34" da Lei dos Entorpecentes responderá por crime, com pena de reclusão de 2 a 6 anos e pagamento de 300 a 700 dias-multa. Para tanto, o STJ já decidiu:

O tipo penal trazido no art. 37 da Lei de Drogas se reveste de verdadeiro caráter de subsidiariedade, só ficando preenchida a tipicidade quando não se comprovar a prática de crime maisgrave. De fato, cuidando-se de agente que participa do próprio delito de tráfico ou de associação, a conduta de colaborar com informações para o tráfico já é inerente aos mencionados tipos. Considerar que o informante possa ser punido duplamente, pela associação e pela colaboração com a própria associação da qual faz parte, além de contrariar o princípio da subsidiariedade, revela indevido bis in idem" (HC 224849/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Data do Julgamento: 11/06/13).

Ou seja, entendeu o STJ que somente irá se configurar o referido delito quando a conduta do agente se restringir ao repasse das informações a organização, associação ou grupo, de modo que o agente não poderá ter nenhuma relação ou envolvimento mais profundo.

III.V. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

Sabemos que o crime de tráfico de drogas está no rol dos chamados crimes equiparados aos hediondos, redigidos pela Lei nº 8072/90. Prevê o §1º do artigo 2º da mesma lei, que os crimes equiparados aos hediondos terão que cumprir a pena, inicialmente, no regime fechado.

Tal matéria foi objeto de discussão sob o argumento de que o referido dispositivo seria inconstitucional, tendo em vista que feriria o princípio constitucional da individualização da pena. Consequentemente o STF foi provocado e emitiu sua decisão, vejamos:

Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. (...) 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que "[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC nº 111.840/ES, Relator Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento: 14/06/2012).

Ou seja, O STF firmou entendimento de que deve prevalecer o princípio constitucional da individualização da pena, princípio este que teria sido violado com o presente dispositivo, razão pela qual reconheceu a inconstitucionalidade do §1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

III.VI. DA CONVERSÃO EM PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Adiante com nossos estudos, vê-se que o artigo 44 da Lei dos Entorpecentes prevê que os crimes do artigo 33, caput e §1º, bem como dos artigos 34 a 37 da mes-

ma lei são inafiançáveis e insuscetíveis de graça, indulto, anistia e liberdade provisória, além de ser vedada também a conversão das suas penas para penas restritivas de direitos.

O referido artigo também foi objeto de discussão quanto a sua constitucionalidade, tendo sido o STF provocado, o qual emitiu o seu parecer, vejamos:

4. No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas, incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26 de junho de 1991. Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes. 5. Ordem parcialmente concedida tão- somente para remover o óbice da parte final do art. 44 da Lei 11.343/2006, assim como da expressão análoga "vedada a conversão em penas restritivas de direitos", constante do § 4º do art. 33 do mesmo diploma legal. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da proibição de substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos; determinando-se ao Juízo da execução penal que faça a avaliação das condições objetivas e subjetivas da convolação em causa, na concreta situação do paciente. (HC 97.256/RS MG, Relator Min. Ayres Britto, Data do Julgamento: 01/09/10).

Ou seja, o STF entendeu que o artigo 44 da Lei dos Entorpecentes não é inteiramente inconstitucional, mas tão somente uma parte do mesmo, qual seja "vedada a conversão em penas restritivas de direitos". Ou seja, o STF entendeu que as demais disposições do referido artigo são constitucionais, se mantendo a impossibilidade de concessão de graça, anistia, indulto e de liberdade provisória para os crimes em que o dispositivo fez menção.

Oportuno ressaltar que o próprio STF entende (REsp 1.358.147/SP) que o "sursis" não foi objeto de ação de constitucionalidade, razão pela qual o mesmo não pode ser aplicado nos casos de crimes de drogas.

III.VIIDA VEDAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA

Com efeito, decidiu o STF: A teor da orientação firmada pela Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal". (HC nº 140.448/SP, Relatora Min. Laurita Vaz, Data do Julgamento: 06/10/11) (SILVA, 2016, p. 159).

Em outras palavras, era pacífico o entendimento de que não é possível a liberdade provisória quando se tratar de crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Porém, dadas várias divergências jurisprudenciais, a matéria foi levada novamente a plenário em 2012, oportunidade em que o STF, através do HC 104.339/SP, declarou a inconstitucionalidade da expressão "liberdade provisória" prevista no caput do artigo 44 da Lei dos Entorpecentes. Considerando tal entendimento, o STF reviu seu posicionamento anterior e decidiu ser ela inconstitucional, vejamos:

1. Considerando a declaração de inconstitucionalidade incidental pelo STF da parte do art. 44 da Lei nº 11.343/06 que vedava a concessão da liberdade provisória aos flagrados no cometimento do delito de tráfico de drogas, possível, em princípio, o deferimento do benefício.

2. Para a manutenção da prisão cautelar nesses casos, faz-se necessária a demonstração da presença dos requisitos contidos no art. 312 do Código de Processo Penal, exatamente como efetuado na espécie. 3. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada". (RHC nº 38.814/SP, Relator Min. Jorge Mussi, Data do Julgamento: 24/09/13).

Portanto, entendimento pacífico perante o STF e STJ (RHC 39.351/PE) de que é possível a liberdade provisória nos crimes de tráfico de drogas desde que observados os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal e é nesse sentido que a professora Talon nos ensina, vejamos:

Destarte, o STF considera admissível a prisão preventiva por tráfico apenas se for verificada a presença de algum dos requisitos do art. 312 do CPP. Como deve ser, destacou-se que a regra é a liberdade, sendo a sua privação uma exceção. Ademais, ainda que o crime seja classificado como equiparado a hediondo (lei 8072/1990), isso não justifica, por si só, a negativa da liberdade provisória. (TALON, 2018,

< http://evinistalon.com/liberdade-provisoria-trafico-de-drogas/>).

III.VIII DO AUMENTO DE PENA DO INCISO III DO ART. 40

Prevê o inciso III do artigo 40 da Lei dos Entorpecentes que a pena dos crimes do artigo 33 a 37 da mesma lei serão aumentadas de um sexto a dois terços se "a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos".

Por ser um dispositivo com vários tipos de estabelecimentos elencados, o mesmo dispositivo foi alvo de discussões em nossos tribunais. Para tanto, no que tange a tráfico de drogas nas imediações de estabelecimento de ensino, vejamos o entendimento do STJ:

A constatação de que o tráfico de drogas era praticado nas imediações de estabelecimento de ensino torna dispensável a comprovação de que o paciente comercializava entorpecentes diretamente com os alunos da escola. (HC nº 121.793/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 22.08.2011).

Ou seja, entendeu o STJ que não importa para quem é fornecida ou comercializada a droga, de modo que basta que a atividade do tráfico se dê nas imediações de estabelecimento de ensino, de modo que o importante é o local e não a pessoa para caracterizar a presente causa de aumento de pena, posicionamento este que foi reafirmado pelo mesmo STJ mais recentemente no REsp nº 1.590.109, julgado em 14 de abril de 2016.

Já com relação ao tráfico de drogas nas imediações de presídio, entendeu o STF:

2. A aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III da Lei nº 11.343/06 se justifica quando constatada a comercialização de drogas nas imediações de estabelecimentos prisionais, sendo irrelevante se o agente infrator visa ou não os frequentadores daquele local. Precedentes. (HC nº 138944/SC, Relator Min. Dias Toffoli, Data do Julgamento: 21/03/17).

Como vemos, o mesmo entendimento que o STJ firmou para os casos de tráfico de drogas nas mediações de estabelecimento de ensino o STF adotou para o mesmo delito nas imediações de presídio: o importante é o local em que o

delito é praticado e não para quem ele é praticado.

Deste modo, entende o STJ de que qualquer das causas de aumento de pena do inciso III do artigo 40 da Lei dos Entorpecentes estará evidenciada quando o crime de tráfico de drogas for praticado nas dependências dos locais previstos no dispositivo, não importando para quem o delito é praticado, vejamos:

A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento de que a simples prática do delito na proximidade de estabelecimentos listados no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06 já é motivo suficiente para a aplicação da majorante, sendo desnecessário que o tráfico de drogas vise os frequentadores desses locais." (HC nº 219.589/SP, Relatora Min. Laurita Vaz, Data do Julgamento: 21/02/2013).

Neste sentido nos ensina o professor Silva:

Não há necessidade de que fique demonstrado que o sujeito traficava drogas diretamente com os frequentadores ou ocupantes destes locais, mas que o crime fora praticado nas dependências ou imediações deles. A pena é majorada exclusivamente em razão do lugar onde o tráfico é cometido, uma vez que serão seus frequentadores expostos ao risco inerente à atividade criminosa. (SILVA, 2016, p. 140).

III.IX DO AUMENTO DE PENA DO INCISO V DO ART. 40

Prevê o referido dispositivo que a pena dos crimes dos artigos 33 a 37 será aumentada caso "caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal".

Para tanto, o posicionamento do STJ era de que a caracterização do tráfico interestadual e incidência da majorante dependeria de que o objeto ultrapassasse a fronteira estadual ou do Distrito Federal (AgRg no REsp nº 1.179.926/MT, j. 16.11.2010), porém o STF reviu este entendimento, entendendo que, para a incidência da presente majorante, basta a presença de elementos que sinalizem a destinação da droga para além dos limites estaduais, vejamos:

2. Tráfico de entorpecentes. Causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/2006. Desnecessidade da efetiva transposição da fronteira estadual. 3. Constrangimento ilegal não caracterizado. 4. Ordem denegada. (HC 99452/MS, Relator Min. Gilmar Mendes, Data do Julgamento: 21/09/10).

3.10 Da Circunstância Judicial Pela Quantidade De Drogas

O artigo 42 da Lei dos Entorpecentes prevê que, no caso de condenação pelos delitos da mes-

ma lei, serão observadas, além das circunstâncias do artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Neste sentido, vejamos o entendimento do STJ:

1. O art. 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas. 2. Correta a aplicação da minorante no patamar intermediário, com fundamento na natureza da droga que, embora não tenha sido apreendida em quantidade significativa, possui elevado poder viciante, sobretudo quando demonstrado de forma justa e fundamentada, que a reprimenda é necessária e suficiente para reprovação do crime, apesar da pena-base ter sido fixada no mínimo legal. Precedentes. (HC 136.618/MG, Relatora Min. Laurita Vaz, Data do Julgamento: 01/06/10).

Sob o mesmo entendimento seguido pelo nosso STJ, o professor Silva nos ensina:

"Do mesmo modo, a maior quantidade de droga e/ou seu alto poder viciante são circunstâncias aptas a elevar a pena-base acima do mínimo legal, mesmo que as circunstâncias judiciais (art. 59 do CP) sejam favoráveis ao acusado. (SILVA, 2016, p. 156).

Adiante, como nos ensina o professor Silva, o magistrado, no momento de aplicar a pena, deverá observar o sistema trifásico do artigo 68, fixando-se a pena base, incidindo as possíveis agravantes e atenuantes e, logo após, na terceira fase, as causas de aumento e de diminuição de pena previstas no Código Penal e na legislação especial, vejamos:

Embora a Lei de Drogas não preveja expressamente, o Magistrado deve observar o critério trifásico de fixação das penas estabelecido no artigo 68 do Código Penal, que deve ser aplicado subsidiariamente. Assim, fixada a pena base, o Juiz fará incidir sobre ela eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas (arts. 61, 62, 65 e 66 do CP); sobre o montante da reprimenda já dosada incidirão, ainda, as causas de aumento e de diminuição de pena porventura existentes na parte geral e especial do Código Penal, bem como as previstas na legislação especial.(SILVA, 2016, p. 156).

IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa propôs, como um objetivo geral, estudar a respeito dos entendimentos que estão sendo seguidos pelo STJ e pelo STF a cerca dos crimes de drogas para consumo (artigo 28 da Lei de Entorpecentes) e de tráfico de drogas (artigo 33 da Lei dos Entorpecentes). Para que o trabalho não ficasse incompleto, buscamos estudar todas as decisões dos referidos tribunais a cerca de matérias que se coligavam com os crimes em estudo.

Com relação ao delito do artigo 28 da Lei dos Entorpecentes, a conclusão a que se pode chegar, é que muito embora não caiba a aplicação do princípio da bagatela para o delito de drogas para consumo, o mesmo tem sido alvo constante de nossos tribunais, em especial pela sua pena ser a mais irrisória do âmbito penal do nosso ordenamento jurídico. Diante disto e da violação dos princípios constitucionais da intimidade e da vida privada, nos parece ser uma questão de tempo para que o delito em tela deixe de ser tipificado como crime, matéria esta que, como vimos, já está inclusive em discussão no STF, apesar de, no nosso entender, a decisão mais acertada seria declarar a inconstitucionalidade do crime de drogas para consumo em estabelecimento particular não aberto ao público, vez que o bem jurídico tutelado pelo crime é a saúde pública e esta não é colocada em risco quando o consumo de drogas se dá em locais em que o público não possui acesso, mas é colocada em risco quando o consumo se dá em local público, razão pela qual entendemos que o dispositivo deveria permanecer como crime para consumo de drogas em locais públicos e de fácil acesso.

Não obstante, vimos que outro alvo constante dos nossos tribunais foi o tráfico privilegiado e, dadas as informações apresentadas, concluímos que o presente delito não é reconhecido pelo STF como tão gravoso quanto o crime de tráfico de drogas comum, tendo em vista as suas peculiaridades, sendo que a aplicação do referido privilégio dependerá do caso concreto, pois, como vimos, nossos Tribunais entendem que, caso o agente tenha consigo alta quantidade de entorpecentes, o mesmo não terá como aplicada a diminuição de pena, vez que não cumpriria o requisito de não se envolver em atividades criminosas. Não obstante, vimos que o mesmo requisito não é cumprido dependendo da conduta social do réu, do concurso de agentes, da natureza do entorpecente, dos apetrechos utilizados e das circunstâncias em que a droga foi apreendida, segundo entendimento do nosso STF. Com isso podemos concluir que a aplicação do referido privilégio é possível, mas não é regra e será estudada minuciosamente dependendo do caso concreto.

Adiante, pudemos ver que, apesar do delito de tráfico de entorpecentes ser considerado um dos mais graves do nosso ordenamento jurídico pelos nossos tribunais, sendo, até por isso, equiparado aos crimes hediondos, tal gravidade não impossibilitou que nossos tribunais emitissem julgados que favoreceriam seus agentes, tais como possibilidade de

conversão da pena para penas restritivas de direitos, possibilidade de início do cumprimento da pena em regime que não seja o fechado e possibilidade de liberdade provisória. Com isso, observadas as últimas decisões dos nossos principais Tribunais, podemos concluir que aos poucos estão entendendo não ser o crime de tráfico de drogas tão grave quanto entendiam de início, sendo que a possível declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da mesma lei que está sendo debatida pelo STF sem sombra de dúvidas abrirá mais margem para discussões a respeito do crime de tráfico de entorpecentes.

Podemos ver também que, a luz dos nossos tribunais, os dispositivos da Lei dos Entorpecentes não foram suficientes para elucidar a aplicação de seus dispositivos para determinados casos concretos, como foi o que aconteceu com a figura do tráfico privilegiado e com as causas de aumento de pena por tráfico de entorpecentes nas imediações de estabelecimento de ensino e de presídios. Diante da omissão, entendemos que foi mais que necessária a provocação dos nossos principais tribunais para que se manifestassem a respeito das matérias, complementando as informações que a lei não nos trouxe.

Assim sendo, considerando que a Lei dos Entorpecentes passou por diversas discussões em nossos principais Tribunais apesar dos seus apenas 13 anos de existência, concluímos que ainda há muito o que discutir a seu respeito, podendo a mesma passar ainda por diversas modificações ou ser alvo de decisões judiciais que complementem as lacunas que possui.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941).

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

LIMA, Renato Brasileiro De. Legislação CRIMINAL ESPECIAL COMENTADA,
4. ed: EDITORA JusPODIVM, 2016.

MALULY, Jorje Assaf. Lei 11.343/06. A despenalização de posse de drogas para consumo pessoal. 2014.
<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/417-lei-11-343-06-a-- espenalizacao-da-posse-de-drogas-para-o-consumo-pessoal.html>. Acesso em 09 de julho de 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. LEI DE DROGAS COMENTADA, 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, Nathália Christina Rosa da. Tráfico privilegiado: análise da hediondez do crime à luz da jurisprudência e a aplicação na execução pena. 2019.
<https://jus.com.br/artigos/72934/trafico-privilegiado-analise-da--hediondez-do- crime-a-luz-da-jurisprudencia-e-a-aplicacao-na-execucao-pena>. Acesso em 09 de julho de 2019.

STF. RECURSO EM HABEAS CORPUS : RHC 94.806/PR . Relator: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 16/04/2010. Disponível em:
<http://www.tjpi.jus.br/themisconsulta/pdf/17797001>. Acesso em 9 jul. 2019.

STF. HABEAS CORPUS : HC 143.978 SP. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso DJ: 18/05/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc- barroso-importacao-semente-maconha1.pdf>. Acesso em 9 jul. 2019.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO : RE 430.105-9 RJ. Relator: Ministra

Sepúlveda Pertence DJ: 13/02/2007. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>. Acesso em: 09 jul. 2019.

STF. HABEAS CORPUS : HC 138.944/SC . Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 21/03/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1327908 4>. Acesso em 9 jul. 2019.

STF. HABEAS CORPUS : RHC 97.256/RS . Relator: Ministra Ayres Britto. DJ: 01/09/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617879

STF. HABEAS CORPUS: HC 118.533. Relator: Ministra Carmen Lúcia. DJ: 23/06/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1167799 8>. Acesso em 9 jul. 2019.

STF. HABEAS CORPUS: HC 111.840 ES. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJ: 14/062012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc111840dt.pdf>. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AgRG no AREsp 1093488 / RS 2017/0106309-0
. Relator: Ministro Jorge Mussi DJ: 12/12/2017. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2094094 >. Acesso em 09 jul. 2019.

STJ. HABEAS CORPUS : HC 306136 MG 2014/0257053-3. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz DJ: 03/11/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153360710/habeas-corpus-hc- 306136-mg-2014-0257053-3/decisao-monocratica-153360720?ref=serp

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AgRG no AREsp 1536313/SC
. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior - DJ: 15/10/2015. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.6:acorda o;resp:2015-10-15;1546313-1482626>. Acesso em 09 de jul. 2019.

STJ. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL : AgRG no AREsp 1052340 / SC 2017/0026223-0 . Relator: Ministro Rogério Schietti - DJ: 15/05/2017. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2031604> Acesso em 9 jul. 2019

STJ. HABEAS CORPUS : HC 313677 / RS 2015/0001931-9 . Relator: Ministro Reynaldo Soares - DJ: 29/06/2016. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/809>. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. HABEAS CORPUS : HC 120684 / RJ. Relator: Ministro Og Fernandes - DJ: 18/02/2010. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;-turma.6:acorda o;hc:2010-02-18;120684-1007713>. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. RECURSO EM HABEAS CORPUS : RHC 38814 SP 2013/0182180-2.
Relator: Jorge Mussi - DJ: 24/09/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24227600/recurso-ordinario-em- habeas-corpus-rhc-38814-sp-2013-0182180-2-stj/relatorio-e-voto- 24227602?ref=serp>. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 219589 SP 2011/0227977-6 Relator: Ministro Gilmar Mendes - DJ: 21/02/2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23066323/habeas-corpus-hc-219589- sp-2011-0227977-6-stj/relatorio-e-voto-23066325?ref=juris-tabs>. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. HABEAS CORPUS: HABEAS CORPUS : HC 99452 MS. Relator: Ministro Gilmar Mendes - DJ: 21/09/2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16548057/habeas-corpus-hc-99452- ms/inteiro-teor-103548925>. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. HABEAS CORPUS: : HC 136618 MG 2009/0094518-8. Relator: Ministra Laurita Vaz - DJ: 01/06/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/15267043/habeas-corpus-hc-136618- mg-2009-0094518-8/inteiro-teor-15267044>.. Acesso em 9 jul. 2019.

STJ. Súmula nº 512, julgado em 11/06/2014.

TALON, Evilis. Liberdade provisória x tráfico de drogas. 2018. Disponível em: <http://evinistalon.com/liberdade-provisoria-trafico-de-drogas/>. Acesso em 9 jul. 2019.

FAMÍLIA NA CONSTITUIÇÃO

DENISE CARVALHO KLAUS
Discente do 3º ano do curso de Direito da faculdade Anhanguera de Bauru. Possui em seu portfólio cursos extracurriculares como Liderança e Motivação (Unopar) e Qualidade em Serviços (FGV). Atualmente desempenha a função de estagiária de Direito no escritório Oliveira Campos Advogados, com ênfase em Direito de Família.

SUMÁRIO

RESUMO---------- 227

I. INTRODUÇÃO ---------- 228

II. BREVE HISTÓRICO---------- 229

III. FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO---------- 229

IV. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS ---------- 231

V. MUTAÇÕES NORMATIVAS POSITIVADAS---------- 232

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 234

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 235

RESUMO

A evolução é algo intrínseco na sociedade, sendo que no último século tem ocorrido de maneira exponencial. Essa rápida evolução traz à tona os mais diversos dilemas, dentre eles, a falta de reconhecimento e regulamentação de algumas unidades familiares, situações que precisam ser enfrentadas no campo jurídico, sempre pautando-se nos princípios basilares do Estado democrático de direito, pois o legislador fora omisso em relação a alguns tipos familiares, quando da promulgação da Carta Magna, talvez porque a sociedade da época não contava com muitos exemplos, surgindo duvidas em relação ao enquadramento como unidade familiar. A intenção desse artigo não é de exaurir o tema, mas trazer reflexão, gerar questionamentos, haja vista que o mesmo ainda encontra na sociedade certo tipo de resistência em sua discussão, sendo necessária atualização normativa.

PALAVRAS CHAVES: Família, Constituição, Princípios Constitucionais, Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT

Evolution is something intrinsic in society, and in the last century has occurred in an exponential way. This rapid evolution brings to light the most diverse dilemmas, situations that must be faced in the legal field, always based on the basic principles of the democratic State of law. The legislator was silent about certain types of family, when promulgating the Constitution, it is not known if intentionally, or because there are not many examples, and this gave rise to doubts regarding the framework or not as a family unit. The intention of this article is not to exhaust the theme, but to bring reflection, to generate questions, since it still finds in society a certain type of resistance in its discussion and regulatory updating required.

KEY WORDS: Family, Constitution, Constitutional Principles, Democratic State of Law.

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca refletir sobre a família na sociedade brasileira e a evolução percebida, partindo da análise crítica do texto Constitucional e dos princípios norteadores do Estado democrático de direito.

Percebe-se a existência da família em período anterior à regulação Estatal, muito embora o Estado tenha durante alguns períodos da história considerado família apenas aquela formada pelo matrimonio, as mudanças advindas na sociedade fizeram com que o legislador alterasse a percepção a respeito das unidades familiares, e quando da promulgação da Carta Magna em 1988, sobreveio maior abrangência, de forma a não causar exclusões.

A partir da constituição de 1988, a dignidade da pessoa humana torna-se referência para a promulgação das normas constitucionais, tendo por base os direitos e garantias fundamentais onde o indivíduo passa a ser centro e não mais é apresentado como objeto. Nesse sentido, a família é pautada pelo principio da afetividade e não mais nos interesses de propriedade.

Sendo então o Brasil um estado democrático de direito, que consagra o respeito máximo ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, seria no mínimo incoerente que leis infralegais afrontem a Carta Magna.

Assim, fundamentado nos princípios intrínsecos ao texto constitucional e baseando-se na pluralidade familiar existente na realidade brasileira, considera-se que todas as famílias possuem proteção do Estado.

II. BREVE HISTÓRICO

A palavra família tem origem no latim família, que significava "grupo doméstico" ou o conjunto das propriedades de alguém, isso incluía os escravos e os servos. Analisando a origem de nosso Direito, o qual se desenvolveu a partir do Direito Romano, podemos vislumbrar que a sociedade era patriarcal, onde o pai detinha total poder sobre sua mulher e filhos, pois eram considerados como objetos de sua propriedade, podendo decidir sobre tudo, inclusive dispor sobre a vida dos filhos.

Já na sociedade brasileira refletiu-se tal patriarcado, herança do direito romano, sendo comum encontrarmos em nosso ordenamento jurídico seus traços, a exemplo pode-se citar o poder marital, ou seja, o pai, chefe da família, centralizava o poder e exercia controle sobre a esposa e filhos, como se propriedades fossem.

Contudo, a Constituição Federal de 1988 rompe com o pa-

triarcado, acompanhando a evolução da sociedade à época, instituindo igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges ou companheiros, inclusive o seu texto constitucional inova ao reconhecer no artigo 226, § 4º a família monoparental, vejamos: "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". Por haver no país um numero crescente de famílias monoparentais, fruto do aumento de casos de divórcio.

A sociedade brasileira atual reflete as profundas transformações no âmbito familiar, pois a família patriarcal, que era tida como tradicional, a cada dia mais vem diminuindo e sofrendo mutações. Há duas décadas o padrão de famílias brasileiras era como sendo composta por pai (chefe de família), mãe e filhos, contemporaneamente, existe uma pluralidade familiar.

TRAD (2010, p.108), descreve a família contemporânea da seguinte forma: "a família contemporânea se caracteriza pela multiplicidade na sua composição e dinâmica relacional". É indubitável que a realidade cultural das famílias brasileiras é outra, o que exige uma mudança de postura por parte dos legisladores e juristas.

O conceito de família sofreu grandes mutações ao longo da história da humanidade, logo em nosso ordenamento jurídico não poderia ser diferente; ele deve, acompanhando a própria evolução da sociedade, evoluir. Destarte que a família deve ser compreendida hoje como a célula na qual o ser humano pode se desenvolver completamente, trabalhando sua individualidade, tendo como base os princípios do Direito de Família e o de igual importância, princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, não há sentido no Direito manter-se estático, ao contrário, ele deve adaptar-se a sociedade, acompanhando sua evolução através do fenômeno da mutação constitucional, que é a alteração do significado do texto, todavia sem alterar a letra. O texto da lei passa a ser interpretado de maneira que se adeque com a nova realidade onde está inserido.

III. FAMÍLIA E A CONSTITUIÇÃO

A Constituição Federal de 1988 trata da Família em seu artigo. 226, trazendo um rol exemplificativo, o qual não exclui a possibilidade de outros modelos de entidade familiar. Vejamos:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a

lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010).

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

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Nesse ínterim, a Constituição rompe com o modelo patriarcal de família, concedendo tratamento igualitário a homens e mulheres, classificando o casal como corresponsáveis pelo gerenciamento da família, planejamento familiar e criação dos filhos quando houver, Maria Helena Diniz ressalta acerca desse princípio:

Com este princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, desaparece o poder marital, e a autocracia do chefe de família é substituída por um sistema em que as decisões devem ser tomadas de comum acordo entre conviventes ou entre marido e mulher, pois os tempos atuais requerem que marido e mulher tenham os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, o patriarcalismo não mais se coaduna com a época atual, nem atende aos anseios do povo brasileiro; por isso juridicamente, o poder de família é substituído pela autoridade conjunta e indivisiva, não mais se justificando a submissão legal da mulher. Há uma equivalência de papéis, de modo que a responsabilidade pela família passa a ser dividida igualmente entre o casal.". (DINIZ, 2008, p. 19).

A nossa Carta Magna ficou conhecida como a Constituição Cidadã, pois traz em seu bojo a ampla garantia aos direitos fundamentais. Ela é peça fundamental para a consolidação do Estado democrático de direito. Nesse sentido, Rolf Madaleno dispõe claramente:

[...] imaginar pudesse o texto constitucional restringir sua proteção estatal exclusivamente ao citado trio de entidades familiares (casamento, união estável e relação monoparental), olvidando-se de sua função maior, de dar abrigo ao sistema democrático e garantir a felicidade através da plena realização dos integrantes de qualquer arquétipo de ente familiar, lastreado na consecução do afeto, pois, como prescreve a Carta Política, a família como base da sociedade, tem especial proteção do Estado (CF, art. 226) e um Estado Democrático de Direito tem como parte integrante de seu fundamento e existência a dignidade da pessoa

humana (CF, art. 1º, inc. III), que sob forma alguma pode ser taxada, restringida ou discriminada e prova disso foi a consagração do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união homoafetiva como entidade familiar" (2013:5).

Ou seja, não pode o Estado democrático de direito reproduzir a intempérie de excluir de sua proteção as minorias, que habitualmente são as que mais necessitam de amparo, e de forma alguma pode o Estado ecoar qualquer tipo de ação discriminatória, ao contrário, cabe a ele traçar diretrizes, e planos de ação, para inibir ações discriminatórias, e trazer equidade aos brasileiros que se enquadrem nessas minorias sociais.

IV. PRINCIPIOS CONSTITUCIONAIS

A perspectiva do Direito de família deve englobar, pautada na Constituição, os valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a isonomia, a solidariedade social, e a afetividade. E sendo esses os princípios basilares, não ha preferência na proteção a um tipo de família em detrimento de outro.

O princípio do pluralismo familiar admite a existência de diferentes meios de formação dos núcleos familiares, o que antes só era possível através do casamento, com a evolução da sociedade essa compreensão foi alterada, conforme explica Dias (2009, p. 66) "É encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares".

Para Jacques Lacan (2008) a família é como:

Um grupo cultural e não natural, surgindo primeiramente como uma estruturação psíquica, onde cada membro desenvolve e representa seu papel funcional – pai, mãe e filho – sem haver, necessariamente, laços sanguíneos entre eles. É exatamente esta estruturação psíquica que permite o êxito do instituto da adoção. A família é a responsável pela transmissão da primeira educação, repressão dos instintos, aquisição da língua, desenvolvimento psíquico e comportamental.

Então se a família não é natural, tampouco meramente laço sanguíneo, mas sim ligação de afeto e solidariedade, o Direito não deve ser responsável pela decisão de como ou com quem a família irá se constituir. Compete ao Estado direcionar apenas os princípios do Direito para que os cidadãos tenham a liberdade de optar pela melhor forma de viver, inclusive no que concerne a condução das relações familiares.

Diante disso resta evidenciar que a responsabilidade do legislador é de regulamentar, utilizar-se das circunstâncias cotidianas

como referência para embasar os princípios, sem nunca permitir que seu juízo de valor passe a ser percebido acima da Justiça, sob pena de gerar leis inúteis que não se adequem a realidade, ou ainda pior, amparar injustiças e preconceitos. Nesse sentido Fabio Alexandre Coelho (2007, p. 123) apud Norbert Rouland (2003, p. 1) esclarece que:

O legislador não deve perder de vista que as leis são feitas para os homens, e não os homens para as leis; que estas devem ser adaptadas ao caráter, aos hábitos, à situação do povo, para o qual são feitas.

O não reconhecimento como família daquela que é formada por pessoas do mesmo sexo, ou ainda as famílias formadas por avós e netos, apenas filhos sem nenhum genitor, consiste em grave afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio esse que é o sustentáculo dos direitos fundamentais. Sendo o Brasil um Estado democrático de direito, isso se torna inconcebível, haja vista que é preceito inegociável o respeito aos direitos humanos e garantias fundamentais.

V. MUTAÇÕES NORMATIVAS POSITIVADAS

Das lições de Del Vecchio (1972, p. 66) extrai-se que, o que não é proibido, é licito, e não deve ser punido, logo se a Carta Magna não restringiu os modelos de família, não pode haver punição, em forma de exclusão, às minorias menos convencionais, considerando que existem nessas minorias tipos familiares que também devem gozar de proteção do Estado.

Igualmente é necessário que o Direito, acompanhando a evolução da sociedade, altere suas normas positivadas para que passe a abranger a todos. Nesse sentido, Del Vecchio (1972, p. 52) esclarece a necessidade de mutação das normas:

[...] advirta-se também que, como já foi notado pelos pensadores antigos e melhor demonstrado pela ciência moderna, a variabilidade do direito positivo é uma consequência necessária da sua conexão com outros factos sociais. Impossível estudar o direito positivo de certo povo, em certo momento, prescindindo de atender às condições de vida; a gênese e a duração de cada instituto estão vinculadas a determinadas condições. Se estas se modificam, terá o direito positivo de se modificar também. Este, por conseguinte, não é apenas mutável, mas necessariamente mutável: acha-se sujeito à lei da relatividade histórica.

Em um tom crítico bem perspicaz, Fabio Alexandre Coelho (2007, p. 123) apud Osvaldo Ferreira de Melo (1994, p 45) expos:

Entretidos com a exclusiva função de explorar o sistema positivo, muitos juristas se negam a ver

no Direito um papel transformador e progressista, e consideram inoportuno, senão inconsequente, todo esforço para a justificação da norma. Parece que a maioria dos estudiosos das ciências sociais e econômicas aceitam como dogmático ou questão de fatalidade que o Direito seja a expressão da vontade das classes dominantes e um meio de garantir toda dominação. Pouco se tem feito no mundo jurídico para recuperar a real posição que deva ter o Direito no processo global de transformação do presente e na construção do futuro melhor.

Não se pode permitir a perpetuação da dominação de classes em um estado cujo princípio basilar seja o da dignidade da pessoa humana e pautado nessa premissa, isso não permite que o Estado interfira na vida particular de cada indivíduo.

No entendimento de Lobo (2002, p.6), "o objeto da norma constitucional não é a família em si, como valor autônomo, em detrimento das pessoas humanas que a integram", mas o bem-estar dos indivíduos e a realização pessoal de cada um.

Desde o julgamento conjunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, pelo Supremo Tribunal Federal, em 05 de maio de 2011, o numero de ações envolvendo reconhecimento de união estável homoafetivas vem crescendo no judiciário. A jurisprudência vem trazendo o reconhecimento desejado a essas famílias, segundo a advogada Viviane Girardi:

A jurisprudência brasileira, acompanhando a tônica internacional, considera que [...] as uniões homossexuais vão além do simples fato de se constituírem por pares do mesmo sexo, pois são uniões que têm sua gênese no afeto, na mútua assistência e solidariedade entre os pares, e, dessa forma, não seria mais possível se deixar de reconhecer efeitos jurídicos para esse tipo de união". (Girardi, 2005, p. 50).

A Constituição Federal fora omissa quanto à questão de homossexualidade, e esse silêncio deve ser interpretado sempre da melhor maneira. Nesse sentido Lobo descreve:

O caput do art. 226 é, consequentemente, cláusula geral de inclusão, não sendo admissível excluir qualquer entidade que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade. A regra do § 4º do art. 226 integra-se à cláusula geral de inclusão, sendo esse o sentido do termo "também" nela contido. "Também" tem o significado de igualmente, da mesma forma, outrossim, de inclusão de fato sem exclusão de outros. Se dois forem os sentidos possíveis (inclusão ou exclusão), deve ser prestigiado o que melhor responda à realização da dignidade da pessoa humana, sem desconsideração das entidades familiares reais não explicitadas no texto.

A ausência de previsão explícita em leis não é impedimento para sua real existência, fato inconteste que as famílias homoafetivas existem e essas uniões encontram-se amparadas constitucionalmen-

te. Os tribunais vêm recepcionando e julgando ações nesse sentido e reconhecendo a existência das famílias homoafetivas, inclusive determinando a órgãos previdenciários a concessão dos benefícios devidos aos cônjuges e companheiros.

A doutrina tem encontrado fundamento para as decisões nas normas constitucionais, mais precisamente no artigo 5º, que prevê os direitos e garantias fundamentais; em seus incisos, garante a igualdade sem distinção de qualquer natureza, a liberdade, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As famílias no passado foram consideradas como propriedades, dispensando aos indivíduos pertencentes a essa família o status de objeto. Juízo esse que fora rompido no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Cidadã em 1988. Desde então a sociedade tem evoluído e o Brasil hoje é composto por uma pluralidade familiar e definir um único modelo familiar, seria o mesmo que causar exclusão dos modelos existentes e sem regulamentação.

A Constituição Federal adotou uma postura abrangente, de inclusão, de maneira a não deixar sem proteção as minorias e qualquer interpretação diversa afronta diretamente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, princípio esse que é sustentáculo para o Estado democrático de direito.

Cada família é única, formada por indivíduos igualmente singulares, não cabendo ao Estado interferir em suas relações afetivas, familiares e na vida privada, sob pena de ferir a própria Constituição Federal, que previu os direitos e garantias fundamentais. Portanto não deve haver regras para modelos únicos ou primazias em relação aos tipos familiares, porque o que torna um grupamento de pessoas como família são os princípios de afetividade e solidariedade existente entre seus membros.

Não podem as leis infraconstitucionais tentar trazer o que a Carta Magna, excluiu, isto é, singularizar um modelo familiar para dedicar a proteção do Estado, já que na Constituição o rol do artigo 226 é exemplificativo e não taxativo.

A Constituição, quando tratar de família, deverá se referir a todo e qualquer tipo de unidade familiar, devendo o Estado tutelar a sua proteção e amparo sem distinções de qualquer natureza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, Constituição Da República Federativa Do Brasil – 1988. In Vade Mecum Saraiva. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

COELHO, Fabio Alexandre. Processo legislativo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.67.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família. v. 5, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIRARDI, Viviane. Famílias contemporâneas, filiação e afeto. A possibilidade jurídica da adoção por homossexuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LACAN, Jacques. Os complexos familiares na formação do indivíduo. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

MADALENO, Rolf. Curso de direito de família. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TRAD, Leny Alves Bomfim. A família e suas mutações: subsídios ao campo da saúde. In: Família contemporânea e saúde – significados, práticas e políticas públicas. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2010.

VECCHIO, Giorgio Del. Lições de filosofia do direito. BRANDÃO, Antonio José. (Trad.). v. 2. Coimbra: Coimbra, 1972.

O DIREITO À IGUALDADE E A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO AO TRABALHO DO TRANSGÊNERO NO SEGMENTO DESPORTIVO

MANOEL AFONSO LOSILA
Advogado, Pós-graduado em Gestão de Pessoas e Sistema de Informação, Direito Bancário, Direito Processual Civil, pós-graduando em Gestão Pública e mestrando na Instituição Toledo de Ensino.

SUMÁRIO

RESUMO ---------- 237

INTRODUÇÃO ---------- 238

I. DO DIREITO À IGUALDADE ---------- 239

II. DO TRANSGÊNERO ---------- 241

III. DIFICULDADE DE ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO DESPORTIVO ---------- 244

IV. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EMPREGABILIDADE DO TRANSGÊNERO NO SEGMENTO DESPORTIVO ------ 248

CONCLUSÃO ---------- 252

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 254

PALAVRAS-CHAVE: Direito à igualdade. Transgênero. Segmento desportivo. Mercado de trabalho.

RESUMO

Na atualidade, o preconceito e a intolerância exacerbam a sociedade ao ponto de dificultar a aplicação da isonomia e da liberdade entre pessoas, em especial, aquelas que ao longo da vida, fizeram escolhas próprias distintas das demais, aquelas que se identificam com gênero que não o de seu sexo atribuído. A mudança de gênero quando da realização da respectiva cirurgia, ainda polêmica e evitada pela sociedade, dificulta a inserção daquele no mercado de trabalho, ainda mais, no ramo desportivo, lugar em que o preconceito impera de forma primitiva. Neste tema, a opção pela mudança de gênero dificulta que a igualdade, liberdade e a possibilidade de inclusão no mercado de trabalho destas pessoas ocorram de forma natural. A transfobia, tida como uma espécie de preconceito em desfavor aos travestis, transexuais e transgêneros, trata-se de consequência negativa hodiernamente, em todas as classes sociais, atividades laborais e locais que se possa idealizar. Com isso, o estudo em espeque irá abranger de forma particularizada o direito à igualdade, as garantias constitucionais, bem como as políticas públicas desenvolvidas como forma de amparo e aplicação aos direitos e garantias previstas na Constituição Federal, aplicáveis àqueles que optaram pela transgeneridade no momento de sua inclusão no mercado de trabalho, em especial, no segmento do ramo desportivo.

ABSTRACT

At present, prejudice and intolerance exacerbate society to the point of hindering the application of isonomy and freedom among people, especially those who throughout life have made their own distinct choices from the others, those who identify with gender other than of their assigned sex. The change of gender at the time of the respective surgery, which is still controversial and avoided by society, makes it difficult to insert it into the labor market, even more so in the sports sector, a place where prejudice prevails in a primitive way. In this regard, the option of gender change makes it difficult for women to have equality, freedom and the possibility of their inclusion in the labor market. Transphobia, regarded as a kind of prejudice against transvestites, transsexuals and transgenders, is a negative consequence today, in all social classes, work and local activities that can be idealized. With this in mind, the special study will specifically cover the right to equality, constitutional guarantees, as well as the public policies developed as a form of protection and application to the rights and guarantees provided for in the Federal Constitution, applicable to those who have opted for transgeneration at the moment of their inclusion in the labor market, especially in the sports sector.

Keywords: Right to equality. Transgender. Sports segment. Job market

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o acesso do indivíduo Transgênero no mercado de trabalho, voltado ao segmento desportivo, contudo, antes mesmo de adentrar ao tema, interessante explicitar o estudo do direito à igualdade com ênfase à garantia constitucional de direito ao trabalho, a liberdade, segurança e propriedade às pessoas que se inserem no mercado de trabalho, seja ele qual for. O tratamento igualitário com a proteção da liberdade de ir e vir do cidadão, deve-se estender-se igualmentes aos transgêneros, aqueles que optaram pela mudança de gênero do qual lhe é atribuído, mas que não se adaptam e não se veem como tal.

Ainda que a igualdade, liberdade, a vida e a propriedade estejam assegurados pela Constituição Federal de 1988, é sabido que, na prática, desde os primórdios, suas aplicações são restritas e quase imperceptíveis, uma vez que a cada década a intolerância e o preconceito elevam-se em demasia, restringindo ainda mais as escolhas, opiniões, mudanças e atitudes dos seres humanos, a visão e o conceito de gênero não é diferente, pelo contrário, talvez um dos maiores preconceitos e intolerância sejam justamente voltados ao gênero, ainda mais, a sua mudança.

Diante disto, os transgêneros, sendo estes o focal do presente estudo, vivenciam diariamente a chamada "transfobia", o preconceito em face do indivíduo que, através de cirurgia, objetivando mudança de gênero, realiza a alteração de seu sexo biológico para o sexo adverso que se propõe, pessoas que, indiscutivelmente, travam batalhas diárias a fim de firmar seus posicionamentos e posturas diante da sociedade extremamente rude e inflexível, se assim pode dizer, com a transgeneridade.

Tema atual e polêmico, a transgeneridade no Brasil ainda é vista com tamanha intolerância e irredutibilidade perante a sociedade como um todo, o fato de uma pessoa desejar a equiparação ao sexo que objetiva, não sendo aquele biologicamente concebido, acaba por gerar diversas questões que a impedem de se igualar e possuir a liberdade como todos os outros, independentemente de suas escolhas.

No Brasil, a busca pela identidade e espaço por indivíduos transgêneros ainda se encontra dificultosa e deve percorrer longos caminhos, uma vez que a receptividade dos brasileiros é prevalentemente negativa e inflexível, até mesmo, juridicamente, os transgêneros ainda não possuem legislação específica, o que lhe dariam uma maior facilidade em busca da igualdade, liberdade e propriedade diante de suas escolhas.

Corroborado a isto, se no dia a dia a luta é constante, não é para menos no segmento desportivo, a sociedade acostumada

a heterossexualidade, no esporte, o preconceito e a intolerância são ainda maiores, os transgêneros quando inclusos no desporto tendem a serem equiparados como indivíduos "diferentes", com pretensões de se sobressaírem fisiologicamente aquela categoria de gênero desportiva, v.g., o voleibol feminino quando da inserção de uma transgênero na modalidade, gerou e ainda gerará divergências e impugnações diante de eventual vantagem que a transgeneridade traria, sem sequer atentarem-se ao fato de que, a mudança de gênero não somente altera o sexo de uma pessoa, mas também sua fisiologia, a ponto de equiparar-se ao máximo, ao homem e à mulher, nesta senda, o estudo visará aprofundar tais questões e fatores polêmicos acerca do acesso do transgênero ao mercado de trabalho.

I. DO DIREITO À IGUALDADE

Em uma primeira análise, interessante a menção à igualdade conceituada por Aristóteles, quando de sua comparação com um sentido de justiça, neste passo, torna-se mais fácil a compreensão de igualdade e sua aplicação prática, os princípios emanados pelo Constituinte quando da promulgação de nossa Carta Magna, vislumbra-se límpido e lúcido no papel, mas complexo e obscuro de ser implantado na sociedade.

Ainda neste contexto, oportuna a conceituação pelo filósofo grego em referência:

Desse modo, como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme a lei são justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme a Lei, e dizemos que cada um deles é justo. Nas disposições sobre todos os assuntos as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles que detêm o poder ou algo semelhante, de tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que compõem para a sociedade política. (ARISTÓTELES, 2004, p. 15).

Logo, em uma interpretação constitucionalista, o princípio da igualdade inserto no Artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988, alude a distinção de qualquer natureza de forma protetiva a sua não violação, direito este que além de elencado como um dos basilares princípios constitucionais possui natureza abrangente, não devendo pela sociedade atribuir-lhe à frente juízos próprios de valores.

Nesta mesma compreensão, a ênfase voltada ao mercado de trabalho torna-se ainda mais simples pela conclusão de que os princípios constitucionais, em es-

tudo, o princípio da igualdade, possui características genéricas quando da sua visão aplicada ao cotidiano social. Nso Brasil, o direito à igualdade vigora quase como um espectro, todos desdenham, mas sabem de sua existência, nas belas palavras do brilhante Doutor e Professor Walter Claudius Rothenburg (2003, p. 22):

Desconsiderar que os princípios já carregam um certo e suficiente significado, e sustentar sua insuperável indeterminação, representa desprestigiar sua funcionalidade em termos de vinculação (obrigatoriedade), continuando-se a emprestar-lhes uma feição meramente diretiva, de sugestão, o que não se compadece, absolutamente, com a franca natureza que se lhes deve reconhecer.

Desta forma, se a dificuldade impera ao cotidiano do indivíduo, conceituado levianamente como "comum" (homens e mulheres heterossexuais), no que diz respeito ao acesso ao mercado de trabalho, para aqueles que realizaram a mudança de gênero eleva-se a um nível ainda maior. Vários princípios norteiam e garantem o acesso ao trabalho, a dignidade da pessoa humana, a inviolabilidade do direito à vida, igualdade, liberdade, da não discriminação e assim inúmeros outros, corriqueiramente, o ramo laboral tende a expurgar os transgêneros de quaisquer possibilidades ou oportunidades que lhe apareçam.

Dito isto, a garantia constitucional de acesso ao trabalho, a livre procura e oportunidade de um emprego está disposto no Artigo 170, inciso VII da Constituição Federal de 1988, assim vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VIII - busca do pleno emprego; [...]

Não menos importante, mais adiante no mesmo Diploma Constitucional, o Artigo 193, preconiza: "Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais".

Indubitável e inequívoco que os princípios constitucionais somam-se à garantia de acesso ao trabalho, da empregabilidade para todos, erradicando-se o desemprego e proporcionando garantia às minorias para inserção no ramo laboral, os transgêneros enquadram-se dentro de todas estas sistemáticas e conceituações legais, que os amparam de igual forma, pois a transgeneridade não deve ser tida como se patologia fosse, mas sim, uma opção e busca pela diversidade de gênero daquele que lhe foi atribuído, a garantia constitucional do direito ao trabalho deve ser postulada sob a égide da equidade social.

Corroborado ao exposto, o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à segurança, igualmente não se pode olvidar, pois constituem direitos fundamentais inerentes ao ser humano, passíveis sem distinção de qualquer nature-

za, o direito à vida, em uma análise em segunda percepção, refere-se ao direito do indivíduo ter uma vida digna, prezando o bem-estar sem desigualdades sociais, o que vai de encontro à igualdade, pois preza que as diferenças devem ser superadas por um bem maior, a vida.

Nesta toada, o indivíduo transgênero ainda é segregado pelas expressões e opiniões daqueles que rechaçam a mudança de gênero, tratando-os como se doentes fossem, a liberdade de expressão não pode ser confundida com segregação de personalidade e escolhas, devendo ser sancionada qualquer comportamento que a exacerbe:

Malgrado a livre expressão do pensamento seja um requisito fundamental para o desenvolvimento do ser humano, esse direito não é absoluto. O seu gozo não pode ultrapassar os direitos da personalidade (intimidade, honra e vida privada) de outras pessoas, por serem esses direitos igualmente importantes na tutela da dignidade da pessoa humana (VAROLO; AGUIRRE, 2016, p. 18).

Deve ser igualmente garantida ao transgênero o direito à segurança, à propriedade e à sua liberdade, estendendo-se de igual modo a interpretação dada pelo texto Constitucional, ainda que com muita restrição no Brasil, a transgeneridade é vista como algo repreensível, posto que historicamente alguns resquícios de que a sociedade deve ser constituída de homens e mulheres heterossexuais, se perpetuam, dificultando a liberdade de ir e vir daqueles que a distinguem.

O homem nasce livre, e por toda a parte encontra-se a ferros. O que se crê senhor dos demais não deixa de ser mais escravo do que eles. [...] A ordem social, porém, é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. [...] Haverá sempre uma grande diferença entre subjugar uma multidão e reger uma sociedade. (ROUSSEAU, Jean- Jacques. Do contrato social. [1762]. São Paulo: Abril, 1973. p. 28, 36).

Ao final, imperiosa a percepção da sistemática social do Autor acima transcrito, em épocas que ainda assim, por longínquas que sejam da atualidade, se assemelham veementemente a sociedade moderna, mas com uma espaçosa contenda entre o julgamento e o regimento de uma sociedade.

II. DO TRANSGÊNERO

Inicialmente, o transgênero nada mais é do que um indivíduo que biologicamente concebido em determinado gênero, seja ele feminino ou masculino, ao longo de sua vida vem à tona a percepção, o desejo e a certeza de que nasceu em um “corpo estranho”, não possuindo identidade com o sexo que lhe foi atribuído

biologicamente, visando assim, sua mudança ao sexo oposto.

A transfobia profundamente estabelecida na sociedade brasileira, por si só, já basta para explicar a dificuldade por que pessoas com essa identificação passam para alcançar sua condição de dignidade humana. Ela pode ser observada no cotidiano, seja pela violência, pelo escárnio ou pela invisibilidade aos quais a população transgênera é submetida. Contudo, ela também pode ser esmiuçada por estatísticas. SLC0631 – Psicologia da Educação 2 Prof. José Fernando Fontanari Autor: Rodrigo Tavares Machado. Disponível em http://www.gradadm.ifsc.usp.br/dados/20162/SLC0631- 1/transgeneros.pdf. Acesso em 27/07/2018.

No tocante à receptividade da transgeneridade no Brasil, insta mensurar de acordo com listagem da ONG (International Transgender Europe), o Brasil está em primeiro lugar como país que mais mata transexuais no mundo, seguido do México que vem logo em segundo lugar, conforme pesquisa extraída do site https://tgeu.org/tmm-idahot-update-2015/. Acesso em 27/07/2018.

Neste sentido, historicamente falando, "Distinguir a mulher do homem pela particularidade do sexo foi uma preocupação de filósofos e moralistas do Iluminismo, antes de ser uma crença científica." (COSTA, 1995, p. 108).

Na atualidade, a mudança de gênero é repreensível e causa indignação na sociedade "moderna", as aspas referem-se a uma modernidade que para os pontos cruciais de avanço no país, em especial, na educação e saúde, não são utilizadas e levadas à risca pela população, mas quando falado do conceito histórico de homem e mulher, Adão e Eva, biblicamente falando, a fobia perante um gênero diverso da heterossexualidade, causa estranheza e repúdio, nas palavras de Louro (2004, p. 65-66):

A premissa que afirma que determinado sexo indica determinado gênero e este gênero, por sua vez, indica ou induz o desejo. Nessa lógica, supõe-se que o sexo é "natural" e se entende o natural como "dado". O sexo existiria antes da inteligibilidade, ou seja, seria pré- dicursivo, anterior à cultura. O caráter imutável, a-histórico e binário do sexo vai impor limites à concepção de gênero e sexualidade. Além disso, ao equacionar a natureza com a heterossexualidade, isto é, com o desejo pelo sexo/gênero oposto, passa-se a supô-la como a forma compulsória de sexualidade.

Em um cenário atual, a medicina proporcionou àqueles que pretendem a mudança de gênero, a concretização de um objetivo que vai além da questão corporal.

A medicina proporciona a mudança de gênero a partir de cirurgia específica, ainda assim, a mudança aparentemente simpless torna-se um pouco mais complexa do que o imaginado. Ao longo dos anos posteriores ao procedimento cirúrgico, o indivíduo transgênero tem a obrigatoriedade hormonal de se estabelecer em seu novo gênero, devido à sua nova fisiologia e exigência corporal do seu novo

ideal.

No mês de julho deste ano de 2018, a OMS (Organização Mundial de Saúde) desclassificou a transgeneridade como uma patologia de sua lista, neste momentos um parêntese é muito bem-vindo, uma vez que já discorrido e mencionado em alguns pontos neste estudo, que a transgeneridade é vista pela sociedade como uma patologia, não diferente era a tabela indicativa de patologias pela OMS, que tratava a transgeneridade como uma espécie de distúrbio mental, que de forma tardia retirou de sua lista de patologias.[1]

A classificação até então como distúrbio mental, ainda que avaliada pela visão da medicina, pode ser considerada pela OMS diante da taxa de indivíduo transgêneros que posterior à cirurgia de mudança de gênero, necessitam de reposição hormonal, visando a fisiologia do novo sexo, mas algumas vezes o resultado ou a execução inicial não saem como o pretendido e desejável. A certeza pela mudança de gênero ao ponto de vista da organização, PODE ESTAR acoplado a uma eventual decisão precipitada baseada em eventual desequilíbrio psíquico.

No caso dos transgêneros, a decisão pela mudança de gênero pode proporcionar ao indivíduo danos psicológicos ao longo do tempo, por isso o acompanhamento terapêutico pode ser útil a fim de que as decisões futuras sejam baseadas com maior assertividade. Nesta esteira, não há como não fazer menção ao pensamento do sociólogo David Émile Durkheim, relativa à sua corrente suicidógena:

A natureza humana é sensivelmente a mesma em todos os cidadãos. Não é ela, portanto, que pode atribuir às necessidades o limite variável que lhes seria obrigatório. Por conseguinte, na medida em que dependem apenas dos indivíduos, elas são ilimitadas. Em si mesma, abstraindo-se todo poder exterior que a regula, nossa sensibilidade é um abismo sem fundo que nada é capaz de preencher. Mas então, se nada vem conte-la de fora, ela só pode ser uma fonte de tormentos para si mesma. (DURKHEIM, 1897/2000, p. 313).

Possível extrair que o estado psíquico de um indivíduo transgênero mostra-se muitas vezes em dubiedade, face ao seu lado biológico e seu lado social, pela incessante busca da plena harmonia e equilíbrio de ambos os lados, porém, o lado social seja aquele que mais pesa no dia a dia, posto que historicamente o poder é regido sempre pela heterossexualidade, ainda restam alternativas médicas, diversamente das parcas ou quase inexistentes alternativas sociais para melhor inclusão e receptividade na sociedade.

A primeira das grandes categorizações sociais de sexo concerne, evidentemente, à partição dos indivíduos entre categorias de sexo entre “homens” e “mulheres”. Seguiu-se toda uma visão do mundo organizada em um sistema de atributos, de normas, de valores, etc., fixando uma oposição entre o “masculino” e o “feminino” (DEVREUX, 2005, p. 568).

A pressão de lidar com a

1 conforme extraí da reportagem do site; https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/07/1795776-oms-caminha-para- tirar-identidade-transgenero-de-manual-de-doencas.shtml. Acesso em 28/07/2018.

questão biológica e ao mesmo tempo procurar o equilíbrio diante da transfobia sofrida, como já destacado acima, a própria listagem de doenças mundiais, incluía a transgeneridade como uma delas, dificuldades estas que o indivíduo transgênero sofre e permanecerá sofrendo até o costume e aceitação natural e temporal de todos os segmentos sociais e da própria medicina, até que, finalmente, a transgeneridade não seja mais uma patologia social e clínica.

Quando dito que o fator social é preponderantemente mais dificultoso na vida do indivíduo transgênero, o início desta receptividade negativa muitas vezes inicia-se dentro do próprio ambiente familiar, sendo este o ponto fulcral de segurança e equilíbrio do ser humano, via de regra, a família é a estrutura precípua e basilar de um indivíduo.

A partir disso, ao longo da vida de um ser humano que não se enquadra no gênero que lhe foi biologicamente atribuído, na escola, na faculdade e no mercado de trabalho, este último o qual discorreremos minuciosamente mais adiante, torna-se ainda mais complexa esta caminhada, o respaldo deve vir de dentro para fora, caso contrário, os percalços serão ainda maiores.

III. DIFICULDADE DE ACESSO AO MERCADO DE TRABALHO DESPORTIVO

Conforme já antecipado nos capítulos anteriores, a dificuldade proposta pela sociedade ao transgênero denota-se em uma célere e simples percepção quando do preconceito extraído do próprio cotidiano deste indivíduo, a partir daí, é possível ter uma ideia inicial de como seriam as barreiras a serem quebradas quando da sua inserção no mercado de trabalho, ainda mais, no segmento desportivo, onde o preconceito predomina com ainda mais força.

Em atual decisão exarada pelo Tribunal Superior do Trabalho, uma autarquia federal foi condenada a indenizar uma trabalhadora transexual no valor de R$ 30.000,00, pelo assédio moral sofrido em seu ambiente laboral, a Relatora Ministra Maria de Assis Calsing; afirmou que "Dessa forma, não há como afastar a caracterização do dano moral, que independe da prova da efetiva lesão à honra, à moral ou à imagem da trabalhadora"[2].

Ainda que raras as decisões como esta, os Tribunais Brasileiros começam a ter uma visão macro das relações laborais perante um indivíduo transgênero, mas se no mercado de trabalho não desportivo o preconceito é grande, naquele então é ainda maior, devido a uma essência de que os esportes são voltados aos heterossexuais. A partir disso é possível ter a menção

2 http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24249429. Acesso em: 30/07/2018.

da intolerância em desfavor aos transgêneros.

Portanto, ainda que ausentes normas específicas, os Tribunais Regionais do Trabalho já adéquam a questão da discriminação e dificuldade de acesso ao mercado de trabalho de indivíduos transgêneros, na tentativa de evitar violação a igualdade e mais princípios e garantias constitucionais.

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA - ATO ILÍCITO - RESTRIÇÃO PATRONAL AO DIREITO DE LIVRE EXPRESSÃO DA CONDIÇÃO DE TRANSGÊNERO NO AMBIENTE DE TRABALHO - DANO

MORAL - Configura ilícito patronal e dispensa discriminatória a tentativa de limitar a nova condição de pessoa transgênero assumida pelo empregado. O respeito à dignidade da pessoa contempla, dentre outros, o direito subjetivo do indivíduo de estabelecer relações sociais com outros seres humanos, tanto fora como no ambiente de trabalho, especialmente se levarmos em conta que é no desempenho da atividade profissional que toda pessoa, em maior ou menor extensão, tem a oportunidade de se socializar e firmar a sua nova condição de transgênero. Mesmo em escola confessional, o respeito à dignidade do transgênero é indeclinável. Desvio de comportamento patronal enseja dano moral indenizável. Recurso da reclamada desprovido. (TRT-15 - RO: 00122664920155150002 0012266-49.2015.5.15.0002,

Relator: EDISON DOS SANTOS PELEGRINI, 10ª Câmara, Data de Publicação: 17/03/2017).

No Brasil, diante da ausência de uma sistemática jurídica voltada aos indivíduos transgêneros, visando o combate a discriminação, segregação e o 2 http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/id/24249429. Acesso em: 30/07/2018. dano existencial advinda das relações laborais, os Tribunais estendem quando deparados com casos concretos desta magnitude, os princípios e garantias elencadas na Constituição Brasileira, evitando a violação à igualdade, à liberdade, à vida e à segurança, contudo, devido a iminente discriminação cada vez maior no país, a ânsia por normas específicas, é imprescindível, visando a adequação e equiparação às especificidades de cada caso, com sanções próprias e específicas.

A atitude discriminatória de companheiros de trabalho e empregadores causam prejuízos severos nas relações sociais do trabalhador, influenciando inclusive em sua vida, gera um dano existencial que, à luz do Direito do Trabalho, vem sendo analisado pela jurisprudência. Referido dano, que toca a existência e a vida do trabalhador, gera um dano extrapatrimonial, contudo, a análise de casos específicos aos indivíduos transgêneros, se dá a partir de costumes e questões sociais, posto ainda estarmos escassos de normas especificamente voltadas ao tema.

O escuro da noite é o único espaço permitido às transgêneros [...]. Infelizmente ainda é no escuro da noite que se concentra a maior

porcentagem da carreira profissional e da visibilidade das transgêneros. É no escuro da "noite" que maioria dessas batalhadoras, ganha o seu "dia", o preconceito torna a prostituição uma solução imediata e rápida. Em um folder de divulgação do Projeto Casa de Vivência Saara Santana, encontra- se a seguinte reflexão: "A lei garante o direito de trabalho ao cidadão brasileiro. Se é nosso direito, por que não conseguimos emprego? Por que não temos chance de trabalhar"? A questão da discriminação é uma constante nos discursos sobre transgêneros e inserção profissional. (CARVALHO, 2006, p. 1).

O preconceito voltado ao indivíduo transgênero é a transfobia, variante esta da homofobia, a transfobia; "é uma série de atitudes ou sentimentos negativos em relação às pessoas travestis, transexuais e transgêneros" que no segmento desportivo, ramo laboral tratado como focal no presente estudo, é algo corriqueiro, o que dificulta a inserção de indivíduos transgêneros no esporte[3].

O Comitê Olímpico Internacional (COI) alterou sua resolução no intuito de permitir a homens e mulheres a participação em eventos organizados pela entidade, com algumas regras, referida alteração ocorreu no início do ano de 2016, até mesmo a necessária mudança de sexo não é mais obrigatória:

No começo deste ano, o Comitê Olímpico Internacional (COI) mudou a sua resolução sobre atletas transexuais em competições oficiais. Segundo a entidade, agora homens podem participar dos eventos da entidade sem nenhuma restrição e as mulheres precisam apenas ter a quantidade de testosterona controlada para poder competir em equipes femininas, mais precisamente não podem ter mais de 10 nanomol por litro (unidade de medida que indica a quantidade da substância por litro de sangue) do hormônio no sangue nos 12 meses anteriores a competição.

Entretanto, a resolução permissiva para homens e mulheres transgêneros adveio do Comitê Olímpico Internacional (COI), em que pese a participação de atletas transgêneros em esportes no Brasil, a questão ainda é tratada com bastante cautela e desconfiança no desporto brasileiro. O ponto mais debatido refere-se a fisiologia do indivíduo transgênero, no tocante às suas mudanças e condições físicas voltadas aos costumes do esporte praticado.

Os limites exigidos pelo COI para que as mulheres transgêneros possam ser incluídas no desporto, causaram diversos debates e discordâncias entre atletas, fisiologistas e até mesmo entidades esportivas que regulam determinadas práticas de desporto profissional, o questionamento faz referência as seguintes condições:

Claro que o limite do hormônio testosterona definido pelo COI para transgêneros causou discussão, já que estaria aproximadamente quatro vezes acima do que uma mulher apresenta normalmente, que gira entre 2 a 3 nmol/L. E ainda existe a dúvida desses nú-

3 https://pt.wikipedia.org/wiki/Transfobia. Acesso em: 30/07/2018.

meros não incluírem estudos de efeitos do hormônio no organismo feminino pela possibilidade do homem possuir mais receptores para a testosterona em seu organismo e ser mais responsivo à ela. Uma outra preocupação é com as mulheres transgêneros que tiveram suas gônadas removidas, órgãos produtores de testosterona. Seu organismo pode ter problemas sérios pela ausência do hormônio, como depressão, perdas óssea e de massa muscular acentuada. https://globoesporte.globo.com/sportv/blogs/o-cientista-do- esporte/post/a-ciencia-por-tras-da-determinacao-do-sexo-no-esporte- parte-2.ghtml. Acesso em: 30/07/2018.

Estas discussões foram levantadas devido à possibilidade que as mulheres transgêneros teriam, de suposta vantagem sobre as demais atletas, posto sua fisiologia biológica ser do gênero masculino, sua força ocasionaria um desequilíbrio que consequentemente poderia auferir vantagem à atleta perante às demais não transgêneras. Na mesma matéria acima indicada, a médica com especialidade em endocrinologia, Ramona Krutzik, ressalta que:

A médica endocrinologista Ramona Krutzik afirma, por exemplo, que um menino ou homem atleta ao se desenvolver, potencializa ganhos de massa muscular e óssea ao longo de muitos anos, o que lhe confere mais capacidade física competitiva. Dessa maneira, não seria possível reverter todo esse quadro em apenas um ano, como sugerido pelo COI, e esperar que uma atleta não tenha vantagem sobre suas concorrentes. Ela sugere uma supressão hormonal da testosterona de pelo menos 15 anos para se ter resultados inegáveis[4].

Existem pesquisas que reconhecem a validade e suficiência do período de um ano invocado pelo Comitê Olímpico Internacional (COI), o considerando como adequado e satisfatório para que a atleta mulher transgênero possa ser incluída na categoria.

Algumas pesquisas suportam a recomendação do COI e mostram que transgêneros mulheres submetidos à supressão hormonal da testosterona, após um ano de tratamento, apresentam diminuições de massa, força muscular e densidade óssea. No entanto, esses estudos foram criticados pois não chegaram a comparar esses resultados com os de mulheres que não passaram pelo procedimento e não avaliaram a performance física, o que seria o ponto crucial.

Ainda assim, as pesquisas sobre os transgêneros no esporte, em especial as mulheres, ainda é precária e insuficiente, impossibilitando ao menos por ora, conclusão definitiva sobre eventual vantagem física.

The primary concern is whether a transgender woman's prior life as a male gives her an unfair advantage. There are a number of sports where anatomical and biological features, such as size, muscle mass, and even lung capacity would be an obvious advantage with transition to female — a 7-ft basketball player, the above-average reach boxer, and the larger

4 https://globoesporte.globo.com/sportv/blogs/o-cientista-do-esporte/post/a-ciencia-por-tras-da--determinacao-do-sexo--no- esporte-parte-2.ghtml. Acesso em: 30/07/2018.

skeletal muscle fiber area of the track-and-field athlete. Research into the advantage that transgender women possess in athletics is sparse.[56]

Quanto ao homem transgênero nos parece que a aceitabilidade foi um pouco melhor, mas o que ainda dificulta a inserção no segmento desportivo é justamente o preconceito.

IV. POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EMPREGABILIDADE DO TRANSGÊNERO NO SEGMENTO DESPORTIVO

Para melhor entendimento quanto ao acesso e inclusão do transgênero no ramo laboral desportivo, se faz necessária uma breve análise para melhor entendimento acerca do tema, as políticas públicas de empregabilidade no Brasil desenvolvem-se ao longo de décadas, passível de identificar os desafios e restrições que devem ser consideradas relevantes para os desdobramentos e progressos no sistema público de emprego, trabalho e renda.

Ademais, o campo das políticas públicas de emprego no Brasil segue de perto as tendências atuais em outras áreas da política social, entre as quais pode-se destacar três grandes movimentos: a) a descentralização das políticas para os níveis locais, englobando a atuação de estados e municípios; b) a terceirização, ou aumento da participação não-estatal na execução das políticas públicas de emprego, trabalho e renda, notadamente nos campos da intermediação de mão-de-obra e qualificação profissional; e

c) a focalização dessas políticas sobre os grupos sociais considerados mais vulneráveis às transformações econômicas em curso. (IPEA, 2006, p. 437).

As políticas públicas para empregabilidade, ainda que atuais, estão voltadas para específicas classes e culturas, a integração de uma pessoa transgênero no mercado de trabalho ainda é restrita, neste cenário, pode-se ao menos ter uma ideia das dificuldades encontradas no ramo desportivo.

Por outro lado, formalizar exige práticas comerciais pautadas numa racionalidade econômica de caráter mais técnico, além de relações trabalhistas impessoais próprias do ordenamento jurídico das empresas. Estas implicações tornam insuficientes as políticas públicas focadas na formalização. Para alguns setores, a formalização pouco contribui para o progresso do negócio e, dada à transformação cultural requerida dos informais para que sejam integrados ao universo dos formais, ações de capacitação, assessoria e sobretudo, uma visão compartilhada na formulação e execução da políticas públicas, são indispensáveis para que os benefícios da formalização

5 https://journals.lww.com/acsm-csmr/fulltext/2016/11000/Beyond_Fairness The_Biology_of_Inclusion_for.6.aspx. Acesso em: 30/07/2018.

6 Tradução: A principal preocupação é se a vida anterior de uma mulher transgênero como homem lhe dá uma vantagem injusta. Há uma série de esportes em que características anatômicas e biológicas, como tamanho, massa muscular e até mesmo a capacidade pulmonar, seriam uma vantagem óbvia com a transição para o sexo feminino - um jogador de basquete de 7 pés, o lutador de alcance médio e o maior área de fibra muscular esquelética do atleta de pista e campo. Pesquisa sobre a vantagem que as mulheres transexuais possuem no atletismo é escassa.

alcancem de fato as pessoas e atividades do setor informal, portador de peculiaridades no âmbito da América Latina que recomendam a construção de diagnósticos específicos (TOKMAN, 2003).

Na atual conjuntura de crise econômica no país e também a discriminação e a intolerância imperando como nunca, as políticas públicas de empregabilidade devem emergir com o foco de possibilitar a integração de indivíduos como o transgênero, pois enfrentar a crise econômica é algo que todo cidadão deve percorrer, contudo, enfrentar a discriminação, o preconceito, a intolerância e a segregação, é algo que ainda não foi erradicado em nosso país, sem o esteio e respaldo do Legislativo e do Judiciário, improvável, ao menos por enquanto, maiores possibilidades de imersão do transgênero no mercado de trabalho, especialmente, no segmento desportivo.

Nessa perspectiva, as Políticas Públicas de Emprego,Trabalho e Geração de Renda, na atual conjuntura de crise econômica e de índices restritos de emprego formal, emergem como solução para atender à população carente dessa proteção social, uma vez que o contexto atual exige dos trabalhadores novas competências, como a capacidade de interpretar instruções, de utilizar equipamentos mais sofisticados, de ações polivalentes, de capacidade de comunicação oral e escrita, de resolução de problemas, criatividade, necessidades que vão muito além de suas competências ocupacionais. Assim, cria-se também, como pano de fundo, a ilusão de que tais mecanismos podem atender às demandas de qualificação, que viabilizem a inserção no mercado de trabalho formal. (A POLÍTICA PÚBLICA DE EMPREGO, TRABALHO E RENDA NO BRASIL:

estrutura e Questões. Rose Serra; Universidade do Estado do Rio de Janeiro UERJ. 2009, p. 219)[7].

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) já havia demonstrado a dificuldade do Brasil em flexibilizar e dinamizar a questão das políticas públicas de emprego para segmentos expressivos:

[...] não existem no Brasil medidas que permitam a dinamização do mercado e a geração de trabalho e renda para segmentos expressivos Rose Serra 253 Rev. Pol. Públ. São Luis, v. 13, n. 2, p. 245-254 jul./dez. 2009 da população em idade ativa que esteja ou desempregada por longo período [...] ou subempregada em condições precárias [...]. As políticas tradicionais do SPETR são pouco eficazes para enfrentar essa situação de heterogeneidade e precariedade do mercado de trabalho nacional e esse é justamente o desafio para a nova geração de políticas de programas governamentais no campo do trabalho. (IPEA, 2006, p.438).

O transgênero além de enfrentar as barreiras de uma sociedade intolerante, conservadora e discriminatória, deve ainda saber lidar com as restrições que o meio esportivo lhe apresenta, os atletas por diversas vezes ainda que de forma inconsciente, lidam com a

transgeneridade como se alguma vantagem fosse ser auferida pela relação de causa e feito da mudança de gênero, como se fisiologicamente estivessem mais preparados fisicamente, sobrepondo-se aos demais, sobretudo, as mulheres transgêneros, devido ao gênero biológico masculino que lhe era atribuído.

Dessa feita, não é um equívoco considerar que, na sociedade brasileira, caracterizada por uma história de dependência econômica e de traços sensivelmente conservadores, a configuração do mercado de trabalho, sobretudo no caso das mulheres e, especificamente, dos transgêneros, além de existir a disputa que é inerente ao mundo do trabalho, existe uma barreira ainda maior: a do preconceito e da discriminação de classe e de gênero. A pesquisa ora realizada permite afirmar que, na condição de transgêneros, esses sujeitos sociais são duplamente excluídos. Primeiro por não terem um lugar de utilidade no interior da comunidade produtiva e, segundo, por assumirem uma identidade de gênero rechaçada, ainda hoje, pela sociedade brasileira assentada nos valores do patriarcado. (MOURA, 2015, p. 80).

Em que pese serem restritas as condições de empregabilidade para o transgênero, no Brasil, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) criou o "Programa Brasil, Gênero e Raça", no ano de 1997, visando oportunizar e combater as discriminações sociais facilitando o acesso ao mercado de trabalho e suas condições a partir de então.

O Programa é um dos principais instrumentos de articulação das políticas de promoção da igualdade de oportunidades no âmbito do MTE, bem como de proposição das diretrizes que devem orientar a execução das políticas de combate à discriminação nos estados e municípios brasileiros, por meio das unidades descentralizadas do Ministério. (BRASIL, 2006, p.7).

Apoiado ao programa acima citado existe também o Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, que promulgou a Convenção nº 111, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), dispondo em seu artigo 2º que:

Qualquer Membro para o qual a presente convenção se encontre em vigor compromete-se a formular e aplicar uma política nacional que tenha por fim promover, por métodos adequados às circunstâncias e aos usos nacionais, a igualdade de oportunidade e de tratamento em matéria de emprego e profissão, com objetivo de eliminar toda discriminação nessa matéria.

A Lei nº 9.029/95, em seu artigo 1º, também determina a proibição de qualquer conduta discriminatória atrelada ao gênero que segregue o exercício laboral:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e

7 Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/download/4768/2785. Acesso em: 01/08/2018.

ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7 da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

Esclarecendo a questão com muita propriedade, o renomado Advogado Mestre Reinaldo Luis Tadeu Rondina Mandaliti, rechaçou qualquer vantagem auferida por uma atleta transgênero [8]:

Quando a Tifanny diz que é só uma mulher forte, eu tenho essa certeza também. Ela não é mais jogadora do que a Tandara, do que a Natália, a Gabi. Na China, há uma menina de 17 anos [Yingying Li] fazendo mais de quarenta pontos. Hoje, a segunda melhor atacante da Superliga é a Bruna Honório, que jogava aqui ano passado. Fez 25 pontos em um jogo. Eu quero mais é que a Bruna faça quarenta pontos, é uma atleta exemplar. Eu não estou preocupado se vou ser campeão ou não com a Tifanny. Há muitos times mais fortes do que o meu, mesmo com Tifanny e Paula Pequeno. Por que ninguém fala de limitar o orçamento do Praia Clube? Para sermos justos, vamos começar pelo dinheiro, não pelo ser humano. O dinheiro é fácil, um bem material. Mas e o ser humano? Vamos parar de demagogia e permitir que as pessoas circulem no meio da responsabilidade social. Não ficar procurando picuinha para justificar por que perdeu para Bauru. Gente, nós quase perdemos para o Sesi [lanterna da competição]. Perdemos para o São Caetano, em casa, com a Tifanny em quadra. [grifo original]

Se assim for, tão somente o pensamento individual a transgeneridade jamais terá o seu espaço na sociedade, o pensamento em suposta vantagem no meio desportivo, faz com que os princípios, garantias, igualdade social e de trabalho fiquem cada vez mais distantes de seu ideal, a transgeneridade deve e tem de ser respeitada a fim de que seu acesso ao mercado de trabalho ocorra naturalmente, estendendo-se a eles todas as garantias constitucionais inerentes ao povo brasileiro. A implantação de normas reguladoras que possam evitar o cerceamento e a segregação da liberdade e igualdade no desporto pelos transgêneros também deve ser levada em consideração para futuras implantações no Brasil, ainda muito escassa a questão do acesso ao mercado de trabalho, no segmento desportivo, talvez seja o espaço em que mais se depara com o conservadorismo, pois se trata de um espaço de extrema discriminação.

A Constituição Federal juntamente com as políticas de empregabilidade, não podem ser tidas somente como textos e visualizadas como teorias que dificilmente serão implantadas no cotidiano, caso contrário, gerações e gerações enfrentarão as mesmas dificuldades, nesta linha de raciocínio, interessante o comparativo que, a Carta Magna foi promulgada no ano de 1988, e até os dias atuais, perdura-se uma dificuldade visível a olho nu advinda dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, de respeitar o previsto na Lei Maior.

Conforme bem exposto, extrai-se que o ponto fulcral não é

8 http://www.canhota10.com/volei-bauru/tifanny-reinaldo-mandaliti-entrevista. Acesso em: 01/08/2018.

apenas a fobia do próximo em se ver superado por um indivíduo que não se adequou ao seu gênero biológico, mas também por se ver em receio e perigo constante de perder sua posição no esporte e o status midiático, tendo em vista que, se o transgênero fosse motivo de "chacota" no esporte, ninguém estaria impugnando seu acesso.

Atrelado a isto, uma das pioneiras se não a principal delas, a jogadora oposta Tiffany Abreu, atleta do Sesi Vôlei Bauru, defendeu a abertura de cotas para jogadoras trans, conforme bem destacou:

Nós temos cotas para jogadoras estrangeiras e por que não uma cota para jogadoras trans? Nós temos pontuação para uma jogadora olímpica e por que não uma pontuação para jogadoras trans? Se ela for boa o suficiente, vai ter a sua pontuação. Se ela não for boa, vai ter a sua cota[9].

Logo a comissão médica da Federação Internacional de Vôlei (FIA) afirmou ser importante e fundamental a participação de jogadoras transgêneras na categoria, com a ressalva de serem liberadas pelas suas respectivas federações nacionais:

O objetivo é assegurar tanto em competições de quadra como de praia que se respeite a escolha individual de uma pessoa, ao mesmo tempo que assegure condições equitativas no campo de jogo. Para competições nacionais de clubes, a participação dos transgêneros é exclusivamente de responsabilidade das federações nacionais10.

Ao final, é possível concluir que a questão não está atrelada às condições físicas ou clínicas, e sim à inexequível igualdade e liberdade que a sociedade, conservadora e intolerante, segrega quando do convívio social e laboral com indivíduos transgêneros, muitos com receio de serem superados, outros pela precária educação, mas a realidade é uma só, os princípios, direitos e garantias, atreladas às políticas públicas de empregabilidade aos transgêneros estão em vigor, mas é justamente a carência de identidade de uma sociedade enraizada em sua cultura de gênero, inábil e inflexível que permanece cerceando direito de outrem.

CONCLUSÃO

O presente trabalho versou sobre o direito à igualdade e a garantia constitucional que assegura o acesso ao trabalho pelo indivíduo transgênero, em destaque, no segmento desportivo, talvez o ramo com mais discriminações e preconceitos, o esporte como prática primitiva vem enfrentando atualmente a inclusão de indivíduos transgêneros nas principais categorias esportivas.

A igualdade, liberdade, vida e segurança são direitos inerentes a uma sociedade, petreamente dispostos na Constituição Federal de 1988, mas ainda tímidos quando da sua aplicação e visibilidade no cotidiano

9 https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2018/02/jogadora-de-volei-tiffany-de-abreu-defende-cotas-para-atletas-trans. Acesso em: 02/08/2018.

de povo extremamente conservador e discriminatório como o brasileiro, em que o texto constitucional que garante o direito ao emprego juntamente com as políticas públicas desenvolvidas, no intuito de assegurar ao transgênero a dignidade e o bem-estar no convívio social, são superadas facilmente pelo manto do preconceito e da intolerância.

O medo de serem superados e perderem espaço no mercado de trabalho por indivíduos que optaram por sexo distinto da qual foram concebidos, talvez seja uma

10 https://www.huffpostbrasil.com/2018/01/24/transgeneros--tem-de-ser-incluidos-no-esporte-diz-federacao-internacional-de- volei_a_23342720/. Acesso em: 02/08/2018. das questões que agravam o preconceito e, consequentemente, a discriminação, como se os que não se adaptam com o gênero biológico fossem pessoas portadoras de patologias contagiosas, olvidando-se do bem mais precioso, a vida.

Em uma visão informal baseada no bom senso, não há que se falar em direitos a serem perquiridos por homens e mulheres heterossexuais, quando em comparativo com o transgênero; os primeiros, não lutam quando saem às ruas ou competem por uma vaga de emprego, pois seu "lugar ao sol" é direito adquirido, diferentemente daquele que, diariamente, percorre uma longínqua travessia para, ao menos, garantir sua sobrevivência diária. A amarga realidade é que a vida é tão simples e prática por aqueles que se amoldam ao "perfil social padrão", mas tão longa e dolorosa pelos que buscam incessantemente sua identidade e espaço na sociedade.

Possível concluir que em um país onde a corrupção e o deboche imperam como se um reinado fosse, a probabilidade é que gerações e gerações percorram até que seja cotidianamente assegurado o direito à igualdade e à empregabilidade do indivíduo transgênero, infeliz, mas pura realidade, até que nos respeitemos como seres humanos, dificilmente o equilíbrio social seja alcançado e o preconceito extirpado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A POLÍTICA PÚBLICA DE EMPREGO, TRABALHO E RENDA NO BRASIL:
estrutura e Questões. Rose Serra; Universidade do Estado do Rio de Janeiro UERJ. Disponível em: http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/download/4768/ 2785. Acesso em: 01/08/2018.>

ARISTÓTELES. Ética a Nicômano. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

BRASIL. Constituição. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL, Ministério do Trabalho. Programa Brasil, gênero e raça: orientações gerais. Brasília: Ministério do Trabalho, 2006.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho (15. Região). Recurso Ordinário nº: 00122664920155150002 0012266-49.2015.5.15.0002, da 10ª Câmara Cível do
Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://trt- 15.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440391414/recurso-ordinario-trabalhista-ro-122664920155150002-0012266-4920155150002/inteiro-teor-
440391422?ref=juris-tabs> . Acesso em: 30/07/2018.

CARVALHO, Evelyn Raquel. “Eu quero viver de dia”: uma análise da inserção das transgêneros no mercado de Trabalho. In: SEMINÁRIO FAZENDO GÊNERO, 7, 2006,
Florianópolis. Anais... Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina; Universidade do Estado de Santa Catarina, 2006. Disponível em
<http://www.fazendogenero.ufsc.br/7/artigos/E/Evelyn_Carvalho_16.pdf.> Acesso em: 30/07/2018.

COSTA, J. F. A face e o verso: estudos sobre o homoerotismo II. São Paulo: Escuta, 1995.

DECRETO nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968.

DEVREUX, A. M. A teoria das relações sociais de sexo: um quadro de análise sobre a dominação masculina. Sociedade e Estado, Brasília, v. 20, n. 3, p. 561-584, 2005.

DURKHEIM, Emile - O Suicídio, Estudo de Sociologia. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2000.

https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2016/07/1795776-oms-caminha- para-tirar-identidade-transgenero-de-manual--de-doencas.shtml. Acesso em 28/07/2018.

http://www.canhota10.com/volei-bauru/tifanny-reinaldo-mandaliti--entrevista. Acesso em: 01/08/2018.

https://globoesporte.globo.com/sportv/blogs/o-cientista-do-esporte/post/a- ciencia-por-tras-da-determinacao-do-sexo-no-esporte-parte-2.ghtml. Acesso em: 30/07/2018.

http://hojeemdia.com.br/esportes/coi-muda-regra-e-permite-atletas- transg%C3%AAneros-em-competi%C3%A7%C3%B5es-oficiais-1.387687. Acesso em: 30/07/2018.

https://www.huffpostbrasil.com/2018/01/24/transgeneros-tem--de-ser-incluidos- no-esporte-diz-federacao-internacional-de-volei_a_23342720/. Acesso em: 02/08/2018.

http://www.gradadm.ifsc.usp.br/dados/20162/SLC0631-1/transgeneros.pdf. Acesso em 27/07/2018.

https://journals.lww.com/acsm-
csmr/fulltext/2016/11000/Beyond_Fairness The_Biology_of_Inclusion_for.6. aspx. Acesso em: 30/07/2018.

https://observatoriog.bol.uol.com.br/noticias/2018/02/jogadora-de--volei-tiffany- de-abreu-defende-cotas-para-atletas-trans. Acesso em: 02/08/2018.
https://pt.wikipedia.org/wiki/Transfobia. Acesso em: 31/07/2018 http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-
/asset_publisher/NGo1/content/id/24249429. Acesso em: 30/07/2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. O Estado de uma
nação: mercado de trabalho, emprego e informalidade. Rio de Janeiro, 2006. LEI nº 9.029, de 13 de abril de 1995.
LOURO, G. L. Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.

MOURA, Renan Gomes de. Políticas Públicas como ferramenta de equidade entre (Trans) gêneros no mundo do trabalho. Cadernos Uni-

FOA, Volta Redonda, n. 29, p. 77-87, dez. 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. [1762]. São Paulo: Abril, 1973. p. 28, 36).

ROTHENBURG, Walter Claudius. Princípios Constitucionais Segunda Tiragem (com acréscimos). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos Fundamentais. São Paulo: Método, 2014.

TOKMAN, Victor. De La informalidad a La modernidad. Montevidéo: Boletim Cinterfor, n.155, 2003.

VAROLO, Pedro Henrique Koval; AGUIRRE, Lissandra Espinosa de Mello. A liberdade de expressão e o discurso de ódio na internet. Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales, p. 1-20, out-dez, 2016. Acesso em 26/07/2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

O DIREITO À SAÚDE MENTAL

KARYNA ROCHA MENDES DA SILVEIRA
graduada pela ITE – Instituição Toledo de Ensino, especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, mestre na mesma área pela UNIMES – Universidade Metropolitana de Santos e autora da Saraiva das obras: "Conceito de Doença Preexistente nos Planos de Saúde", "Tudo que você precisa saber sobre Planos de Saúde" e "Curso de Direito da Saúde".

SUMÁRIO

BREVE INTRODUÇÃO ---------- 259

I. PANORAMA DA SAÚDE MENTAL NO BRASIL E NO MUNDO ---------- 260
II. A SAÚDE CONSAGRADA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS ---------- 264
III. A SAÚDE CONTEMPLADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ---------- 264
IV. A CRIAÇÃO DO SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O CAMINHO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE ---------- 266
V. A LEI Nº 9.656/98 – LEI DOS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE ---------- 267
VI. A LEI Nº 10.216/2001: REFORMA PSIQUIÁTRICA E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS NO BRASIL ---------- 268
VII. A LEI Nº 13.819/2019 – INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE PREVENÇÃO DA AUTOMUTILAÇÃO E DO SUICÍDIO ---------- 271
VIII. DECRETO Nº 9.761/2019 – POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS ---------- 273
IX. A NOTA TÉCNICA N° 11/2019 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PREVIA: ESCLARECIMENTOS SOBRE AS MUDANÇAS NA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL E NAS DIRETRIZES DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS -- 277
CONCLUSÃO ---------- 278

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde mental. Declaração dos Direitos Humanos. Constituição Federal. Sistema Único de Saúde. Lei dos Planos de Saúde. Reforma Psiquiátrica. Psicofobia. Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio. Política Nacional sobre Drogas.

BREVE INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea a cada dia ganha mais importância o respeito, o conhecimento e a relevância do estudo dos direitos atrelados à saúde mental, frente ao imenso crescimento dessas enfermidades que desafiam tanto o setor público – Sistema Único de Saúde, como o privado, através das coberturas dos planos privados de assistência à saúde, regulamentados pela ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar.

I. PANORAMA DA SAÚDE MENTAL NO BRASIL E NO MUNDO

Consoante dados de 2013, as doenças e transtornos mentais afetam mais de 400 milhões de pessoas em todo o mundo, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS). Entre 75% e 85% das pessoas que sofrem desses males não têm acesso a tratamento adequado. No Brasil, a estimativa é de que 23 milhões de pessoas passem por tais problemas, sendo ao menos 5 milhões em níveis de moderado a grave.

Para a ONU, a falta de um tratamento adequado à saúde mental faz com que tais enfermidades ocupem posições de destaque no ranking das doenças que mais atingem a população mundial. Alguns números de saúde mental no Brasil:

200% - Porcentagemde crescimento no orçamento destinado à Saúde Mental entre 2002 e 2011

R$ 2 bilhões - Reforço, até 2014, ao Programa Crack é Possível Vencer

1981 - Número de CAPS no país[1]

7,8 milhões - Número de atendimentos, por ano, nos CAPS Álcool e Drogas (CAPS/AD)

60 - Unidades de acolhimento

4121 - Leitos psiquiátricos em hospitais gerais 88 - Consultórios de rua

Uma das principais ações preconizadas pela Reforma Antimanicomial é a eliminação dos leitos psiquiátricos e substituição deles pelos CAPS. Em 2002, havia 51.393 leitos psiquiátricos. No ano passado, a quantidade foi de 29.958. Com o crescimento no número de CAPS, o SUS conseguiu aumentar em 100 vezes o número de procedimentos ambulatoriais.[2]

A OPAS/OMS Brasil[3]revela que existem diversos transtornos mentais, com apresentações diferentes. Eles geralmente são caracterizados por uma combinação de pensamentos, percepções, emoções e comportamento anormais, que também podem afetar as relações com outras pessoas.

Entre os transtornos mentais, estão a depressão, o transtorno afetivo bipolar, a esquizofrenia e outras psicoses, demência, deficiência intelectual e transtornos de desenvolvimento, incluindo o autismo.

Existem estratégias eficazes para a prevenção de transtornos mentais como a depressão. Há tratamentos eficazes para os transtornos mentais e maneiras de aliviar o sofrimento causado por eles.

O acesso aos cuidados de saúde e aos serviços sociais capazes de proporcionar tratamento e apoio social é fundamental.

A carga dos transtornos mentais continua crescendo, com impactos significativos sobre a saúde e as principais consequências sociais, de direitos humanos e

1 Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) são instituições brasileiras que visam à substituição dos hospitais psiquiátricos - antigos hospícios ou manicômios - e de seus métodos para cuidar de afecções psiquiátricas. Os CAPS, instituídos juntamente com os Núcleos de Assistência Psicossocial (NAPS), através da Portaria/SNAS nº 224 - 29 de Janeiro de 1992, atualizada pela Portaria nº 336 - 19 de Fevereiro de 2002, são unidades de saúde locais/regionalizadas que contam com uma população adstrita definida pelo nível local e que oferecem atendimento de cuidados intermediários entre o regime ambulatorial e a internação hospitalar, em um ou dois turnos de 4 horas, por equipe multiprofissional, constituindo-se também em porta de entrada da rede de serviços para as ações relativas à saúde mental.

2 Allan Walbert. Saúde mental: transtornos atingem cerca de 23 milhões de brasileiros. EBC - Empresa Brasil de Comunicação. 15.05.2013. Disponível em: < http://www.ebc.com.br/noticias/saude/2013/05/saude-mental-em-numeros--cerca-de-23-milhoes- de--brasileiros-passam-por> Acesso em: 29-06-2019.

3 A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) é uma organização internacional especializada em saúde. Criada em 1902, é a mais antiga agência internacional de saúde do mundo. A Organização Pan-Americana da Saúde é um organismo internacional de saúde pública com um século de experiência, dedicado a melhorar as condições de saúde dos países das Américas. A integração às Nações Unidas acontece quando a entidade se torna o Escritório Regional para as Américas da Organização Mundial da Saúde. A OPAS/OMS também faz parte dos sistemas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU).
Sediada em Washington, nos Estados Unidos, atua como escritório regional da Organização Mundial da Saúde para as Américas e faz parte dos sistemas da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU).
Possui escritórios em 27 países, além de oito centros científicos.

econômicas em todos os países do mundo.

O Plano de Ação Integral sobre Saúde Mental 2013-2020 da OMS, aprovado pela Assembleia Mundial da Saúde em 2013, reconhece o papel essencial da saúde mental na consecução da saúde para todas as pessoas. O plano inclui quatro grandes objetivos:

- Liderança e governança mais eficazes para a saúde mental;
- Prestação de serviços abrangentes e integrados de saúde mental e assistência social em contextos comunitários;
- Implementação de estratégias de promoção e prevenção e
- Sistemas de informação reforçados, evidências e pesquisas.[4]

O Programa de Ação da OMS para Reduzir as Lacunas em Saúde Mental (mhGAP), lançado em 2008, utiliza orientações técnicas, instrumentos e módulos de capacitação baseados em evidência para ampliar a prestação de serviços nos países, especialmente naqueles com recursos escassos. O programa foca em uma série de condições prioritárias, direcionando a capacitação para provedores de cuidados de saúde não especializados em uma abordagem integrada que promova a saúde mental em todos os níveis de cuidados.[5]

Novo relatório da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) enfatiza que embora os transtornos mentais sejam responsáveis por mais de um terço do número total de incapacidades nas Américas, os investimentos atuais estão muito abaixo do necessário para abordar sua carga para a saúde pública.

A OPAS pediu aos países que aumentem os orçamentos de saúde mental e destinem recursos para as intervenções de custo- benefício mais bem comprovadas.[6]

Os déficits de financiamento em saúde mental variam de três vezes os gastos atuais em países de alta renda a 435 vezes os gastos nos países de mais baixa renda da região.

Na América Latina e no Caribe, os problemas de saúde mental, incluindo o uso de substâncias psicoativas, respondem por mais de um terço da incapacidade total na região. Desse percentual, os transtornos depressivos estão entre as maiores causas de incapacidade, seguidos pelos transtornos de ansiedade.

Segundo Rafael Vinhal, psiquiatra e membro da Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), ao comentar sobre a depressão, alerta: “sabemos que uma em cada seis pessoas vai ter essa doença ao longo da vida, o que a transforma em um problema de saúde pública”.[7]

O Brasil sofre uma epidemia de ansiedade. Segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), o País tem o maior número de pessoas ansiosas do mundo: 18,6 milhões de brasileiros (9,3% da população) convivem com o transtorno. O tabu em relação ao uso de medicamentos, entretanto, ainda permanece.[8]

Por ano, quase 800 mil pes-

4OPAS Brasil. Folha informativa - Transtornos mentais. Folha informativa atualizada em abril de 2018.Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=-com_content&view=article&id=5652:folha- informativa-transtornos-mentais&Itemid=839> Acesso em: 29-06-2019.

5 OPAS Brasil. Folha informativa - Transtornos mentais. Folha informativa atualizada em abril de 2018.Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=-com_content&view=article&id=5652:folha- informativa-transtornos-mentais&Itemid=839> Acesso em: 29-06-2019.

6 ONU – Organização das Nações Unidas. Transtornos mentais são responsáveis por mais de um terço do número total de incapacidades nas Américas. 06.03.2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/transtornos-mentais-sao--responsaveis-por-mais-de--um-terco-do- numero-total-de-incapacidades-nas--americas/> Acesso em: 29-06-2019.

5OPAS Brasil. Folha informativa - Transtornos mentais. Folha informativa atualizada em abril de 2018.Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=-com_content&view=article&id=5652:folha- informativa-transtornos-mentais&Itemid=839> Acesso em: 29-06-2019.

6 ONU – Organização das Nações Unidas. Transtornos mentais são responsáveis por mais de um terço do número total de incapacidades nas Américas. 06.03.2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/transtornos-mentais-sao--responsaveis-por-mais-de--um-terco-do- numero-total-de-incapacidades-nas--americas/> Acesso em: 29-06-2019.

soas em todo o mundo cometem suicídio, que é a segunda maior causa de morte entre pessoas de 15 a 29 anos de idade. A cada 40 segundos, uma pessoa se suicida no planeta, os números foram divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) na véspera do Dia de Prevenção do Suicídio, 10.09.2018.[9]

O sociólogo francês Émile Durkheim definiu 04 tipos de suicídio:

"1) Egoísta: reflete um prolongado senso de não- pertencimento, de não estar socialmente integrado em uma comunidade. Resulta do senso que o suicida tem de total desconexão. Esta ausência pode levar à falta de sentido da vida, apatia, melancolia, e depressão;

2) Altruísta: caracterizado por um senso de estar totalmente absorvido pelos objetivos e crenças de um grupo;

3) Anômico: reflete a confusão moral de um indivíduo, e a ausência de direção social, que são relacionados a distúrbios sociais e econômicos dramáticos;

4) Fatalista: ocorre quando uma pessoa é excessivamente regulada, quando seus futuros são impiedosamente bloqueados, e as paixões violentamente estranguladas por disciplina opressiva."[10]

As estatísticas indicam que as maiores taxas de suicídio do mundo ocorrem em países com condições sociais, econômicas e culturais incrivelmente diversos. Entre os países com as maiores taxas estão países de clima frio e que fizeram parte da antiga URSS, como Lituânia (31,9 por 100 mil), Rússia (31 por 100 mil) e Bielo Rússia (26,2 por 100 mil). Mas também aparecem dois países de clima quente da América do Sul: Guiana (29,2 por 100 mil) e Suriname (22,8 por 100 mil).[11]

O Brasil com taxa de 6,5 suicídios por 100 mil habitantes ficou em 106º lugar no ranking global em 2016. No total, segundo o Datasus[12], o número de suicídios foi de 11.433 mortes em 2016, o que dá 31,3 suicídios por dia ou 1,3 suicídio por hora. Portanto, embora a taxa seja baixa o número absoluto é bastante significativo e tem aumentado nos últimos anos, pois houve "apenas" 6.780 no ano 2000. Entre 1996 e 2016 o número de suicídios acumulados no Brasil foi de 183.48 mortes.

A diretora da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, Fátima Marinho, no entanto, estima que o número seja maior, citando "um subdiagnóstico de 20%".[13]

O suicídio é, hoje, a quarta causa de morte entre jovens de 15 a 29 anos no Brasil. Entre os homens nesta faixa etária, é o terceiro motivo mais comum; entre as mulheres, o oitavo.

Nos recortes apresentados pelo ministério, a maior taxa de mortes por suicídio a cada 100 mil habitantes é entre indígenas – 15,2 casos por 100 mil. Entre os homens, o número chega a 23,1; entre as mulheres, a 7,7.

A taxa de suicídio a cada 100 mil habitantes chegou a 9,2 entre os homens, um aumento de 28% em uma década. Entre as mu-

7 Vilhena Soares, Cientistas apostam em pílulas de efeito rápido para tratar depressão. Correio Braziliense, 18.06.2018. Disponível em: <https://www.correio-braziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e- saude/2018/06/18/interna_ciencia_saude,689157/cientistas-apostam-em-pilulas-de-efeito- rapido-para-tratar-depressao.shtml> Acesso em: 07-06-2019.

8 Raul Galhardi, Brasil é o país mais ansioso do mundo, segundo a OMS. O Estado de São Paulo. 05.06.2019. Disponível em: < https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-e-o-pais-mais-ansioso-do-mundo-segundo-a-oms,70002856254> Acesso em: 30-06-2019.

9 OMS: quase 800 mil pessoas se suicidam por ano. 13.09.2018. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/oms-quase-800-mil-pessoas-se-suicidam-por-ano/> Acesso em: 30- 06-2019.

10Émile Durkheim, O suicídio: estudo de sociologia; tradução Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

11 José Eustáquio Diniz Alves, As taxas de suicídio no mundo, EcoDebate, 30.01.2019. Disponível em: < https://www.ecodebate.com.br/2019/02/01/as-taxas-de-suicidio-no-mundo--artigo-de-jose- eustaquio--diniz-alves/> Acesso em: 01-07-2019.

12 DATASUS é o departamento de informática do Sistema Único de Saúde do Brasil. Trata-se de um órgão da Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde com a responsabilidade de coletar, processar e disseminar informações sobre saúde.

13 Braitner Moreira, Suicídios aumentam 2,3% em 1 ano, e Brasil tem 1 caso a cada 46 minutos. G1, 20.09.2018. Disponível em: <> Acesso em: 07-07-2019.

lheres, a taxa é de 2,4.

O fator econômico tem sido um forte influenciador, haja vista que o desemprego também tem sido um fator de risco das tentativas de suicídio.[14]

A OMS lembra que, nos países de renda alta, já foi reconhecido um vínculo entre suicídio e problemas de saúde mental, como depressão e transtornos de uso de álcool. Mas muitos suicídios, aponta a agência da ONU, são cometidos por impulso, em momentos de crise.

A OMS defende ainda o fornecimento de serviços de saúde mental eficazes. Governos também devem oferecer acompanhamento médico após tentativas de suicídio.[15]

Na avaliação da agência das Nações Unidas, é necessária uma abordagem integrada, que mobilize não apenas a saúde, mas também a educação, os meios de comunicação, instituições trabalhistas e o setor agrícola.

Cada suicídio é uma tragédia que afeta famílias, comunidades e países inteiros, afirma a OMS. Em muitos países, o tema é um tabu — o que impede pessoas que tentaram se suicidar de procurar ajuda. Até hoje, apenas alguns países incluíram a prevenção do suicídio em suas prioridades de saúde e apenas 28 nações relataram ter uma estratégia nacional de prevenção.

Apesar disso, o investimento destinado à saúde mental representa, em média, apenas 2% do orçamento de saúde do país e, dessa porcentagem, cerca de 60% se destina a hospitais psiquiátricos.

Entre os desafios de financiamento adequado dos serviços de saúde mental estão: inconsistências nos dados reportados sobre investimentos em saúde mental nos países; a carga subestimada dos transtornos mentais; e a necessidade de que exista vontade política para enfrentar as mudanças necessárias à melhoria dos serviços de saúde mental.

O alvo principal são as doenças resultantes de transtornos de humor e suicídio; transtornos por uso de substâncias; e morte por overdose ou acidentes e doenças relacionadas ao álcool.

A saúde mental é cada vez mais reconhecida como uma prioridade global de saúde e desenvolvimento econômico. Por exemplo, o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 316 se refere explicitamente ao compromisso de alcançar uma cobertura universal de saúde que inclua "saúde mental e bem-estar".[17]

Na região das Américas, os transtornos mentais respondem por 34% das deficiências, com pouca variação no nível nacional.

Os transtornos depressivos representam 7,8% das incapacidades na região – com a América do Sul, em geral, apresentando maiores proporções de incapacidade devido a esse transtorno mental comum.

14 Braitner Moreira, Suicídios aumentam 2,3% em 1 ano, e Brasil tem 1 caso a cada 46 minutos. G1, 20.09.2018. Disponível em: <> Acesso em: 07-07-2019.

1 5OMS: quase 800 mil pessoas se suicidam por ano. 13.09.2018. Disponível em: < https://nacoesunidas.org/oms-quase-800-mil-pessoas-se-suicidam-por-ano/> Acesso em: 30- 06-2019.

16 Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) (ou Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável) são uma coleção de 17 metas globais estabelecidas pela Assembleia Geral das Nações Unidas. 03 - Saúde e bem-estar: assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades.

17 ONU – Organização das Nações Unidas. Transtornos mentais são responsáveis por mais de um terço do número total de incapacidades nas Américas. 06.03.2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/transtornos-mentais-sao--responsaveis-por-mais-de--um-terco-do- numero-total-de-incapacidades-nas--americas/> Acesso em: 29-06-2019.

II. A SAÚDE CONSAGRADA NA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) é um documento marco na história dos direitos humanos. Elaborada por representantes de diferentes origens jurídicas e culturais de todas as regiões do mundo, a Declaração foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de dezembro de 1948, por meio da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral como uma norma comum a ser alcançada por todos os povos e nações. Ela estabelece, pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos.

No tocante ao Direito do Trabalho dispõe "todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. (art. XXIII, 3).

Vale dizer, já naquela época frisava-se a proteção ao trabalho através de uma remuneração que garantisse dignidade em sentido lato.

Tanto que o art. XXV expressamente consagra: "1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle".

Com efeito ao legislar sobre o trabalho, a Declaração Universal dos Direitos Humanos já preocupava-se com a dignidade da pessoa humana, bem como em garantir um trabalho digno e que proporcionasse vários direitos, dentre eles a saúde.

III. A SAÚDE CONTEMPLADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nossa Carta Magna de 1988, disciplina no Título I – Dos princípios fundamentais:

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

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (...) (grifo nosso)"

Nas palavras de Guilherme

Peña de Moraes, "os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade."[18]

No tocante à natureza dos direitos fundamentais o supra citado autor alude são, a um só tempo, categoria especial de direitos subjetivos e elementos constitutivos do direito objetivo, verbis:

"Na perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais conferem aos titulares a pretensão a que se adote um determinado comportamento, positivo, ou negativo, em respeito à dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais compõem a base da ordem jurídica, sendo certo que a afirmação e asseguramento dos direitos fundamentais é condição de legitimação do Estado de Direito, razão pela qual "neles unem-se, em relação de complemento e fortalecimento recíproco, várias camadas de sentido. Ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos básicos do homem corresponde o seu significado como elementos do

Com relação a capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de fato ou de exercício para Guilherme Peña de Moraes, carece de relevância no Direito Constitucional, pois não se admite a separação entre titularidade e exercício, quando a fruição não depende da aptidão intelectual do titular do direito fundamental, como se verifica nos arts. 3º e 4º do CC e do art. 8º do CPC.[20]

No título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais e no subsequente Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos:

"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: (...)" (negrito nosso) Guilherme Peña de Moraes aduz que os direitos individuais cujo objeto imediato é a vida comportam: (i) o direito à vida, à luz do art. 5º, caput, (ii) os direitos à integridade física, englobando o direito ao próprio corpo e direito às partes separadas do corpo, a teor do art. 5º, inc. III, e

(iii) os direitos à integridade moral, encerrando o direito à intimidade, direito à privacidade, direito à honra e direito à imagem, à vista do art. 5º, incs. V e X da CRFB.[21]

Outrossim, a Constituição Federal em seu Capítulo II – Dos Direitos Sociais reza:

"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". (grifo nosso)

O direito à saúde é implementado por políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recu-

18 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 503 apud Direitos Fundamentais: conflitos e soluções. São Paulo: Frater et Labor, 2000, p. 11.

19 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 504 apud GRIMM, Dieter. Die Zukunft der Verfasung. 2ª ed. Frankfurt: Suhrkamp, 1994, p. 221.

20 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 505.

21 MORAES, Guilherme Peña de. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 503 apud Direitos Fundamentais: conflitos e soluções. São Paulo: Frater et Labor, 2000, p. 525.

peração, de acordo com a Lei nº 8.080/90, como também a Lei nº 9.313/96.[22]

No título VIII – Da ordem social, Capítulo II – Da seguridade social, Seção II – Da saúde, a Magna Carta, no seu art. 196 define: "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". (negrito nosso)

O conceito constitucional de saúde tornou-se mais abrangente, tendo como fatores determinantes e condicionantes o meio físico; o meio socioeconômico e cultural; os fatores biológicos e a oportunidade de acesso aos serviços que visem à promoção, proteção e recuperação da saúde, contemplada nos arts. 196 a 200 da CF.

Agravos são outros problemas de saúde, além das doenças definidas e, portanto, é um termo mais abrangente do que doença, razão pela qual não existe um grau de proteção, o grau é o máximo.[23]

IV. A CRIAÇÃO DO SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E O CAMINHO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

A Constituição Federal criou o SUS – Sistema Único de Saúde e previu que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada.

São diretrizes do SUS: (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e (iii) participação da comunidade (art. 198).

A partir da previsão constitucional, os procedimentos para o adequado funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS), bem como as atribuições específicas dos órgãos, puderam ser concretizadas a partir da elaboração das Leis específicas da Saúde.

A Lei nº 8080/90 dispõe sobre as atribuições e funcionamento do Sistema Único de Saúde e a Lei nº 8142/90, trata sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde, denominada Lei Orgânica da Saúde.

Enfim a assistência à saúde colocou o ser humano como centro da estrutura normativa, ganhando esse fato valor social.

A Lei nº 8080/90 elege a saúde como direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, sendo dever do Estado garantir este direito

22 SCHWARTZ, Germano. Direito à Saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 34.

23 Mendes, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (art. 2º).[24]

Outrossim, ressalta que o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Isso é de suma importância, pois temos diversas outras normas que visam também à proteção à saúde, como aquelas aplicáveis ao ambiente laboral.[25]

Consagra que a saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País – conceito amplo e social de saúde (art. 3º).[26]

São objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS): (i) a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

(ii) a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei; (iii) a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas (art. 5º).

Inclui-se ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde a execução de ações: (i) de vigilância sanitária; (ii) de vigilância epidemiológica; (iii) de saúde do trabalhador; e (iv) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica (art. 6º).

V. A LEI Nº 9.656/98 – LEI DOS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

As seguradoras de saúde são típicas fornecedoras de serviços, e a elas se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois os usuários dos planos estão em posição economicamente inferior.

O fornecedor, na hipótese da medicina prestada através de convênios de saúde, definido no art. 3º do CDC, é a empresa que oferece o serviço médico.

O Código se aplica aos contratos de planos de saúde anteriores à Lei dos Planos de Saúde (contratos antigos) e aos posteriores (contratos novos e os adaptados).

Quanto aos contratos posteriores à Lei dos Planos de Saúde e aos adaptados, o Código do Consumidor convive harmonicamente

24 Mendes, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

25 Mendes, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

26 Mendes, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

com a Lei dos Planos de Saúde.

A partir da Lei dos Planos de Saúde, não houve mais distinção entre seguradoras e operadoras de planos de assistência à saúde.

Uma das mais importantes inovações foi a fragmentação da assistência à saúde, de forma que se dividiu em 5 modalidades de planos: referência; ambulatorial; hospitalar; hospitalar com obstetrícia; e odontológico, o que facilitou ao consumidor distinguir o plano melhor e mais barato, dando mais transparência ao mercado.

Além da Lei dos Planos de Saúde, existem outras regras que orientam o setor de forma complementar. São as resoluções do CONSU - Conselho de Saúde Suplementar, da ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar e as portarias dos Ministérios da Saúde e Justiça.

Importante alertarmos que algumas dessas Resoluções são contrárias à Constituição Federal, ao Código do Consumidor e à própria Lei dos Planos de Saúde, tanto que, pela ilegalidade que representam, são contestadas perante o Poder Judiciário, que vem dando ganho de causa ao consumidor, pois a resolução não pode ser contrária à Lei nem restringir direitos.[27]

VI. A LEI Nº 10.216/2001: REFORMA PSIQUIÁTRICA E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS NO BRASIL

Essa lei inovou ao garantir os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra (art. 1º).

O preconceito por qual sofrem os portadores de transtornos mentais é tamanho que foi até cunhado um termo específico: Psicofobia.

A psicóloga Maria de Lourdes Santos definiu "o significado original do termo Psicofobia é o de medo exagerado e irracional da mente. No entanto, tem sido um termo usado em sentido não clínico no Brasil, podendo neste contexto ser definido como o preconceito ou discriminação contra pessoas com transtornos ou deficiências mentais. Como exemplos de Transtornos Mentais que são alvos de preconceito: depressão, bipolaridade, bulimia, anorexia, autismo, síndromes em geral, alcoolismo, dependência de drogas em geral, entre muitas outras".[28]

Certo que esse tipo de atitude só agrava a já fragilíssima situação dos pacientes de transtornos mentais, que poderão isolar-se mais e por vezes prejudicará a ade-

27 Silveira, Karyna Rocha Mendes da. Tudo o que você precisa saber sobre Planos de Saúde. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 07.

28 Christian Wentz, Psicofobia: preconceito contra vítimas de transtornos mentais prejudica pacientes. G1, 11.09.2017. Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/vilhena-e-cone- sul/noticia/psicofobia-preconceito--contra-vitimas-de-transtornos-mentais-prejudica- pacientes.ghtml> Acesso em: 07-07-2019.

são desses a terapia medicamentosa.

A nosso sentir, esses julgamentos preconceituosos traduzem duas principais faces do indivíduo: (i) a ignorância e (ii) o medo de encontrar em si mesmo algum transtorno.

Felizmente, no dia 12 de abril é comemorado o dia de combate a Psicofobia, em alusão ao nascimento do artista Chico Anysio, patrono da campanha contra a Psicofobia e do projeto "A sociedade contra o preconceito".

O ator e humorista sofreu de depressão e antes de seu falecimento deu um depoimento, afirmando que a exposição pública da doença ajudaria outras pessoas.[29]

A Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP), órgão que representa os médicos psiquiatras do Brasil, realiza campanhas nacionais apoiando a causa.[30]

O Congresso Nacional através do Projeto de Lei do Senado nº 263/2014 instituiu no ano de 2016 o Dia Nacional de Enfrentamento à Psicofobia, a ser celebrado no dia 12 de abril.[31]

Muito mais importante, o Projeto de Lei do Senado nº 74/2014 que altera Código Penal para tipificar o crime contra as pessoas com deficiência ou transtorno mental prevê a pena de três anos para quem praticar injúria contra pessoas com transtorno mental. Infelizmente este projeto de lei encontra-se arquivado no Senado desde 28.12.2018. [32]

A Lei nº 10.216/2001 garante que nos atendimentos em saúde mental, de qualquer natureza, a pessoa e seus familiares ou responsáveis sejam formalmente cientificados dos direitos previstos no parágrafo único (art. 2ª), in verbis:

"São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I - ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II - ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III - ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração; IV - ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V - ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI - ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII - receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII - ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX - ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental."

A lei prevê a participação da sociedade e da família, na assistência que será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais (art. 3º).

Ao contrário das legislações anteriores, bem como da

29 Proposta institui o dia de combate à psicofobia. Câmara dos Deputados. 02.06.2016. Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/509868- PROPOSTA--INSTITUI-O-DIA-DE-COMBATE-A-PSICOFOBIA.html> Acesso em: 07-07-2019.

30 Associação Brasileira de Psiquiatria (ABP). Psicofobia e estigma: qual a relação? 16.04. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=QiAR25Ymb-k&t=1151s> Acesso em: 07- 05-2019.

31 Roberto Fragoso, Senado aprova criação do Dia Nacional de Enfrentamento à Psicofobia. Rádio Senado, 22.02.2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2016/02/senado-aprova-criacao-do--dia-nacional- de-enfrentamento-a-psicofobia> Acesso em: 07-06-2019.

32 Projeto de Lei do Senado nº 74, de 2014. Senado Federal, 11.03.2014. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/116394> Acesso em: 07-07- 2019.

mentalidade de outrora a lei prevê a internação com absoluta excepcionalidade, exigindo-se laudo médico circunstanciado que caracterize seus motivo e determinando que o tratamento vise como finalidade permanente a reinserção social do paciente em seu meio (arts. 4º e 6º).

Há também a concepção do tratamento multidisciplinar prevendo-se a inclusão de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros (art. 4º, §2º).

Foram contemplados três tipos de internação psiquiátrica: (i) internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; (ii) internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro e (iii) internação compulsória: aquela determinada pela Justiça (art. 6º, parágrafo único).

Na internação voluntária a lei exige que o solicitante deva assinar, no momento da admissão, uma declaração de que optou por esse regime de tratamento, sendo que o término da internação dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente (art. 7º).

Como não poderia deixar de ser a internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento (art. 8º).

A internação psiquiátrica involuntária deverá, no prazo de setenta e duas horas, ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido, devendo esse mesmo procedimento ser adotado quando da respectiva alta (art. 8º, §1º).

O término da internação involuntária dar-se-á por solicitação escrita do familiar, ou responsável legal, ou quando estabelecido pelo especialista responsável pelo tratamento (art. 8º, § 2º).

A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários (art. 9º).

Os casos de evasão, transferência, acidente, intercorrência clínica grave e falecimento serão comunicados pela direção do estabelecimento de saúde mental aos familiares, ou ao representante legal do paciente, bem como à autoridade sanitária responsável, no prazo máximo de vinte e quatro horas da data da ocorrência (art. 10).

Como nas demais áreas da saúde, as pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos não poderão ser realizadas sem o consentimento expresso do paciente, ou de seu representante legal, e sem a devida comunicação aos conselhos profissionais competentes e ao Conselho Nacional de Saúde (art. 11).

A lei determina que o Conselho Nacional de Saúde, no âmbito de sua atuação, criará comissão nacional para acompanhar a implementação desta Lei (art. 12)

VII. A LEI Nº 13.819/2019 - INSTITUI A POLÍTICA NACIONAL DE PREVENÇÃO DA AUTOMUTILAÇÃO E DO SUICÍDIO

Essa lei prevê a Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio, como estratégia permanente do poder público para a prevenção desses eventos e para o tratamento dos condicionantes a eles associados, devendo ser implementada pela União, pelos Estados, pelos Municípios e pelo Distrito Federal, e com a participação da sociedade civil e de instituições privadas (art. 2º).

São objetivos da Política Nacional de Prevenção da Automutilação e do Suicídio:

"I - promover a saúde mental;

II - prevenir a violência autoprovocada;

III - controlar os fatores determinantes e condicionantes da saúde mental;

IV - garantir o acesso à atenção psicossocial das pessoas em sofrimento psíquico agudo ou crônico, especialmente daquelas com histórico de ideação suicida, automutilações e tentativa de suicídio;

V - abordar adequadamente os familiares e as pessoas próximas das vítimas de suicídio e garantir-lhes assistência psicossocial;

VI - informar e sensibilizar a sociedade sobre a importância e a relevância das lesões autoprovocadas como problemas de saúde pública passíveis de prevenção;

VII - promover a articulação intersetorial para a prevenção do suicídio, envolvendo entidades de saúde, educação, comunicação, imprensa, polícia, entre outras;

VIII - promover a notificação de eventos, o desenvolvimento e o aprimoramento de métodos de coleta e análise de dados sobre automutilações, tentativas de suicídio e suicídios consumados, envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e os estabelecimentos de saúde e de medicina legal, para subsidiar a formulação de políticas e tomadas de decisão;

IX - promover a educação permanente de gestores e de profissionais de saúde em todos os níveis de atenção quanto ao sofrimento psíquico e às lesões autoprovocadas." (art. 3º)

Importante destacarmos o enfoque dado a promoção da saúde mental, a prevenção, o acesso à atenção psicossocial, a integração da família e dos amigos no processo pelo qual está passando o paciente, a mudança de mentalidade da sociedade como um todo, com enfoque na educação e por fim uma grande inovação, a notificação compulsória.

É determinado que o Poder Público mantenha serviço telefônico para recebimento de ligações, destinado ao atendimento gratuito

e sigiloso de pessoas em sofrimento psíquico, serviço hoje prestado pela sociedade civil através dos voluntários do Centro de Valorização da Vida (CVV).[33]

A instituição é associada ao Befrienders Worldwide, que congrega entidades congêneres de todo o mundo, e participou da força tarefa que elaborou a Política Nacional de Prevenção do Suicídio, do Ministério da Saúde, com quem mantém, desde 2015, um termo de cooperação para a implantação de uma linha gratuita nacional de prevenção do suicídio.

A linha 188 começou a funcionar no Rio Grande do Sul e, em setembro de 2017, iniciou sua expansão para todo o Brasil, que será concluída em 30/06/2018, com a integração de todos os estados.

Os contatos com o CVV são feitos pelos telefones 188 (24 horas e sem custo de ligação), pessoalmente (nos 110 postos de atendimento) ou pelo site www.cvv.org.br, por chat e e-mail. Nestes canais, são realizados mais de 2 milhões de atendimentos anuais, por aproximadamente

2.400 voluntários, localizados em 19 estados mais o Distrito Federal.

Diante da era digital que vivemos a lei dispõe que o Poder Público poderá celebrar parcerias com empresas provedoras de conteúdo digital, mecanismos de pesquisa da internet, gerenciadores de mídias sociais, entre outros, para a divulgação dos serviços de atendimento a pessoas em sofrimento psíquico (art. 5º).

Os casos suspeitos ou confirmados de violência autoprovocada são de notificação compulsória pelos: (i) estabelecimentos de saúde públicos e privados às autoridades sanitárias e (ii) estabelecimentos de ensino públicos e privados ao conselho tutelar (art. 6º).

Para os efeitos desta Lei, entende-se por violência autoprovocada: (i) o suicídio consumado, (ii) a tentativa de suicídio e (iii) o ato de automutilação, com ou sem ideação suicida (art. 6º, §1º).

Nos casos que envolverem criança ou adolescente, o conselho tutelar deverá receber a notificação, nos termos de regulamento (art. 6º, §2º).

A notificação compulsória prevista tem caráter sigiloso, e as autoridades que a tenham recebido ficam obrigadas a manter o sigilo (art. 6º,

§3º).

A Lei preocupa-se também com os atendimentos prestados através dos serviços público e privados, aludindo que ambos deverão informar e treinar os profissionais que atendem pacientes em seu recinto quanto aos procedimentos de notificação estabelecidos nesta Lei (art. 6º, §4º).

Também foram envolvidos pela legislação os estabelecimentos de ensino públicos e privados que deverão informar e treinar os profissionais que trabalham em seu recinto quanto aos procedimentos de notificação estabelecidos nesta Lei (art. 6º, §5º).

33 O CVV — Centro de Valorização da Vida, fundado em São Paulo, em 1962, é uma associação civil sem fins lucrativos, filantrópica, reconhecida como de Utilidade Pública Federal, desde 1973. Presta serviço voluntário e gratuito de apoio emocional e prevenção do suicídio para todas as pessoas que querem e precisam conversar, sob total sigilo e anonimato.
A instituição é associada ao Befrienders Worldwide, que congrega entidades congêneres de todo o mundo, e participou da força tarefa que elaborou a Política Nacional de Prevenção do Suicídio, do Ministério da Saúde, com quem mantém, desde 2015, um termo de cooperação para a implantação de uma linha gratuita nacional de prevenção do suicídio.
A linha 188 começou a funcionar no Rio Grande do Sul e, em setembro de 2017, iniciou sua expansão para todo o Brasil, que será concluída em 30/06/2018, com a integração de todos os estados.
Os contatos com o CVV são feitos pelos telefones 188 (24 horas e sem custo de ligação), pessoalmente (nos 110 postos de atendimento) ou pelo site www.cvv.org.br, por chat e e-mail. Nestes canais, são realizados mais de 2 milhões de atendimentos anuais, por aproximadamente
2.400 voluntários, localizados em 19 estados mais o Distrito Federal.
Além dos atendimentos, o CVV desenvolve, em todo o país, outras atividades relacionadas a apoio emocional, com ações abertas à comunidade que estimulam o autoconhecimento e melhor convivência em grupo e consigo mesmo. A instituição também mantém o Hospital Francisca Julia que atende pessoas com transtornos mentais e dependência química em São José dos Campos- SP.

Além dos atendimentos, o CVV desenvolve, em todo o país, outras atividades relacionadas a apoio emocional, com ações abertas à comunidade que estimulam o autoconhecimento e melhor convivência em grupo e consigo mesmo. A instituição também mantém o Hospital Francisca Julia que atende pessoas com transtornos mentais e dependência química em São José dos Campos- SP.

Nos casos que envolverem investigação de suspeita de suicídio, a autoridade competente deverá comunicar à autoridade sanitária a conclusão do inquérito policial que apurou as circunstâncias da morte (art. 7º).

No tocante a Lei dos Planos de Saúde, Lei nº 9.656/98, a lei no seu art. 10 dispõe: "A Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 10-C: art. 10-C. Os produtos de que tratam o inciso I do caput e o §1º do art. 1º desta Lei deverão incluir cobertura de atendimento à violência autoprovocada e às tentativas de suicídio."

No nosso entendimento, essa inserção na redação da Lei dos Planos de Saúde era totalmente dispensável, haja vista que já há previsão legal dessa cobertura, não obstante, o legislador ciente das inúmeras negativas ilegais de cobertura deve ter entendido que por cautela deveria prever expressamente.

VIII. DECRETO Nº 9.761/2019 - POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

A Política Nacional sobre Drogas foi consolidada a partir das conclusões do Grupo Técnico Interministerial instituído pelo Conselho Nacional de Políticas sobre Drogas, na Resolução nº 1, de 9 de março de 2018 e revogou inteiramente o Decreto nº 4.345/2002.

A introdução do anexo da Política Nacional sobre Drogas

discorre que:

"O uso de drogas na atualidade é uma preocupação mundial. Entre 2000 e 2015, houve um crescimento de 60% no número de mortes causadas diretamente pelo uso de drogas, sendo este dado o recorte de apenas uma das consequências do problema. Tal condição extrapola as questões individuais e se constitui como um grave problema de saúde pública, com reflexos nos diversos segmentos da sociedade. Os serviços de segurança pública, educação, saúde, sistema de justiça, assistência social, dentre outros, e os espaços familiares e sociais são repetidamente afetados, direta ou indiretamente, pelos reflexos e pelas consequências do uso das drogas."[34]

O Decreto frisa a necessidade de estratégias efetivas a serem realizadas de forma articulada e cooperada, envolvendo o governo e a sociedade civil, alcançando

34 Decreto nº 9.761/2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm> Acesso em: 07- 07-2019.

as esferas de prevenção, tratamento, acolhimento, recuperação, apoio e mútua ajuda, reinserção social, ações de combate ao tráfico e ao crime organizado e ampliação da segurança pública.

O Decreto destaca que dentre as drogas ilícitas, a maconha, em nível mundial e nacional é a droga de maior consumo.

O combate a utilização da maconha é fundamental, diante das associações que têm sido feitas entre esta droga e o desenvolvimento da esquizofrenia.

Pesquisadores da Escola de Psicologia Experimental da Universidade Bristol, no Reino Unido analisaram fatores genéticos que podem prever se uma pessoa é suscetível a usar cannabis e também sua suscetibilidade à esquizofrenia. Os resultados confirmaram que começar a fumar maconha pode sim aumentar o risco de esquizofrenia, mas, em especial, uma pessoa que carrega genes associados à doença são mais propensas a se tornarem usuárias da droga e a fazer isso de forma abusiva.[35]

Estudos anteriores já haviam mostrado que o consumo de maconha é mais comum em pessoas com psicose do que entre a população em geral e que, em muitos casos, esse hábito também pode aumentar o risco de sintomas psicóticos. O uso da droga já foi associado a sintomas do distúrbio, como paranoia e pensamentos delirantes, em até 40% dos usuários.[36]

Também há preocupação do legislador com o uso das drogas lícitas, como o tabaco, sendo que no Brasil do ano de 2006 para 2012, houve uma redução de 3,9% na prevalência de fumantes.

Essa diminuição é vinculada à implementação de ações direcionadas à prevenção, tais como as limitações nas veiculações de ações publicitárias.

Não se tem o mesmo retrato com relação a experimentação do álcool que tem iniciado cada vez mais cedo. No ano de 2006, 13% dos entrevistados tinham experimentado bebidas alcoólicas com idade inferior a 15 anos. Esse percentual subiu para 22% em 2012. Esses dados são ainda mais preocupantes no público feminino, visto o aumento do uso de maneira mais precoce entre as mulheres.[37]

O Decreto afirma que é necessário também refletir sobre o fato de que há comorbidades associadas como, por exemplo, a depressão, que se apresenta com maior prevalência entre abusadores de álcool. Identificou-se que 5% da população brasileira já realizou alguma tentativa de suicídio, destas 24% associadas ao consumo de álcool, o que remete à necessidade de atuar diretamente sobre tal realidade.

Segundo relatório da Organização Mundial da Saúde (2018)[38], o álcool foi o 7º fator de risco no mundo para anos de vida perdidos e o 1º para o indicador chamado DALY (Disability-Adjusted Life Year)[39], que seria a soma dos anos potenciais de vida perdidos, devido à mortalidade prematura e os anos de vida produtiva perdidos devido à deficiência.

No item 2 – Pressupostos

35 Estudo genético confirma associação da maconha com esquizofrenia. Veja, 26.12.2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/mais-um-estudo-confirma-a-associacao-da- maconha-com-esquizofrenia/> Acesso em: 07-07-2019.

36 Estudo genético confirma associação da maconha com esquizofrenia. Veja, 26.12.2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/saude/mais-um-estudo-confirma-a-associacao-da- maconha-com-esquizofrenia/> Acesso em: 07-07-2019.

37 Decreto nº 9.761/2019. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9761.htm> Acesso em: 07- 07-2019.

38 Relatório Mundial sobre Drogas 2018 – UNODC. Disponível em: <http://www.unodc.org/wdr2018/index.html> Acesso em: 07-07-2019.

39 O ano de vida ajustado por incapacidade (DALY) é uma medida da carga global da doença, expressa como o número de anos perdidos devido a problemas de saúde, incapacidade ou morte prematura. Foi desenvolvido na década de 1990 como uma forma de comparar a saúde geral e a expectativa de vida de diferentes países.

da Política Nacional sobre Drogas se prevê: "2.33. Incentivar, orientar e propor o aperfeiçoamento da legislação para garantir a implementação e a fiscalização das ações decorrentes desta política." (negrito nosso)

Entendemos que o Poder Público trata com grande hipocrisia o combate ao alcoolismo, pois a Lei n° 9.294/96 considera bebida alcoólica aquela com graduação superior a 13° (excluindo, portanto, cervejas e vinhos) e estabelece que a propaganda desses produtos em rádio e televisão só é permitida entre 21 horas e 6 horas. Assim, as propagandas de poucos segundos são permitidas em quaisquer horários.

No estudo sobre "O álcool nos meios de comunicação" – Publicidade de Bebidas Alcoólicas apresentada ao Conselho de Comunicação Social do Congresso Nacional aos 6.3.2006, o Professor Dr. Ronaldo Laranjeira destacou os danos que as bebidas alcoólicas causam à população brasileira, apontou o aumento do consumo e propôs um conjunto de medidas: a primeira é a restrição da propaganda do álcool; a segunda, é uma política de preços para os produtos, porque não existe país no mundo onde o preço do álcool seja mais barato do que no Brasil"; a terceira medida seria a implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que proíbe a venda de bebidas alcoólicas para menores de idade; o quarto grupo de ações seria a implementação das restrições do beber e dirigir.[40]

Como o conceito de bebida alcoólica está diretamente ligado ao horário de veiculação das propagandas o Projeto de Lei nº 2.733/2008 pretendia adequar a legislação em vigor, reduzindo de 13° para 0,5° Gay- Lussac o teor alcoólico a partir do qual, para todos os efeitos legais, uma bebida seja considerada como alcoólica.

O Projeto de Lei nº 2.733/2008 foi apensado ao Projeto de Lei nº 4846/1994 que por sua vez foi apensado ao Projeto de Lei nº 6869/2010, que encontra-se arquivado.

O governo vem desconsiderando pesquisas, dentre as quais destacamos a da Universidade de Connecticut em Storrs que concluiu: a publicidade influencia o consumo de álcool. Esta, com jovens entre 15 e 26 anos constatou que para cada anúncio de bebida alcoólica visto por mês, há um aumento de 1% na média de drinques consumidos e também que a cada dólar adicional per capita gasto na publicidade de álcool em um mercado particular, os participantes do estudo bebiam 3% a mais por mês.[41] (grifo nosso)

Há anos o governo adota na íntegra os interesses do SINDICERV – Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja, sendo o Brasil o terceiro maior fabricante mundial, com 13,3 bilhões de litros produzidos, atrás, somente, da China (46 bilhões) e dos Estados Unidos (22,1 bilhões).

O Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja afirma: "Hoje, graças a esse imenso trabalho conjunto, a bebida que é paixão nacional faz parte do dia a dia dos lares

40SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. Lei Federal nº 11.705/08 (lei seca): punir, arrecadar, não educar e lucrar. Migalhas, 15.07.2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI64874,51045- Lei+Federal+n+1170508+lei+seca+punir+arrecadar+nao+educar+e+lucrar> Acesso em: 15-01- 2018.

41 SILVEIRA, Karyna Rocha Mendes. Lei Federal nº 11.705/08 (lei seca): punir, arrecadar, não educar e lucrar. Migalhas, 15.07.2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,-MI64874,51045- Lei+Federal+n+1170508+lei+seca+punir+arrecadar+nao+educar+e+lucrar> Acesso em: 15-01- 2018.

brasileiros, onde chega por meio de uma frota de 38 mil veículos e de uma rede de mais de 1,2 milhão de pontos de vendas. E o mercado cervejeiro ainda tem grande potencial de crescimento, para gerar ainda mais valor a todos. Atentas a essa perspectiva, em 2017, as empresas investiram R$ 3,7 bilhões em sua capacidade produtiva – e a previsão é que coloquem mais R$ 4 bilhões em 2018 e R$ 4,2 bilhões em 2019."[42] (grifo nosso)

No Fórum sobre Alcoolismo: causas, consequências e prevenção, promovido pelo Conselho Federal de Medicina, contará com o tema: "Álcool & Saúde: O papel do estado e da sociedade civil", onde os palestrantes apresentarão as consequências do alcoolismo para a saúde. Na oportunidade, serão discutidas as perspectivas da saúde pública a respeito da eficácia das políticas de controle do consumo de álcool e também da sociedade sobre a publicidade do álcool.[43]

Enquanto o lobby das bebidas alcoólicas for mais importante do que a saúde pública, com a publicidade livre, dificilmente haverá grandes avanços no combate ao alcoolismo e sua comorbidades.

Acreditamos que o lobby das bebidas alcoólicas também se fez presente na edição desse Decreto, tendo em vista que no item 6 – Redução de Oferta, só há menção às drogas ilícitas.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) apoia a nova política nacional sobre drogas, entende que a redução de danos, enquanto política pública, apresentava resultados aquém dos esperados pela população brasileira. Assim, preferem a estratégia de enfrentamento desse problema com base em pressupostos como a abstinência, a recuperação e a sobriedade do indivíduo.[44]

Também estão previstas ações de segurança pública, de defesa, de inteligência, de regulação de substâncias precursoras, de substâncias controladas e de drogas lícitas, além de repressão da produção não autorizada, de combate ao tráfico de drogas, à lavagem de dinheiro e crimes conexos, inclusive por meio da recuperação de ativos que financiem atividades do Poder Público nas frentes de redução de oferta e redução de demanda (item 3.4. do Anexo da PNAD).

Considerou-se aspectos legais, culturais e científicos, em especial a posição majoritariamente contrária da população brasileira quanto às iniciativas de legalização de drogas.

O Decreto reconhece as diferenças entre o usuário, o dependente e o traficante de drogas, tratando-os de forma diversa.

Igualmente, prevê as Comunidades Terapêuticas como forma de cuidado, acolhimento e tratamento do dependente químico, enfatizando o vínculo familiar, a espiritualidade, os esportes, entre outros, como fatores de proteção ao uso, uso indevido e dependência do tabaco, álcool e outras drogas, observando a laicidade do Estado.

42 SINDICERV – Sindicato Nacional da Indústria da Cerveja. O mercado cervejeiro do Brasil em números. Produção de cerveja por país entre 1990 a 2016. Disponível em: <https://sindicerv.com.br/o-setor-em-numeros/ > Acesso em: 07-07-2019

43 Fórum sobre Alcoolismo: causas, consequências e prevenção, 10.07.2019. Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <http://www.eventos.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21183&Itemid=610> Acesso em: 07-07-2019.

44 LIMA, Carlos Vital Tavares Corrêa, Contra as drogas, abstinência. Jornal Medicina, p. 15, edição abril/2019. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/> Acesso em: 07-07-2019.

IX. A NOTA TÉCNICA N° 11/2019 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE PREVIA: ESCLARECIMENTOS SOBRE AS MUDANÇAS NA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL E NAS DIRETRIZES DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

O Ministério da Saúde retirou a nota do ar após a repercussão de seu conteúdo, mas seu teor pode ser acessado[45].

O Conselho Federal de Psicologia (CFP) consignou seu repúdio a essa Nota Técnica, entendendo ser um retrocesso nas conquistas estabelecidas com a Reforma Psiquiátrica (Lei nº 10.216/2001), marco na luta antimanicomial ao estabelecer a importância do respeito à dignidade humana das pessoas com transtornos mentais no Brasil.[46]

Para o CFP a nota desconstrói a política de saúde mental devido a indicação de ampliação de leitos em hospitais psiquiátricos e comunidades terapêuticas, dentro da Rede de Atenção Psicossocial (RAPs), o que enxergam como um retorno à lógica manicomial.

Ninguém quer a volta dos antigos manicômios, depósitos de seres humanos, porém, não se pode olvidar que o Brasil tem quatro vezes menos leitos do que preconiza a Organização Mundial de Saúde (OMS): enquanto a entidade mundial recomenda que os países tenham 0,45 leito por mil habitantes, aqui estão disponíveis 0,1 leitos por mil habitantes.[47]

O escritor Ferreira Gullar, que tem dois filhos esquizofrênicos, desde 2009 critica a política contra a internação de doentes mentais, alegando ser esta uma demagogia.[48]

Para ele, as famílias de posses continuam a colocar seus doentes em clínicas particulares, enquanto as pobres não têm onde interná-los. "Os doentes terminam nas ruas como mendigos, dormindo sob viadutos".[49]

Outro ponto muito polêmico é a autorização dada ao Ministério da Saúde para financiar a compra de aparelhos de eletroconvulsoterapia.

A Associação Brasileira de Psiquiatria (APB) considera que a compra de equipamentos de ECT para hospitais do SUS corrige uma injustiça em relação aos pacientes sem recursos financeiros para pagar uma clínica particular.[50]

Entendem: "Hoje, quem tem dinheiro se trata com ECT. Com essa técnica, evitam-se suicídios e outras dificuldades para as famílias. O fato de o SUS se equipar com esses aparelhos não significa que todo mundo vai ser submetido a essa técnica. A pessoa só faz se quiser. Nenhum médico vai dar eletrochoque por maldade", diz o Dr. Antônio Geraldo da Silva, presidente da Associação Psiquiátrica da América Latina (APAL), diretor e superintendente da ABP.[51]

No Brasil, só poucas universidades e serviços privados oferecem a eletroconvulsoterapia.

4 5Disponível em: <http://pbpd.org.br/wp-content/uploads/2019/02/0656ad6e.pdf> Acesso em: 07- 07-2019.

46 CFP manifesta repúdio à nota técnica "Nova Saúde Mental" publicada pelo Ministério da Saúde.
Conselho Federal de Psicologia, 08.02.2019. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/cfp- manifesta-repudio-a--nota-tecnica-nova-saude--mental-publicada-pelo-ministerio-da-saude/ > Acesso em: 11-07-2019.

47 TRINDADE, Eleni. Rede de atenção psicossocial deve se fortalecer em 2019. FEHOESP, 17.12.2018. Disponível em: <https://fehoesp360.org.br/noticia/5606/rede-de-atencao- psicossocial-deve-se--fortalecer-em-2019> Acesso em: 11-07-2019.

48GULLAR, Ferreira. Uma lei errada. Folha de São Paulo, Ilustrada, 12.04.2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1204200920.htm> Acesso em: 10-06-2019.

49 GULLAR, Ferreira. Uma lei errada. Folha de São Paulo, Ilustrada, 12.04.2009. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/ilustrad/fq1204200920.htm> Acesso em: 10-06-2019.

50 MOYSÉS, Adriana. Tratamento com eletrochoque que provoca polêmica no Brasil é usado na Europa. RFI Brasil. Disponível em: <http://br.rfi.fr/brasil/20190216-tratamento-com-eletrochoque- que--provoca-polemica-no-brasil-e-amplamente-usado--na- fra?fbclid=IwAR0shBeAK31ya37Dy1IDXCu_Y2azQFYDw29ms7G1Kj406n-2JGwkykk- MFkw&ref=fb> Acesso em: 05-07-2019.

51 MOYSÉS, Adriana. Tratamento com eletrochoque que provoca polêmica no Brasil é usado na
Europa. RFI Brasil. Disponível em: <http://br.rfi.fr/brasil/20190216-tratamento-com-eletrochoque- que--provoca-polemica-no-brasil-e-amplamente-usado--na- fra?fbclid=IwAR0shBeAK31ya37Dy1IDXCu_Y2azQFYDw29ms7G1Kj406n-2JGwkykk- MFkw&ref=fb> Acesso em: 05-07-2019.

A questão atual da eletroconvulsoterapia não é em relação a sua eficácia, mas a importância da rigorosa fiscalização de sua aplicação que envolve, entre outras medidas, a presença de um médico anestesista.

CONCLUSÃO

A questão da saúde mental perpassa por várias áreas e requer um olhar e um atendimento multidisciplinar.

Sabemos que não devemos focar apenas no aspecto medicamentoso, haja vista que muitas vezes a relação entre a indústria farmacêutica e os médicos é promíscua.[52]

Segundo relatório divulgado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), a população brasileira é a mais deprimida da América Latina, demonstrando que, em seis anos, houve um salto de 74% no número de antidepressivos adquiridos e os ansiolíticos estão em terceiro em vendas entre todos os fármacos.[53]

Antes desprezada pela ciência, hoje estudos demonstram que a espiritualidade protege contra a depressão, pois os pesquisadores descobriram que diferenças na anatomia cerebral de pessoas religiosas podem reduzir chances de desenvolver o transtorno.[54]

Na sociedade contemporânea, emergem o individualismo, a fluidez e a efemeridade das relações. Como diz o sociólogo polonês Zygmunt

Bauman em uma de suas frases mais famosas: "Vivemos em tempos líquidos. Nada foi feito para durar".

Causo-nos espécie uma campanha nacional de conscientização sobre depressão, a partir da empatia lançada pela farmacêutica Medley, com a curadoria da psiquiatra do Hospital das Clínicas Carmita Abdo. O movimento com a hashtag #PodeContar quer estimular a quebra do paradigma da doença, ainda cercada de preconceitos.

O introito diz: "Você já ouviu falar em empatia? Compreender e se colocar no lugar de outra pessoa faz parte dessa qualidade. Nem todos conseguem alcançar o sentimento nas mais variadas situações, mas apresentar um ombro amigo e fazer uma escuta ativa podem ajudar, e muito, aqueles que precisam desabafar."[55]

O aspecto educativo da campanha é muito interessante e importante, mas ensinar empatia aos seres humanos nos parece o espelho de uma sociedade doente.

Talvez fosse mais salutar receitarmos o estudo do livro "O Pequeno Príncipe", pois este ao referir-se a sua flor ponderou:

"Assim o principezinho, apesar da boa vontade do seu amor, logo duvidara dela. Tomara a sério palavras sem importância, e se tornara infeliz.

"Não a devia ter escutado - confessou-me um dia - não se deve nunca escutar as flores. Basta olhá-las, aspirar o perfume. A minha embalsa-

52 A revista americana Inc analisou 5000 empresas nos Estados Unidos e chegou a uma lista dos setores que mais deram resultados positivos em 2013. O campeão foi saúde, que teve receita de mais de 21 bilhões de dólares só nos Estados Unidos. Confira os principais setores, segundo o levantamento, que podem ter oportunidades para empreendedores (Priscila Zuini. Os 10 setores mais lucrativos para abrir um negócio. Exame, 10.11.2014. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/pme/os-10-setores-mais--lucrativos-para-abrir-um--negocio/> Acesso em: 11-07-2019).

53 MORAES, Ana Luísa. Consumo de antidepressivos cresce 74% em seis anos no Brasil. Saúde, 18.12.2017. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/mente--saudavel/consumo-de- antidepressivos-cresce-74-em--seis-anos-no-brasil/> Acesso em: 11-07-2019.

54 Estudo sugere relação entre religiosidade e depressão. Veja, 06.05.2016. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/ciencia/estudo-sugere-relacao-entre-religiosidade--e-depressao/> Acesso em: 17-06-2019.

55 TUCHLINSKI, Camila. Ansiedade e depressão: campanha pretende aumentar empatia entre as pessoas. Estado de São Paulo, 21.03.2019. Disponível em: <https://emais.estadao.com.br/noticias/bem-estar,ansiedade-e-depressao-campanha-pretende- aumen

56 SAINT-EXUPÉRY. Antoine de. O Pequeno Príncipe, tradução Dom Marcos Barbosa. Ed. Agir: 2000, p. 16-17.

mava o planeta, mas eu não me contentava com isso. A tal história das garras, que tanto me agastara, me devia ter enternecido.

Confessou-me ainda:

"Não soube compreender coisa alguma! Devia tê-la julgado pelos atos, não pelas palavras. Ela me perfumava, me iluminava ... Não devia jamais ter fugido. Deveria ter-lhe adivinhado a ternura sob os seus pobres ardis. São tão contraditórias as flores! Mas eu era jovem demais para saber amar."[56]

O ENSINO A DISTÂNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO COMO FERRAMENTA DE RESSOCIALIZAÇÃO E REINSERÇÃO SOCIAL

CAMILA DA SILVA SOUZA

Advogada especialista em Direito Civil e Metodologia do Ensino a distância. Docente no curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Bauru e advogada do Núcleo de Prática Jurídica da mesma instituição de ensino.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ---------- 281

I. BREVE HISTÓRICO SOBRE A EAD ---------- 282

II– EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO ------- 283

III– TEORIAS DA FINALIDADE DA PENA ---------- 284

IV– O ESTUDO COMO MODALIDADE DE REMIÇÃO DE PENA ---------- 284

V– O ENSINO A DISTÂNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO ---------- 286

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 287

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 289

PALAVRAS-CHAVE: Ensino a distância. Apenados. Ressocialização. Reinserção social.

INTRODUÇÃO

Inserida no rol dos Direitos Fundamentas, mais precisamente no capítulo que trata dos Direitos Sociais, a educação é responsável pelo desenvolvimento psíquico e intelectual dos seres humanos.

Como determina a própria Constituição Federal de 1988, a educação deve ser promovida a todos os cidadãos, o que inclui os privados de liberdade que cumprem pena nos estabelecimentos prisionais brasileiros.

Sabe-se que hoje a população carcerária brasileira é formada por pessoas com pouca instrução, que ao longo da vida não tiveram acesso ou permaneceram pouco tempo nos bancos escolares, são em sua grande maioria analfabetas ou semianalfabetas.

E nesse contexto de efetivar o direito à Educação dos privados de liberdade, a Lei 12.433 de 2011 alterou o artigo 126 da Lei de Execução Penal para determinar que a cada doze horas de frequência escolar, divididas em três dias, dará ao recluso o direito de reduzir um dia de sua pena (Art. 126, LEP).

Segundo a Lei de Execução Penal, a remição ocorrerá em virtude da frequência do apenado em curso de ensino fundamental, Médio, Profissionalizante ou Superior, na modalidade presencial ou a distância.

Ocorre que, embora legalmente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, o direito à educação dos privados à liberdade, infelizmente nos dias de hoje ainda é, na maioria das vezes, uma grande utopia.

A falta de estrutura para que estude no interior do estabelecimento prisional, ou seja, levado para estabelecimentos de ensino extramuros, impossibilita que o sujeito privado da liberdade tenha acesso à educação e consequentemente ao direito de ter dias remidos da pena.

Diante dos obstáculos acima narrados, o presente trabalho pretende expor como a Educação a Distância (EAD) pode ser utilizada como meio de efetivação do direito à educação dos apenados e consequentemente da remição da pena pelo estudo.

I- BREVE HISTÓRICO SOBRE A EAD

As primeiras notícias que se tem sobre a Educação a Distância remontam a meados do século XVIII em Boston (EUA), quando cursos passaram a ser oferecido por correspondência.

Posteriormente, no século XIX, a EAD passou a ser utilizada por vários países com o intuito de atingir aqueles que por algum motivo não tinham acesso às instituições de ensino.

O fortalecimento e reconhecimento mundial da EAD somente ocorreram na segunda metade do século XX, período em que também passou a ser utilizada em nosso país.

No Brasil, a ascensão da industrialização e a necessidade de mão de obra especializada fizeram com que a EAD tornasse uma forma vantajosa de profissionalizar trabalhadores em diversas cidades do país, sem que fosse necessário o deslocamento para os centros urbanos.

Nesse período de ingresso no Brasil, a EAD teve os correios, e posteriormente as rádios como grandes aliados, já que as aulas eram enviadas por correspondências ou transmitidas por meios radiofônicos.

A partir dos anos 30 a Educação a Distância se desvinculou da formação profissional e passou a ser vista como uma boa alternativa para alcançar e reduzir a vasta população analfabeta do país.

Com um tímido desenvolvimento, o EAD popularizou-se em nosso país somente em 1978, através do Telecurso, programa realizado em parceria entre as fundações Padre Anchieta e Roberto Marinho que oferecia aulas do ensino fundamental e médio transmitidas pela Rede Globo de televisão e telessalas.

A partir daí instituições privadas e organizações não governamentais passaram a disponibilizar cursos supletivos a distância, associados ao fornecimento de materiais impressos relacionados ao assunto abordado nas aulas.

Atualmente o Ensino a distância continua ganhando espaço em todos os seguimentos e modalidades de ensino, conquistando espaço inclusive no Ensino Superior, onde é utilizado tanto na graduação como pós-graduação. Tal ascensão se deve ao baixo investimento que esse tipo de ensino exige, bem como a comodidade que a desnecessidade de locomoção e a estipulação de um horário fixo proporcionam.

II- EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA DE PRISÃO

Na Idade Antiga as prisões não tinham a função que possuem hoje. Naquela época os estabelecimentos prisionais eram utilizados para abrigar infratores ainda não julgados e devedores civis, como um verdadeiro mecanismo de coerção para a obtenção do pagamento (LEAL, 2010).

Já na Idade Média, o cárcere ganha uma roupagem institucional. Vinculada à igreja, a detenção tinha por objetivo proporcionar à absolvição divina aos infratores, vistos pela igreja como pecadores.

O encarceramento religioso vigorou até a Idade Moderna, período histórico em que a privação da liberdade ganhou realmente status de modalidade de pena aplicada a transgressores.

Com seu novo status, as prisões foram se espalhando pelo mundo e com elas diferentes sistemas penitenciários foram criados, ganhando destaque no cenário mundial os surgidos nas colônias americanas, por volta do século XVIII, onde a execução da pena variava entre o isolamento total do apenado, sem qualquer contato com o mundo fora das celas e a permissão para o trabalho na unidade prisional em determinado momento do dia.

No Brasil, por muitos anos a prisão foi utilizada como forma de vingança privada, adquirindo status de pena somente com o Código Criminal do Império, de 1830, que adotando um Direito Penal mais humano, trouxe em seu corpo determinações parecidas com a individualização da pena, atenuantes e agravantes, bem como penas específicas para os menores de 14 anos (MIRABETE, 2005).

Embora considerado mais justo, o Código de 1830 previa em seu bojo a pena de morte, pena esta abolida do ordenamento jurídico somente 60 (sessenta) anos mais tarde, no primeiro Código Penal Brasileiro.

O Código Penal de 1890 tutelou a prisão como modalidade de pena por aproximadamente 50 (cinquenta anos), quando em 1940 foi substituído pelo Código Penal de 1940, legislação utilizada até hoje, embora com inúmeras alterações.

O Código Penal de 1940 representou um grande avanço no Brasil no que diz respeito à prisão como modalidade de pena, principalmente após as alterações impostas pela Lei nº. 7209 de 1984, onde penas alternativas à prisão passaram a ser admitidas nos casos de crimes de menor gravidade.

Outro marco importante na evolução histórica da pena de prisão foi a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.2100/84), editada com o intuito de humanizar a pena de prisão e efetivar a ressocialização dos encarcerados, tarefa quase impossível diante do cenário de superlotação enfrentado pela maioria das prisões brasileiras.

Dono de uma das maiores populações carcerárias, infeliz-

mente não é de hoje que as prisões brasileiras tornaram-se palco de inúmeras ofensas aos direitos humanos.

Para os estudiosos da área, as más condições a que são expostos os detentos possibilitam a ascensão de facções criminosas no interior dos presídios brasileiros e a dificuldade de ressocialização dos egressos.

III- TEORIAS DA FINALIDADE DA PENA

Espécie de sanção penal, a pena é a consequência jurídica da infração penal praticada pelo criminoso e consiste na mitigação ou suspensão de determinados bens jurídicos.

Ao longo da história, muito se discutiu sobre a finalidade da aplicação da pena, fato que fez surgir várias teorias sobre o referido assunto, sendo as mais populares conhecidas como Absolutas, Relativas e Mistas.

Abordando a finalidade retributiva da pena, a Teoria Absoluta entendia que o Estado devolvia ao condenado o injusto provocado com a prática do ilícito penal. Para essa teoria, a pena funcionava, na verdade, como um mecanismo de vingança estatal (MASSON, p. 543).

Já a Teoria Relativa visualizava a pena como uma espécie de atemorizamento social, que tinha por finalidade diminuir o aparecimento de novos infratores da lei.

Por fim, como uma fusão das outras duas teorias, a Teoria Mista entende a finalidade da pena como um misto de reprovação, prevenção e ressocialização do condenado.

Para a grande maioria da doutrina, o atual Código Penal brasileiro adota em seu bojo a Teoria Mista ao abordar o caráter moral, educacional e ressocializador da pena.

IV- O ESTUDO COMO MODALIDADE DE REMIÇÃO DE PENA

Benefício concedido ao sujeito que praticou alguma conduta prevista como crime, a remição consiste na redução do tempo da pena, desde que realizadas atividades estipuladas em lei.

Com previsão na Lei nº. 7.210/84 (Lei de Execução Penal- LEP), que trata da aplicação da pena determinada em sentença penal, em regra transitada em julgado, a remição fundamenta-se no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Deferida ao preso submetido ao regime fechado, semiaber-

to, ou preso cautelarmente- que já cumpra pena, ainda que provisoriamente- a remição reduz o tempo de cumprimento de pena através da subtração de um dia de pena para cada doze horas de estudo ou um dia de pena para cada três dias de trabalho (art. 126, LEP).

Em relação a remição pelo estudo, a legislação ainda permite que o benefício seja concedida ao condenado que cumpra pena no regime aberto, ou ainda, que esteja em livramento condicional (art. 126, § 6º, LEP).

Cronologicamente, o trabalho foi a primeira modalidade de remição prevista no ordenamento jurídico, posteriormente, em decorrência do alto índice de analfabetos da população carcerária, a remição pelo estudo passou a ser aplicada em alguns Estados da Federação, através de Resoluções estaduais.

Ante as inúmeras resoluções estaduais prevendo a remição pelo estudo, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem tratar do referido assunto mediante a edição da súmula 341.

E finalmente em 2011, com Lei 12.433, que modificou o artigo 126 da Lei de Execução Penal, a remição pelo estudo passou a ser expressamente prevista no ordenamento brasileiro.

Como ressaltado por Souza (2017), com o intuito de incentivar a formação escolar dentro do cárcere, a Lei de Execução Penal passou a prever ainda o acréscimo de 1/3 no tempo a remir para aqueles que concluírem o ensino fundamental, médio ou superior, durante o cumprimento da pena.

Assim como aconteceu com a remição pela leitura, novas atividades realizadas no interior de estabelecimentos prisionais têm sido admitidas, jurisprudencialmente, para a remição da pena.

Dentre as atividades, ainda reconhecidas apenas jurisprudencialmente, mas que permitem a remição da pena, podemos citar a remição pela leitura e a remição pela prática de atividade musical.

Importante ressaltar que o ordenamento jurídico autoriza a cumulação das modalidades de remição, desde que haja compatibilidade de horário entre as atividades relacionadas à remição.

Para que a remição pelo trabalho ocorra, o diretor do estabelecimento prisional deverá atestar os dias trabalhados, ao passo que para a remição pelo estudo será necessário que a autoridade educacional competente certifique as horas efetivamente estudadas.

Fato importante que merece ser mencionado diz respeito à inexistência de exigência de frequência mínima, ou aproveitamento escolar satisfatório para o deferimento da remição pelo estudo, bastando apenas o cumprimento das exigências temporais previstas na Lei de Execução Penal.

Não obstante, todas as modalidades de remição reconhecida jurisprudencialmente ou previstas em lei, o sistema carcerário, ante toda sua precariedade, por diversas vezes impossibilita que a remição de fato ocorra e é nesse contexto que a Educação a Distância (EAD) ganha relevância dentro dos esta-

belecimentos prisionais brasileiros.

V- O ENSINO A DISTÂNCIA NO SISTEMA CARCERÁRIO COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Recebida como um grande avanço para a remição da pena e ressocialização do preso, o benefício concedido aos que, privados da liberdade buscam continuar a formação acadêmica, não raramente corresponde a uma verdadeira utopia do judiciário e sociedade.

É certo que a precariedade das estruturas físicas existentes nos presídios, aliadas ao receio de trabalhar em ambientes prisionais, faz com que o número de professores interessados em atuar nesses locais seja ínfimo e as condições de ensino deploráveis.

Diante desse cenário, a utilização da Educação a Distância é uma ótima opção para a concretização do direito à educação dos privados de liberdade. Fatores como baixo custo, grande alcance, horário flexível e desnecessidade de locomoção, fazem do EAD a modalidade de educação que mais cresce no mundo.

Nesse contexto, a implantação da EAD no sistema penitenciário representa, na verdade, a democratização da educação, atingindo pessoas de todas as classes sociais.

Ademais, a utilização da EAD representará uma queda nas despesas do Sistema Penitenciário, que deixará de arcar, por exemplo, com locomoção do preso para instituição de ensino fora do presídio. Isso sem falar na eliminação das fugas e evasões de alunos infratores.

Para os detentos, a concretização do direito à educação, através da EAD representará um grande e importante passo para a capacitação, ressocialização e preparação para retorno da vida em sociedade.

É certo que, para que a implantação da EAD aconteça, deve haver por parte do Estado um investimento inicial para contratar plataformas de ensino que disponibilizem a EAD ao sistema carcerário, além de equipar o espaço destinado à sala de aula virtual, bem como capacitar os servidores que ficarão responsáveis por orientar os detentos no polo local; porém, o investimento ocorrerá em um único momento e poderá ser utilizado em diversos estabelecimentos prisionais

Ademais, em pouco tempo, os custos com a adaptação do cárcere ao sistema EAD serão compensados pelos gastos que deixarão de existir pela extinção da modalidade de ensino presencial.

Importante ressaltar que a remição pelo estudo através do EAD já é realidade em algumas penitenciarias do Brasil, como, por exemplo, a Penitenciária de Segu-

rança Máxima de Contagem, Região Metropolitana de Belo Horizonte (CRISTINI, 2016)

Em Contagem, Felipe, um dos quatro alunos da penitenciária de Segurança Máxima, cursa ensino superior em Administração na modalidade EAD. Segundo o detento, a conclusão do ensino superior lhe proporcionará uma vida diferente quando sair da penitenciária.

A realidade de Felipe é a realidade de mais quarenta presos do Estado de Minas Gerais, que cursam ensino superior de dentro do presídio, por meio da modalidade de educação à distância.

Esse cenário encontrado em Contagem e em mais algumas penitenciárias brasileiras representa a formação educacional de qualidade concretizada dentro de um ambiente prisional.

O ensino a distância também é realidade em alguns países europeus. Kanno (2013, p.33-34) relata que na Inglaterra algumas prisões oferecem educação básica aos seus apenados, sendo que, em média, quatro mil detentos se beneficiam da EAD.

Na Noruega, existe um sistema exclusivo para os presos. Conhecido como Internet for Inmates, o sistema disponibiliza internet em todas as celas, restringindo apenas algumas atividades.

A Suécia também investe na formação escolar de seus presos, lá, toda prisão possui um centro de estudo que utiliza como ferramenta uma plataforma chamada "Net Centre".

Já em Portugal, a população carcerária tem acesso diretamente ao sistema educacional do país que abrange desde o ensino fundamental até a formação superior.

A pesquisa de Kanno (2013) demonstra que a adoção da EAD no sistema prisional europeu é muito mais usual que no Brasil, havendo por parte da sociedade e do poder público, uma postura mais ativa nessa área.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do baixo nível de escolaridade dos integrantes da população carcerária, que em sua maioria são analfabetos ou semianalfabetos, é certo que o direito à educação, constitucionalmente assegurada a todos, deve ser disponibilizado também a essa parte da população tão carecedora de educação.

Embora assegurado constitucionalmente como direito fundamental e previsto como forma de remição de pena pela legislação ordinária, na prática a educação nos estabelecimentos prisionais ainda encontra inúmeros obstáculos.

Obstáculos estes de ordem estrutural, como ambientes precariamente mobiliados, bem como de ordem humana, já que se torna cada vez mais difícil encontrar profissionais da educação dispostos a lecionar em

prisões, sem falar do obstáculo de locomoção do condenado a um estabelecimento de ensino fora da circunscrição prisional.

Uma solução para os obstáculos acima expostos, porém pouco utilizada no Brasil, diz respeito a utilização da educação a distância em estabelecimentos prisionais.

É certo que a continuação dos estudos no cárcere objetiva fomentar a reintegração social do apenado à sociedade e sua não reincidência no mundo do crime, visto que a aquisição de conhecimento e conclusão dos estudos dará ao preso a possibilidade de se recolocar no mercado de trabalho com mais facilidade.

A utilização da EAD no período de cumprimento de pena, representa uma nova perspectiva e expectativa de vida ao condenado que em algum momento regressará à sociedade.

Ademais, é certo que aplicação da educação a distância nos presídios representa o oferecimento de uma formação educacional de qualidade aos que, em sua grande maioria, foram expostos a vida toda ao ensino de baixa qualidade.

Outrossim, a EAD representará uma grande economia para os cofres públicos que deixaram de arcar, por exemplo, com a locomoção do detendo a instituições de ensino extramuros.

Para que a EAD se torne uma realidade no sistema prisional brasileiro, são necessárias política públicas mais efetivas, com o incentivo da realização de parcerias entre o Sistema Carcerário com Universidades, públicas ou privadas, dispostas a implementar a EAD nas unidades prisionais, além do envolvimento da sociedade e poder público em todo esse sistema.

VII- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, M.A. Direito penal: parte geral. 2.ed.rev.ampl.e atual. Salvador, BA:
JUSPODIVM, 2012. (Coleção Sinopses para concursos)

BITENCOURT, C.R. Tratado de direito penal: parte geral. 11.ed. atual. São Paulo:
Saraiva, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. CNJ Serviço: saiba como funciona a remição de pena. 29/02/2016. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81644-cnjservico- como-funciona-a-remicao-de-pena Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Lei de execução pena. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm Acesso em: 25 jul.2018.

BRASIL. Súmulas anotadas. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TIT1TEMA0 Acesso em 03.jul 2018.

CRISTINI, F. Presos encontram na graduação a distância alternativa para mudar o futuro. Disponível em: http://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/2016/04/presos-encontram-na-graduacao-distancia-alternativa-para-mudar-futuro.html Acesso em 15 jul.2018

PARDO, P.; et. Al, EAD como ferramenta transformadora de vidas: O caso da Penitenciária Estadual de Maringá. Disponível em: <http://www.abed.org.br/congresso2011/cd/272.pdf> Aceso em: 15 jun. 2018.

KANNO, Massato, Estudo sobre modelos de ensino a distância para apenados. Disponível em: <http://www.uel.br/cce/dc/wp-content/uploads/TCC-MassatoKanno-BCC-UEL-2013.pdf> Aceso em: 15 jun. 2018.

FARIA, M.U. Execução penal: Lei n.7.210/1984. 4.ed. rev. ampl. atual. Salvador, BA: JUSPODVM, 2015.

FREIRE, P. Educação e mudança. 28 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREIRE, P. Pedagogia do oprimido. 36 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2003.

FREIRE, P. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. 19 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2001.

FREIRE, P. Educação como Prática da Liberdade. 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

GRECCO, R. Curso de Direito Penal. 9.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

GUIMARÃES, F. de M. D. et al. Expressão em liberdade: alternativas de comunicação social em presídios. Unirevista, v. 1, n. 3, p. 1-11, jul. 2006.Disponível em:
http://www.unirevista.unisinos.br/-pdf/unirev.meloeal.pdf . Acesso em: 12 jan. 2018.

KANNO, M. Estudo sobre modelos de ensino a distância para apenados, Londrina, 2013.Disponivel em: http://www.uel.br/cce/dc/wp-content/uploads/TCC-MassatoKanno-BCC-UEL-2013.pdf Acesso em 20 jun.2018

LEAL, C. B. Execução da Pena na américa latina à luz dos direitos humanos: viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

LINDEMANN, C. Leitura livre: Projeto do Piauí possibilita a transformação de pessoas privadas de liberdade por meio da leitura. Blog Biblioteconomia Social, 30 jun. 2017. Disponível em: https://biblioteconomiasocial.blogspot.com.br/2017/06/leituralivre-
projeto-do-piaui.html Acesso em: 10 jul. 2018.

LINDEMANN, C. Bandido bom, é bandido professor, mestrando, autor e que cria bibliotecas. Biblioteconomia social, 16 março de 2017. Disponível em: https://biblioteconomiasocial.blogspot.com.br/2017/03/bandido-bom-e-bandidoprofessor.html Acesso em: 10 jul.2018.

MASSON, C.R. Direito penal esquematizado: parte geral. 5.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2011.

SOUZA, C. S.; WELLICHAN, D. S. P. Bibliotecas prisionais: a leitura como forma de remição da pena, ressocialização e preparação para o regresso à sociedade. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE LITERATURA INFANTIL E JUVENIL. Presidente Prudente, SP. 5., 2017. Anais... Disponível em: http://www2.fct.unesp.br/congresso/cellij/. Acesso em 02 jan 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

OS PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS NA HISTÓRIA PROCESSUAL BRASILEIRA

FABIO RESENDE LEAL
Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru (Instituição Toledo de Ensino). Pós - graduado (lato sensu), mestre e doutorando em Direito pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Atualmente, é Professor Adjunto da UNIP (graduação e pós-graduação em Direito), professor convidado do Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino e da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP, bem como Coordenador da Comissão de Processo Civil da OAB/Bauru e membro do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP. Advogado, é sócio e administrador de Leal & Leal Advogados, com atuação preponderante nas áreas empresarial e contenciosa.

GIOVANNA DE SOUZA BENTO
Bacharel em Direito pela UNIP – Universidade Paulista. Pós-graduanda (lato sensu) LLM em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino. Atualmente, é Secretária da Comissão de Processo Civil da OAB/Bauru, bem como membro da Comissão da Jovem Advocacia da OAB/Bauru. Advogada na Leal & Leal Advogados, com atuação preponderante nas áreas empresarial e contenciosa.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 293
II. PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS
II.I CONCEITO DE PRECEDENTE ---------- 294
II.II RATIO DECIDENDI E TESE JURÍDICA ---------- 294
II.III OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO CIVIL ---------- 295
III. DIREITO ANTERIOR: DOS ARESTOS E ASSENTOS ÀS TESES JURÍDICAS VINCULANTES
III.I ARESTOS E ASSENTOS (ORDENAÇÕES E CONSOLIDAÇÃO RIBAS) ---------- 297
III.II ACÓRDÃOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (LEI N.º 221/1894) ---------- 298
III.III REVISTAS E PREJULGADOS (CPC/1939)---------- 298
III.IV SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE (ER N.º 21/1963 AO RISTF) ---------- 299
III.V UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E RECURSOS REPETITIVOS (CPC/1973)---------- 300
III.VI CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE ---------- 303
IV. DIREITO ATUAL: O PRECEDENTALISMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes. História. Direito processual.

SUMÁRIO

IV.I ANTEPROJETO, PSL N.º 166/2010 E PL N.º 8.046/2010 ---------- 306
IV.II LEIS N.OS 13.105/2015 E 13.256/2016 ---------- 309
CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 310
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 312

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo versa sobre os precedentes judiciais obrigatórios ao longo de nossa história processual. Nosso objetivo principal foi desmentir uma afirmação feita e repetida de modo impensado pelos mais desavisados: não foi o Código de Processo Civil de 2015 que criou, no Brasil, precedentes vinculantes; sempre os tivemos. O direito processual brasileiro, desde suas origens, contou com decisões judiciais paradigmáticas que, ora com mais, ora com menos força, deviam ser replicadas nos casos análogos posteriores.

O texto contará com três tópicos principais. No primeiro, serão fixados conceitos básicos do precedentalismo e, no segundo, analisados processos, incidentes e técnicas processuais que, previstas pelo nosso direito anterior, eram capazes de objetivar o processo civil e, com isso, criar decisões ou enunciados dotados da abstração e generalidade necessárias à replicação – obrigatória ou facultativa – nos casos em que estabelecida semelhante discussão. O terceiro tópico voltar-se-á ao direito atual, com foco nas disposições do Código de Processo Civil de 2015. O texto se encerrará com breves considerações finais, com o intuito de confirmar a hipótese de que, na verdade, sempre tivemos precedentes judiciais obrigatórios.

II. PRECEDENTES JUDICIAIS OBRIGATÓRIOS

II.I CONCEITO DE PRECEDENTE

Precedente, como adjetivo, significa anterior, prévio, antecedente e, como subjetivo, é tido como o fato ou acontecimento que permite entender ou serve de referência para um fato ou acontecimento posterior análogo. No mundo jurídico, pode-se compreender por precedente a decisão que serve de modelo decisório para o julgamento dos casos posteriores análogos. Mas, mais precisamente, precedente é o caso paradigmático (leading case) de cujo julgamento se tira um pronunciamento judicial que, bem estruturado e fundamentado, resolve a questão então em discussão, fixando uma orientação (ratio decidendi) que, a partir daí, deverá ou poderá servir de referência para os casos posteriores nos quais se estabeleça debate parecido do ponto de vista fático-normativo.

Temos, portanto, precedentes obrigatórios (binding precedents) e precedentes persuasivos (persuasive precedents). Os primeiros – também chamados de precedentes vinculantes ou, como se prefere no Superior Tribunal de Justiça, qualificados (RISTJ, art. 121-A) – devem obrigatoriamente ser replicados nos casos posteriores análogos, enquanto que os segundos, quando muito, são invocados como argumento de retórica, não havendo como impor seu futuro aproveitamento.

II.II RATIO DECIDENDI E TESE JURÍDICA

A rigor, não há replicação do precedente propriamente dito, mas, sim, dos motivos que determinaram o primeiro julgamento. É, então, a motivação construída quando do julgamento paradigmático que serve de norte decisório às decisões posteriores.

Nos países onde, seguindo a tradição inglesa, se adotada majoritariamente o common law, se trabalha muito com os conceitos de ratio decidendi e holding. A ratio decidendi – ou, em vernáculo, razão para decidir – é aquela frase que, em abstrato, exprime a regra ou o princípio jurídico que se aplica ao caso então em julgamento e que pode, no futuro, servir também para resolver os casos análogos. A ratio se relaciona diretamente com o holding, isto é, a definição da questão de direito que é essencial para o julgamento do caso (GARNER, 1996, p. 291 e 522; BURNHAM, 1993, p. 63).

A ratio decidendi, no precedentalismo inglês e seus derivados, é identificada posteriormen-

te. Cabe ao juiz do caso posterior analisar o caso anterior para dele extrair a reason que porventura poderá ser replicada. Assim, quando o precedente é cunhado, ainda não se sabe se ele servirá no futuro como precedente. Somente com o tempo, sua motivação determinante vai sendo identificada e replicada nos casos análogos, o que, enfim, lhe leva a ser considerado um verdadeiro precedent.

Entre nós, embora seja possível o aproveitamento da ideia conceitual de ratio decidendi, a forma pela qual os veredictos dos tribunais são construídos (ao invés de uma opinião única da corte, o nosso acórdão é o somatório de opiniões particulares, por vezes até divergentes), a praxe forense passou a trabalhar com a chamada tese jurídica, ou seja, a proposição teórica, construída à luz do direito objetivamente considerado e das peculiaridades do caso concreto, que serve de base à definição da questão até então controvertida e que, literalmente textualizada no acórdão, há de servir como parâmetro decisório a ser observado nos casos posteriores em que se discuta semelhante questão.

O costume de textualizar nos acórdãos as teses jurídicas para fins de aproveitamento posterior surgiu com o julgamento dos recursos repetitivos em meados da década passada. Hoje, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no Superior Tribunal de Justiça, se trabalha diuturnamente com as teses jurídicas.

II.III OBJETIVAÇÃO DO PROCESSO CIVIL

A compreensão de muito do que será dito nos itens vindouros depende da compreensão de outro fenômeno que ganhou força nos últimos anos, a objetivação da jurisdição e, consequentemente, do processo civil.

Como se sabe, a jurisdição constitucional concentrada se exercita por meio de processos objetivos (objektius Verfahren), dos quais os principais exemplos são as ações de controle abstrato de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF), em que não há lide ou mesmo partes propriamente ditas. O que se pretende nesses processos é defender a ordem jurídica mediante a supressão da incerteza que pese sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo. Prestam-se eles para a defesa da Constituição, e não para tutelar interesses meramente subjetivos (MARTINS; MENDES, 2001, p. 249-250; BERNARDES, 2004, p. 291; BINENBOJM, 2001, p. 145; CLÈVE, 2000, p. 142-143).

Diferentemente, o processo civil tradicional se caracteriza por ser preponderantemente subjetivo, pois voltado à dissolução do litígio que contrapõe demandante e demandado, ambos buscando para si a atuação concreta da lei.

Nele, o que mais se espera do Estado-juiz é a solução da lide mediante a subsunção da lei aos fatos sub judice.

Vistas as coisas mais de perto, o processo civil é subjetivo quando nasce e se desenvolve perante a primeira e segunda instâncias. O direito, nessas etapas iniciais, é discutido e aplicado na solução da lide e como forma de contemplar o interesse da parte que se reconhece, à luz do ordenamento jurídico, ter razão. Só que, pelo sistema constitucional brasileiro, é possível se tentar levar a causa às instâncias superiores, o Superior Tribunal de Justiça, para se rever questão afeita ao direito federal infraconstitucional (CF, art. 105, III), e o Supremo Tribunal Federal, a fim de se revisitar questão constitucional com repercussão geral (CF, art. 102, III e § 3.º). Nessas etapas derradeiras, o processo perde o seu viés preponderantemente subjetivo e se torna muito mais objetivo, porque a aplicação do direito como forma de solucionar o caso concreto se torna secundária ante o objetivo maior, que é interpretar o direito objetivamente considerado, como forma de se fixar um padrão decisório dali por diante obrigatório. Seja no recurso especial, seja no recurso extraordinário, o que menos fazem (ou menos deveriam fazer) o STJ e o STF é analisar o caso concreto. Ocupando o ápice da pirâmide judicial, deles, se espera que, exercendo a função nomofilácica que lhes cabe como cortes superiores (MITIDIERO, 2013, p. 33, entre outras), definam, dentre as várias possibilidades hermenêuticas possíveis, o sentido a ser emprestado aos textos normativos (lei federal e Constituição, respectivamente) para resolver não só o processo naquele momento em julgamento, mas também os demais casos em que se estabeleça semelhantes discussões sobre o direito federal infraconstitucional ou o direito constitucional.

Em outras palavras, chegando aos tribunais de vértice, o processo civil se torna preponderantemente objetivo porque, nos recursos especial e extraordinário, a solução do conflito de interesses é tarefa secundária; os apelos extremos se prestam, primeiro, à defesa do ordenamento jurídico (= direito objetivamente considerado). Ainda há, claro, lide no sentido carneluttiano, pois recorrente e recorrido continuam, mesmo no STJ ou STF, disputando entre si o "bem da vida". Mas o objetivo final é ir além da solução da lide, fixando uma interpretação que sirva à definição da questão sub judice no caso em julgamento (precedente) e nos demais nos quais se estabeleça idêntico debate.

III. DIREITO ANTERIOR: DOS ARESTOS E ASSENTOS ÀS TESES JURÍDICAS VINCULANTES

III.I ARESTOS E ASSENTOS (ORDENAÇÕES E CONSOLIDAÇÃO RIBAS)

Sob a égide das Ordenações do Reino (Afonsinas, de 1446, Manuelinas, de 1512, e Filipinas, de 1595), o sistema processual brasileiro seguia a configuração da matriz portuguesa, dando maior força à lei em detrimento dos costumes. Não obstante, desde o reinado de Afonso III, os casos julgados pelo rei – denominados de arestos – "eram precedentes que vinculavam, representando uma atividade jurisdicional de criação do direito" (CARMIGNANI, 2016, p. 21).

Além dos arestos, também os assentos se aproximavam bastante da lei em termos de vigência e eficácia (MENDES JÚNIOR, 1960, p. 442). Tratavam-se de enunciados proferidos, no período colonial, pela Casa da Suplicação (corte de última instância) e que "refletiam uma efetiva atividade legislativa do judiciário" (CARMIGNANI, 2016, p. 21), tendo, inclusive, sido expressamente equiparados às leis (Lei da Boa Razão, art. 4.º). As incertezas interpretativas sobre a lei eram dirimidas pela Casa de Suplicação, a qual estabelecia um enunciado abstrato, a ser posteriormente registrado no Livro dos Assentos, tornando-se vinculante para os casos futuros (CARMIGNANI, 2016, p. 23). Tal prerrogativa permitiu à Casa de Suplicação, muitas vezes, introduzir verdadeiras inovações legislativas no direito da época (CRUZ apud CARMIGNANI, 2016, p. 27).

Proclamada a Independência, nem a Constituição de 1824 nem o Regulamento n.º 737/1850, a nossa primeira lei processual civil, fizeram referência aos assentos. Em 1875, porém, o Decreto n.º 2.684 deu "força de lei" aos assentos da Casa de Suplicação de Lisboa (art. 1.º) e "competência" para que o Supremo Tribunal de Justiça, à época o tribunal de maior hierarquia no Brasil, editasse seus próprios assentos (art. 2.º, caput). Os assentos do Supremo Tribunal de Justiça, tomados por dois terços dos membros daquele sodalício, eram incorporados à coleção de leis e só podiam ser revogados por ato do Poder Legislativo (art. 2.º, § 2.º). Um ano depois, o Decreto n.º 6.142 reafirmou a "força de lei em todo o Império" dos assentos da Casa de Suplicação não derrogados pela legislação posterior a eles (art. 1.º).

Em Portugal, os assentos perduraram até meados da década de 1990, quando o Decreto-Lei n.º 329-A revogou o artigo 2.º do Código Civil de 1966 e o Tribunal Constitucional decidiu ser inconstitucional a atribuição judicial de fixar entendimentos com força obri-

gatória (acórdão n.º 743/1996). No Brasil, com a entrada em vigor do Código Civil de 1916 e o consequente abandono das Ordenações como normas de regência, os assentos perderam a relevância de outrora.

III.II ACÓRDÃOS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO (LEI N.º 221/1894)

Com a República, o Supremo Tribunal de Justiça foi renomeado de Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe, nos termos do artigo 59 da Constituição de 1891, "julgar em grau de recurso as questões excedentes da alçada legal resolvidas pelos juízes e tribunaes federaes". O nome "recurso extraordinário" foi adotado pela primeira vez no Regimento Interno do STF de 1891 e o seu processamento veio a ser delineado pelo Decreto n.º 848/1890, posteriormente complementado pela Lei n.º 221/1894.

Embora inspirado no writ of error estadunidense (SANTOS, 1963, p. 179), o recurso extraordinário brasileiro, naquele momento de nossa história, era despido da força vinculante que o seu congênere dispunha nos Estados Unidos (stare decisis). A lei tida por inconstitucional pelo STF só deixava de ser aplicada no processo em que se dera tal declaração. Os juízes e tribunais de hierarquia inferior não eram obrigados a seguir a decisão do STF, não obstante o peso persuasivo de suas decisões.

Mesmo assim, já era possível antever, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, certa transcendência e transindividualidade, notadamente porque a Lei n.º 221/1894, em seu artigo 24, equiparou literalmente os acórdãos em recurso extraordinário às "leis geraes do Congresso Nacional". Esse, muito provavelmente, é o primeiro marco histórico da objetivação de nossa jurisdição constitucional.

III.III REVISTAS E PREJULGADOS (CPC/1939)

As Constituições de 1934 e 1937 mudaram pouco a feição do recurso extraordinário, mas é interessante destacar que, em sede infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 1939 deu roupagem nova às antigas revistas (SANTOS, 1963, p. 161; SIDOU, 1997, 301), permitindo que, por meio delas, o Supremo Tribunal Federal solucionasse divergências quanto ao modo de se interpretar o "direito em tese" (art. 853, caput), "dando-lhe unidade de inteligência e de aplicação" (SANTOS, 1963, p. 163), o que trouxe ao processo nítida feição objetiva. A reforma da

decisão era secundária; prestava-se a revista muito mais à uniformização da jurisprudência. Por meio dela, os ministros deveriam verificar preliminarmente a presença da divergência apontada pelo recorrente para depois fixar, se positiva essa primeira análise, a interpretação a ser observada "na espécie" (art. 859), isto é, no caso concreto no qual interposto o recurso.

Ainda no Código de Processo Civil de 1939 havia o prejulgado,1 que recurso não era, mas mero incidente processual que servia para postular pronunciamento prévio "sobre a interpretação de qualquer norma jurídica" quando reconhecido que sobre ela havia, ou pudesse haver, divergência de interpretação (art. 861). Analisado à distância pelo pesquisador de 2019, o prejulgado, quer me parecer, contava com certa força vinculante, pois, suscitada e resolvida a dúvida interpretativa, nenhuma outra interpretação poderia ser. O prejulgado foi incorporado à Consolidação das Leis do Trabalho (art. 902) e, depois, dela suprimido (Lei n.º 7.033/1982). dada ao texto legal quando do posterior julgamento da causa (CARVALHO SANTOS, 1964, p. 365). Ou seja: a causa sempre devia ser julgada em conformidade com o prévio pronunciamento do tribunal sobre a questão até então controvertida.

III.IV SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE (ER N.º 21/1963 AO RISTF)

Na década de 1960, o Brasil ressuscitou os antigos assentos, com a instituição, primeiro no Supremo Tribunal Federal, das súmulas da jurisprudência dominante, por meio das quais, mais do que solucionar o conflito intersubjetivo de interesses ou sistematizar a jurisprudência, os ministros puderam impor, no próprio Tribunal e às cortes inferiores, o seu entendimento a respeito de variados temas. Os verbetes sumulados, com o tempo, se tornaram barreira quase que intransponível à admissão dos recursos contrários a eles.

A iniciativa, como se sabe, coube ao Ministro Victor Nunes Leal, cuja confessada falta de memória o levou a sistematizar em notas a jurisprudência mais antiga da Corte para consulta durante as sessões (LEAL, 1981, p. 14). Segundo ele, os prejulgados (CPC/1939) e o incidente de uniformização de jurisprudência (CPC/1973), este analisado no próximo subitem, serviam para solucionar as antinomias da jurisprudência; as súmulas , diversamente, dariam estabilidade e publicidade à jurisprudência já pacificada, sem, contudo, significar engessamento da atividade jurisdicional, pois passíveis de revisão (1981, p. 2-7). Além disso, as súmulas facilitariam "o trabalho dos advogados e do Tribunal, simplificando o julgamento das questões frequentes", já que, "sempre que o

pedido do recorrente contrariasse a jurisprudência compreendida na Súmula", seria possível negar "provimento ao agravo para subida de recurso extraordinário, não se conhecer do recurso extraordinário, não se conhecer dos embargos de divergência e rejeitar os infringentes" (LEAL, 1981, p. 8).

As súmulas serviriam também para resolver o problema de acúmulo de processos no Supremo Tribunal Federal. Desprovida a Corte, naquele tempo, de um instrumento que lhe permitisse de fato escolher os processos que deveria julgar, os ministros estabeleceram um mecanismo pelo qual, depois de fixada a jurisprudência sobre certos temas, "perdiam estes a relevância" e podiam, por conseguinte, ser julgados de modo sumário, mediante a mera subsunção do enunciado sumular respectivo (LEAL, 1981, p. 15).

Dessa forma, primeiramente alterado pela Emenda Regimental n.º 21/1963 e depois completamente reformado em 1970, o Regimento Interno do STF passou a permitir a indexação das decisões que tivessem "concluído pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato do poder publico", bem como da jurisprudência que o Tribunal tivesse "por predominante e firme, embora com votos vencidos" (art. 5.º).

De lá para cá, as súmulas se incorporaram à nossa realidade e acabaram adotadas por vários tribunais. Por exemplo, o Tribunal Federal de Recursos, mantido pela EC n.º 1/1969 com competência para julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais (art. 122), deveria organizar, "para orientação da Justiça Federal de Primeira Instância, e dos interessados, Súmulas de sua jurisprudência" (Lei n.º 5.010/1966, art. 63).

III.V UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA E RECURSOS REPETITIVOS (CPC/1973)

O Código de Processo Civil de 1973, em sua redação originária, abandonou a revista e o prejulgado. Cuidou, no entanto, da uniformização de jurisprudência, incidente também voltado à análise objetiva do direito, porque destinado à fixação de tese jurídica, e não à solução da lide. Justamente por isso, o incidente de uniformização de jurisprudência era capaz de formar decisão de obrigatória observância ao menos no caso onde proferida.

Previsto pelos artigos 476 a 479, tal incidente podia ser suscitado por qualquer magistrado que, ao dar o voto na turma, câmara ou grupo de câmaras, verificasse a ocorrência de divergência ou diversidade acerca o pronunciamento prévio do tribunal. Reconhecida a divergência, a mesma deveria ser solucionada por todos os membros do tribunal, em julgamento

por maioria absoluta, cujo resultado deveria ser "objeto de súmula", constituindo "precedente na uniformização da jurisprudência.

Essa, aliás, foi a única vez que o termo "precedente" foi usado no Código de Processo Civil de 1973 com a aparente intenção de replicar o arquétipo conceitual do common law e seu leading case. Além disso, era esse o único julgamento que, na redação original do CPC/1973, criava solução paradigmática, pois, fixada a tese, era ela aplicada ao caso concreto que dera origem ao incidente de uniformização (NERY JUNIOR; NERY, 2006, p. 665).

A uniformização de jurisprudência, na linha evolutiva dos precedentes obrigatórios brasileiros, situa-se em um ponto intermediário entre os primeiros incidentes de resultados vinculantes sem transcendência (eficácia inter partes), ainda que voltados à análise do direito objetivamente considerado (os prejulgados, p. ex.), e os atuais pronunciamentos dotados de vinculação e transcendência (eficácia ultra partes). Assim concebida, foi o embrião de algumas das técnicas capazes de gerar precedentes vinculantes adotadas no Código de Processo Civil de 2015: o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), os recursos repetitivos e, mais notadamente, o incidente de assunção de competência (IAC), o qual permite a fixação de tese jurídica vinculante sobre "relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos" (art. 947).

Antes disso, todavia, duas leis – editadas após as alterações empreendidas na Constituição Federal pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 – foram primordiais para a objetivação do processo civil: as Lei n.os 11.418/2006 e 11.672/2008, as quais acrescentaram ao Código de Processo Civil de 1973 os artigos 543-A, 543-B e 543-C.

A Lei n.º 11.418/2006, na esteira do que passou a dispor nossa Carta Magna em seu artigo 102, parágrafo 3.º, regulou o reconhecimento, ou não, da repercussão geral e o processamento dos recursos extraordinários repetitivos (CPC/1973, arts. 543-A e 543-B). A repercussão geral, mais do que apenas impedir que o STF continuasse sendo a quarta instância recursal, se prestou a conduzir aquela corte à sua verdadeira função, que é a de zelar pela eficácia, inteireza e uniformidade interpretativa do direito objetivo (nomofilaquia). Com a repercussão geral somente os recursos extraordinários que transbordem os limites meramente subjetivos das causas em que interpostos é que são conhecidos pelo STF, cujos acórdãos, desde a alteração legislativa agora estudada, servem de paradigma a ser observado na solução dos processos análogos (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 241).

Por sua vez, a Lei n.º 11.672/2008 cuidou do processamento dos recursos especiais repetitivos, seguindo a lógica antes reservada aos recursos extraordinários (CPC/1973, art. 543-C). A vinculação das instâncias ordinárias aos acórdãos construídos pelo Su-

perior Tribunal de Justiça por meio de tal técnica foi expressamente contemplada pela lei, que, todavia, de maneira que até hoje causa estranheza, não instituiu para o recurso especial filtro procedimental equivalente à repercussão geral do recurso extraordinário.

Não obstante, parece certo que o processo de fortalecimento da jurisprudência iniciado com a Lei n.º 9.756/1998 (alteração dos arts. 544 e 557 do CPC/1973) ganhou robustez e se voltou à preservação dos precedentes com as Leis n.os 11.418/2006 e 11.672/2008. As regras acerca da repercussão geral e dos recursos repetitivos foram essenciais para o estabelecimento do sistema precedentalista do qual hoje nos valemos no Brasil. Antes delas, como visto, os pronunciamentos do STF (no controle difuso) e do STJ eram desprovidos de força vinculante. Exceção feita ao controle concentrado de constitucionalidade (cf. subitem seguinte), os precedentes das cortes de vértice eram, no máximo, persuasivos, servindo como argumentação de arrazoados ou motivação de julgados. Com a instituição da repercussão geral e da sistemática de julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos, se verificou uma guinada legislativa rumo ao estabelecimento de decisões paradigmáticas e transcendentes de maneira generalizada.

A Lei n.º 11.418/2006 dotou a decisão que, no Supremo Tribunal Federal, reconhecesse a inexistência da repercussão geral de efeito vinculante, servindo de base para o indeferimento liminar e para a não admissão dos recursos extraordinários que versassem sobre a mesma questão constitucional (CPC/1973, arts. 543-A, § 5.º, e 543-B,

§ 2.º). Estipulou, também, a obrigatoriedade de ser o entendimento do STF seguido pelas instâncias inferiores, das quais passou a se esperar a adoção da tese antes fixada pela instância superior, mesmo que isso significasse retratação, para adequar o resultado final do processo ao posicionamento estipulado pelo Supremo (CPC/1973, art. 543-B, § 3.º).

No Superior Tribunal de Justiça, por força da Lei n.º 11.672/2008 e diante da existência de vários recursos especiais versando sobre dada questão federal controvertida, apenas um ou alguns deles eram afetados para julgamento (CPC/1973, art. 543-C, caput e

§ 1.º). E mais: a tese fixada pelo STJ para a solução da quaestio serviria não só para o julgamento dos apelos escolhidos e efetivamente decididos, mas também para os demais, até então sobrestados nas instâncias de origem, aguardando para serem solucionados à luz da decisão vinda da instância superior (CPC/1973-C, art. 543-C, § 7.º).

Assim redesenhado o processamento dos recursos extraordinário e especial, os julgamentos dos nossos tribunais de vértice ganharam amplitude e transcendência, pois passaram a servir de paradigma obrigatório na solução dos casos análogos. O que antes era, no máximo, precedente persu-

asivo, se tornou, naquele momento de efervescência legislativa e ânsia reformadora, precedente vinculante.

Significa dizer: as Lei n.os 11.418/2006 e 11.672/2008, além de introduzir nova exigência à admissibilidade dos recursos extraordinários, fizeram renascer, no direito processual brasileiro como um todo (e não mais apenas no controle concentrado de constitucionalidade), precedentes vinculantes, dos quais se extrai a tese estabelecida para solucionar o caso concreto e de indispensável observância nos demais casos em que discutida semelhante questão jurídica (CPC/1973, arts. 543-A, § 5.º, 543-B, §§ 2.º a 4.º, e 543-C, § 7.º).

Ademais, graças à repercussão geral, o STF abandonou a antiga orientação segundo a qual era indispensável a resolução do Senado para a suspensão da norma declarada inconstitucional no controle difuso. Desde a Reclamação n.º 4.335-5/AC, da qual foi relator o Ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte passou a admitir bastar à extirpação da eficácia plena e irrestrita da norma declarada inconstitucional em recurso extraordinário o seu próprio pronunciamento jurisdicional, a partir da premissa de que, admitidos apenas os recursos extraordinários envolvendo matérias com relevância econômica, política, social ou jurídica que ultrapasse os interesses meramente subjetivos da causa, o resultado do recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida deve servir de paradigma para a solução, primeiro, dos demais recursos extraordinários que tratem do mesmo assumo e, depois, também de todo e qualquer processo que verse sobre a questão decidida (efeito vinculante). Assim, no controle difuso, o acórdão do STF ganhou eficácia ultra partes e efeito vinculante acerca do reconhecimento da repercussão geral e no tocante à tese firmada no julgamento do caso paradigmático (leading case = precedente vinculante).

III.VI CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Dentro do conceito estabelecido para precedente (cf. subitem 2.1 retro), temos que as decisões do Supremo Tribunal Federal no controle concentrado de constitucionalidade podem ser enquadradas nessa categoria, uma vez que fixam tese jurídica a ser observada nos casos análogos nos quais estabelecida a mesma questão constitucional. Os principais marcos históricos que dão sustentação a essa afirmação serão rapidamente tratados neste tópico.

Nas hipóteses previstas pelo artigo 7.º, inciso VII, da Constituição de 1946, cabia ao Procurador-Geral da República arguir a inconstitucionalidade perante o

Supremo Tribunal Federal (representação interventiva). Decidindo tal tribunal pela inconstitucionalidade, a decisão deveria ser imediatamente comunicada aos órgãos estaduais interessados e, depois de publicado o acórdão, ao Congresso Nacional, para que fosse decretada a intervenção (CF/1946, art. 8.º, par. ún.) ou suspensa a execução do ato inconstitucional, se essa medida bastasse para o restabelecimento da normalidade no Estado (CF/1946, arts. 8.º, par. ún., e 13, e Lei n.º 4.337/1964, arts. 7.º e 8.º).

Anos depois, em sede infraconstitucional, a ação de declaração de inconstitucionalidade (ou ação direta de inconstitucionalidade), de espectro mais amplo, foi regulada pela Lei n.º 4.337/1964 e, na sequência, a Emenda Constitucional n.º 16/1965 trouxe para a Constituição Federal o controle concentrado (ou abstrato) da constitucionalidade de normas estaduais e federais perante o Supremo Tribunal Federal, no qual, como é cediço, a declaração da inconstitucionalidade é o objetivo exclusivo do processo. A própria norma tida como inconstitucional é que leva ao ajuizamento de ação que vise, unicamente, sua expulsão do ordenamento jurídico. Quem propõe tal ação não almeja outra coisa senão a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.

No modelo delineado em 1964/1965, a decisão de declaração de inconstitucionalidade proferida pelo STF mesmo em ação direta era desprovida de eficácia erga omnes. A proposta de alterar o artigo 64 da Constituição não foi aceita. Continuou, por conta disso, sendo tarefa que cabia ao Senado Federal a suspensão da lei declarada inconstitucional. Embora a vinculação e transcendência da declaração de inconstitucionalidade estivessem pressupostas no decisum, o efeito vinculante só viria a ser expressamente previsto em momento posterior, graças à Emenda Regimental n.º 7/1978 ao Regimento Interno do STF.

A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema misto de controle jurisdicional repressivo de inconstitucionalidade, em que a constitucionalidade dos atos normativos pode ser fiscalizada tanto pela via difusa (por qualquer juiz ou tribunal, figurando o STF como última instância recursal = art. 102, III) quanto pela via concentrada (competência originária do STF = art. 102, I, a e p). Em sua redação primeva, a Carta de 1988 estabeleceu o Supremo Tribunal Federal como o guardião precípuo das normas constitucionais (art. 102, caput), cabendo-lhe processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, "a") e o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, "p"), admitido, ainda, o controle da inconstitucionalidade por omissão (comandos constitucionais não cumpridos por inércia ou silêncio do órgão competente para tanto), por mandado de injunção (art. 5.º, LXXI) ou ação direta (art. 103, § 2.º), e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, par. ún.). O recurso extraordinário,

tal como desenhado pela Assembleia Constituinte, prestava-se, então, à análise das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariasse dispositivo da Constituição, declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal ou julgasse válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição (art. 102, III, "a" a "c").

A Carta Magna nada falava, naquele momento, acerca de eficácia erga omnes e efeito vinculante no tocante ao controle concentrado. Além disso, a declaração de inconstitucionalidade, proferida incidenter tantum, tinha apenas eficácia inter partes. A suspensão integral da norma tida por inconstitucional ainda dependia de resolução a ser expedida pelo Senado (CF/1988, art. 52, X), com o que a proclamação de inconstitucionalidade, mesmo como prejudicial de mérito, passava a ter eficácia erga omnes.

Foi a Emenda Constitucional n.º 3/1993 que, depois de criar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (CF, art. 102, I, "a"), dispôs acerca da extensão da eficácia e efeito decorrentes das decisões proferidas nas ações declaratórias, reintroduzindo no direito brasileiro a ideia de precedente judicial de obrigatória observância nos casos análogos posteriores (CF, art. 102, § 2.º). Seguindo por essa trilha, o controle concentrado foi regulamentado pelas Leis n.os 9.868/1999 (ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade) e 9.882/1999 (arguição de descumprimento de preceito fundamental), cujos artigos 28, parágrafo único, e 10, parágrafo 3.º, estipularam, de maneira expressa, terem os acórdãos do STF em ADI, ADC e ADPF "eficácia contra todos e efeito vinculante".

Os pronunciamentos de nossa Suprema Corte ganharam com isso, como algo a mais do que a eficácia erga omnes, o efeito vinculante transcendente, passando a ser de obrigatória observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e pelo Poder Executivo. Uma vez pronunciada a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo, nenhum outro tribunal ou juiz, ou mesmo a Administração Pública em todas as suas esferas, pode mais entender de forma diversa. A diferença está no fato de que, contando com efeito vinculante, se desrespeitada for a decisão do Supremo, cabe reclamação, enquanto que a "mera" eficácia erga omnes permite ao interessado "apenas" o manejo do recurso extraordinário (FERRARI, 2004, p. 237-240).

Em 2005, a Lei n.º 11.232 trouxe outra novidade: a possibilidade de ser o cumprimento da sentença condenatória impugnado tendo por base a superveniente decisão de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal (CPC/1973, art. 475 -L, II e

§ 1.º). Idêntica possibilidade foi contemplada para os embargos à execução contra a Fazenda Pública (CPC/1973, art. 741, II e par. ún.). O executado ganhava o direito de alegar a inexigibilidade do título executivo fundado

em ato normativo posteriormente declarado inconstitucional noutro processo, e, assim, os pronunciamentos do STF, ao menos pelo que previa a lei da época, chegaram ao extremo de relativizar a força da res judicata.

A Emenda Constitucional n.º 45/2004, denominada de "Reforma do Judiciário", tornou inequívoca no texto constitucional a existência de eficácia erga omnes e efeito vinculante não só nas ações declaratórias de constitucionalidade, mas também nas ações diretas de inconstitucionalidade (CF/1988, art. 102, § 2.º). Também instituiu, como condição de admissibilidade do recurso extraordinário, a repercussão geral (CF/1988, art. 102, § 3.º) e as súmulas vinculantes (CF/1988, art. 103-A), certamente, das novidades, a mais polêmica.

Com elas, o Supremo ganhou a prerrogativa de dotar seus enunciados sumulares de força vinculante transcendente, de modo a torná-los de obrigatória observância pelos demais órgãos do Poder Judiciário e, não bastasse, pela Administração Pública.

As súmulas vinculantes foram regulamentadas pela Lei n.º 11.417/2006, cujo artigo 2.º, parágrafo 1.º, disciplina o objeto do enunciado sumular, o restringindo à validade, interpretação e eficácia de normas constitucionais acerca das quais haja controvérsia atual, a acarretar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. A força do novo instituto é evidenciada pelo artigo 7.º, caput, da mencionada lei, o qual autoriza o manejo de reclamação contra a decisão judicial ou ato administrativo que contrarie, negue vigência ou aplique indevidamente súmula vinculante.

IV. DIREITO ATUAL: O PRECEDENTALISMO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

IV.I ANTEPROJETO, PSL N.º 166/2010 E PL N.º 8.046/2010

Em 2009, o Presidente do Senado Federal, Senador José Sarney, encarregou um grupo de notáveis processualistas (Ato n.º 379/2009), liderados por Luiz Fux, então ministro do Superior Tribunal de Justiça, da elaboração do anteprojeto da lei que viria a substituir o Código de Processo Civil de 1973. Participaram dos trabalhos Adroaldo Furtado Fabrício, Benedito Cerezzo Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizetti Nunes, Humberto Theodoro Júnior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Roberto dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, cabendo a Tereza Arruda Alvim Wambier a relatoria geral. Esse grupo adotou a celeri-

dade processual como o principal objetivo a ser perseguido e procurou aproveitar os bons elementos da legislação anterior; arquitetou a redução do número de recursos e a simplificação dos procedimentos; e reforçou o papel da jurisprudência, tornando-a mais relevante, seja na construção dos veredictos, seja como filtro procedimental aos recursos. De sua Exposição de Motivos, se extrai a diretriz seguida pelo Anteprojeto formatado pela Comissão de Juristas: criação de um sistema processual capaz de proporcionar o reconhecimento e a efetivação de direitos, em harmonia com a Constituição Federal. A nova lei deveria ser técnica e, ao mesmo tempo, funcional, para propiciar um processo mais célere e, consequentemente, mais justo. Ao invés de debates intermináveis sobre questões formais, o objetivo foi entregar um processo focado na conciliação, na mediação e, se infrutíferas estas alternativas de solução de litígios, no enfrentamento do mérito da causa (BRASIL, 2015, p. 26).

Para o que aqui mais interessa, convém lembrar que o Anteprojeto trazia o julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos, bem como a uniformização, observância obrigatória e estabilização da jurisprudência como parâmetro de julgamento (art. 847), a ser adotado, notadamente, pelo relator (art. 853). Nele, também já se podia antever a objetivação da jurisdição infraconstitucional na resolução de demandas repetitivas, incidente ao qual final do qual deveria ser fixada tese que, depois, seria replicada "a todos os processos que vers[ass] em idêntica questão de direito" (art. 903). Igualmente, estava prevista a adoção obrigatória da tese fixada ao final do julgamento dos recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 956 e 957). Solução parecida foi adotada para os processos análogos àquele no qual o recurso extraordinário foi tido por desprovido de repercussão geral (art. 950, § 4.º).

A intenção da Comissão era prestigiar a jurisprudência e os precedentes dos tribunais superiores, cuja razão de ser outra não é senão, nas palavras adotadas pela Exposição de Motivos, "proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado" (BRASIL, 2015, p. 27; destacado no original). Firmes na ideia de que deveriam prestigiar o princípio da segurança jurídica, os arquitetos do novo CPC procuraram estabelecer como premissa o protagonismo da jurisprudência das cortes de vértice, a qual, uma vez pacificada ou sumulada, deveria ser mantida íntegra e coerente, para ser seguida, como norte, pelos demais tribunais e juízos do país (BRASIL, 2015, p. 27-29).

No Senado Federal, entre junho e dezembro de 2010, foram feitas várias reuniões e o texto recebeu incontáveis emendas, muitas oriundas de sugestões encaminhadas àquela casa legislativa pela sociedade, associações profissionais e membros da academia. Em 15 de dezembro de 2010, o Senado votou e aprovou o texto substitutivo (Parecer n.º 171/2010), sem

alterações substanciais em relação ao original (PLS n.º 166/2010). Cinco dias depois, o projeto foi enviado à Câmara dos Deputados, onde passou a correr sob o número 8.046/2010, ao qual apensados os demais projetos que cuidavam do novo Código de Processo Civil. Na Câmara, foi criada a Comissão Temporária n.º 3.194/2011, encarregada de revisar e proferir parecer sobre o PL n.º 8.046/2010, o qual tramitou de 22 de dezembro de 2010 a 26 de março de 2014, quando, por fim, foi votada e aprovada a redação final, sob a relatoria do Deputado Federal Paulo Teixeira.

O texto aprovado ali diferia bastante em termos de forma e ordem do projeto consagrado primeiramente no Senado Federal, embora as diretrizes do Anteprojeto tivessem sido mantidas (RODRIGUES in ROQUE; PINHO, 2013, p. 161-193), assim como a preocupação com a razoável duração dos processos (art. 4.º), mediante a adoção, entre outras técnicas, da uniformidade e estabilidade da jurisprudência (art. 520, caput); aplicação, pelo relator, de súmulas e precedentes para negar ou dar provimento a recurso (art. 945, IV e V); utilização obrigatória da tese fixada nos incidentes de assunção de competência (art. 959, § 3.º) e resolução de demandas repetitivas (art. 995), admitida reclamação em caso de descumprimento (art. 1.000); e replicação aos recursos semelhantes da decisão que não reconheceu a presença de repercussão geral (art. 1.048,

§§ 5.º e 8.º), bem como do acórdão que julgou recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 1.052 e 1.053).

Os deputados acrescentaram, enquanto o projeto tramitava pela Câmara, capítulo voltado aos "precedentes judiciais", impondo aos "juízes e tribunais" obediência às decisões, precedentes e súmulas dos tribunais superiores. Também previram de maneira expressa técnicas úteis ao sistema de precedentes que viria a ser adotado no Código de Processo Civil de 2015, tais como a prevalência dos veredictos dos órgãos hierarquicamente superiores no STF (Pleno) e STJ (Corte Especial); a publicidade dos precedentes e das teses jurídicas constituídas em decorrência da interpretação da norma (ratio decidendi); a ausência de efeito vinculante na parcela da motivação dos julgados não preponderante para o resultado (obiter dictum ou, em vernáculo, "dito de passagem", isto e, a proposição retórica não necessária à solução do caso) ou, ainda que relevante, não adotada pela maioria dos julgadores; a não aplicação da tese jurídica aos casos diversos (distinguishing); e o procedimento a ser observado na superação do entendimento jurisprudencial consolidado (overruling), inclusive mediante a realização de audiências públicas e modulação dos efeitos da decisão que deliberasse pela modificação da tese fixada em precedente ou súmula (art. 521).

Em 27 de março de 2014, o projeto foi devolvido ao Senado Federal, onde tramitou pelos meses seguintes tendo como relator

o Senador Vital do Rêgo. Esgotadas as discussões na comissão temporária e apresentadas várias emendas, o parecer do Relator foi aprovado em 4 de dezembro de 2014. Nas sessões de 16 e 17 de dezembro de 2014, o Plenário do Senado Federal aprovou o Substitutivo da Câmara ao Projeto de Lei do Senado n.º 166/2010, do qual constavam várias modificações em relação ao texto que veio da Câmara dos Deputados, inclusive – sob nossa ótica, de maneira equivocada – suprimindo boa parte das regras pensadas pelos deputados acerca da formulação, aplicação e superação dos "precedentes judiciais".

Em 25 de fevereiro de 2015, o projeto foi remetido à Presidente da República, que veio a sancioná-lo, com vetos parciais, em 16 de março. Finalmente, a Lei n.º 13.105 foi publicada no Diário Oficial da União em 17 de março de 2015, para entrar em vigor, conforme seu artigo 1.045, depois de uma vacatio legis de um ano, durante a qual, aliás, a Lei n.º 13.256/2016 empreendeu diversas mudanças no novo CPC.

IV.II LEIS N.OS 13.105/2015 E 13.256/2016

O Código de Processo Civil de 2015, inovando em relação a estrutura de seu antecessor, tem um livro todo voltado aos "processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais" (arts. 926 a 1.044), ideia digna de encômios, pois significa reconhecimento de que tanto as decisões oriundas do processo cognitivo quanto as proferidas no processo executivo podem ser atacadas pelos mesmos expedientes, nada justificando a alocação das regras atinentes aos recursos dentro do livro reservado ao processo de conhecimento, como outrora acontecia com a lei hoje revogada.

Além disso, no CPC/2015, foram mantidas as premissas fixadas no Anteprojeto quanto à objetivação da jurisdição infraconstitucional e a adoção obrigatória de teses jurídicas paradigmáticas como tentativa de atender à promessa de propiciar celeridade processual, isonomia substancial e segurança jurídica. Pelo que dele se depreende, são "precedentes vinculantes" as decisões em controle concentrado de constitucionalidade, em incidente de assunção de competência e em resolução de demandas repetitivas (arts. 927, I e III, 932, IV, "a" e "c", e V, "a" e "c", 947, § 3.º, 985 e 988, III e IV); os acórdãos em recursos extraordinários e especiais repetitivos (arts. 927, III, in fine, 932, IV, "b", e V, "b", 1.039 e 1.040); as súmulas vinculantes (arts. 927, II, e 988, III), editadas pelo STF após reiteradas decisões sobre matéria constitu-

cional (CF, art. 103-A); e as demais súmulas do STF em matéria constitucional e do STJ em matéria infraconstitucional (arts. 927, IV, e 932, IV, "a", e V, "a").

A força das decisões proferidas nesses processos e incidentes pode ser vista em várias passagens no novo Código, o qual prevê, a partir das teses fixadas em precedentes vinculantes, a concessão da tutela de evidência com base na tese firmada no julgamento de recurso repetitivo (arts. 311, II); a improcedência liminar do pedido contrário ao entendimento fixado no julgamento de recurso repetitivo (art. 332, II); a não sujeição ao duplo grau de jurisdição obrigatório da sentença proferida contra a Administração Pública consoante com a orientação definida em recurso especial repetitivo (art. 496, § 4.º, II); a inexigibilidade de caução na execução provisória quando o título executivo for conforme acórdão em recurso repetitivo (art. 521, IV); a observação obrigatória do acórdão em recurso repetitivo (art. 927, III); a prolação de decisão monocrática baseada no julgamento de recurso especial repetitivo (art. 932, IV, "b", e V, "b"); a admissibilidade da ação cujo objetivo é rescindir decisão transitada em julgado contrária à tese fixada em recurso especial repetitivo (art. 966, V e § 5.º); e a suspensão dos processos pendentes enquanto não julgado o REsp afetado como repetitivo para que neles posteriormente seja repicada a tese firmada (arts. 1.036, § 1.º, 1.039, caput, e 1.040, I a III).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da evolução histórica do sistema recursal brasileiro permite afirmar que quase sempre tivemos precedentes vinculantes. Embora a lei nunca tenha deixado de ser sua fonte primária, nosso direito privilegiou, sim, os precedentes judiciais desde suas origens. O que mudou ao longo dos séculos e décadas foi a intensidade da força/efeito vinculante. Nossos precedentes, ora tiveram maior, ora menor prestígio, valendo destacar os seguintes processos e incidentes capazes de gerar decisões com efeito vinculante ou dotadas de transcendência: arestos e assentos (Ordenações e Consolidação Ribas); acórdãos em recurso extraordinário (Lei n.º 221/1894, art. 24); revistas e prejulgados (CPC/1939,arts. 853, 859 e 861); uniformização de jurisprudência (CPC/1973, arts. 476 a 479)e recursos repetitivos (CPC/1973, arts. 543-B e 543-C); e processos de controle concentrado de constitucionalidade, reclamação constitucional e RE com repercussão geral reconhecida (CF/1988, alterada pelas EC n.os 3/1993 e 45/2004, e CPC/1973, art. 543-A).

No Brasil, aliás, a obrigatoriedade de se obedecer às decisões dos tribunais de vértice sempre foi prevista expressamente, seja na Constituição, seja na legislação processual ordinária, seja, ainda, quando menos,

em regimento interno.

O Código de Processo Civil de 2015, fortemente inspirado pelo controle concentrado de constitucionalidade, representa a fase atual e aquela na qual o grau de vinculação que se atribuiu a dadas decisões é o maior já verificado no Brasil. Vinculam, hoje, não só as decisões do Supremo Tribunal Federal, mas também as decisões do Superior Tribunal de Justiça e de tribunais locais. Foram criados vários mecanismos – alguns evidentemente problemáticos – com vistas a forçar a uniformização e a estabilidade da jurisprudência, bem como a obediência aos precedentes, como, aliás, fica evidente no artigo 926 do Código de Processo Civil de 2015 e na Exposição de Motivos de seu Anteprojeto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Juliano Taveira. Controle abstrato de constitucionalidade. São Paulo:
Saraiva, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira. Rio de Janeiro:
Renovar, 2001.

BRASIL. Senado Federal. Código de Processo Civil e normas correlatas. 7. ed.
Brasília: Senado Federal, 2015.

BURNHAM, William. Introduction to the law and legal system of the United States.

2.nd ed. Saint Paul: West Publishing, 1999.

CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. O direito judiciário lusitano: os assentos da casa de suplicação. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 111, p. 19-29, jan./dez. 2016.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. Código de Processo Civil interpretado. São Paulo:
Freitas Bastos, 1964, v. 9.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Atividade legislativa do Poder Executivo. 2. ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2000.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de in-

constitucionalidade. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GARNER, Bryan A. Black's Law Dictionary. Dallas: West Publishing, 1996.

LEAL, Victor Nunes. Passado e futuro da súmula do STF. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 145, p. 1-20, jan. 1981. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387. Acesso em: 03 jul. 2018.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n.º 9.868, de 10-11-1999. São Paulo: Saraiva, 2001.

MENDES JÚNIOR, João. Direito judiciário brasileiro. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão n.º 743/1996 no processo n.º 240/1994. Relator: Conselheiro Monteiro Diniz,

29 de maio de 1996. Disponível em:
http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1996&numero_actc=743.

Acesso em: 15 jul. 2018.

RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. A tendência uniformizadora da jurisprudência no Projeto de Novo Código de Processo Civil. In: ROQUE, Andre Vasconcelos; PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). O Projeto do Novo Código de Processo Civil.
Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 161-193.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. São Paulo: Max Limonad, 1963, v. 3.

SIDOU, J. M. Othon. Processo civil comparado: histórico e contemporâneo. Rio de
Janeiro: Forense Universitária, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves comentários à nova sistemática processual civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

PEDOFILIA E SUA PRÁTICA NA INTERNET

ESTHER CAROLINE CANTU
Advogada. Formada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Bauru – IESB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ---------- 315

I. PEDOFILIA ---------- 316

II. TIPOS DE PEDÓFILOS ---------- 318

III. CONSEQUÊNCIA DO ABUSO SEXUAL NA VÍTIMA ---- 321

IV. ALICIAMENTO DAS VÍTIMAS ---------- 323

V. PRÁTICA NA INTERNET ---------- 324

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 328

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 330

INTRODUÇÃO

Diante dos relatos na mídia sobre os casos de pedofilia, constata-se que esta conduta não ocorre de forma atípica, mas sim de maneira frequente. Infelizmente, é uma triste realidade com a qual a sociedade se depara.

Agora com a internet os abusadores se aproveitam da facilidade que ela proporciona para praticar o aliciamento da vítima, a propagação de condutas pedofílicas e de pornografia de crianças e adolescentes.

Com o intuito de abordar parte das questões que envolvem a temática, o presente trabalho foi elaborado em cinco tópicos: pedofilia, tipos de Pedófilos; consequências do abuso sexual na vítima; aliciamento das vítimas; prática na Internet.

Inicialmente, por meio de uma pesquisa bibliográfica, analisa-se o conceito de "pedofilia", entendendo-a como uma parafilia caracterizada pela atração sexual por crianças e adolescentes. Verifica-se também que pedofilia não é crime, e sim um transtorno psicológico. Ou seja, pedofilia não tem criminalização, o que se pune são os abusos praticados decorrentes dos desejos impulsionados por portadores de pedofilia.

No segundo momento, discorre-se sobre os tipos de pedófilos fazendo uma breve análise dos seus perfis. Em sequência, adentramos nas consequências do abuso sexual, bem como da forma que pode ocorrer o aliciamento da vítima.

Ainda, é feita uma análise da prática de pedofilia exercida por meio da internet, comumente utilizada pelos abusadores. Haja vista que estes indivíduos trocam arquivos com conteúdos ilícitos e ainda usam a internet como uma maneira de aliciar suas vítimas.

I. PEDOFILIA

A sociedade mundial vivencia no decorrer dos anos uma sucessão de ocorrências de abusos sexuais e, infelizmente, crianças e adolescentes são as principais vítimas destes atos.

Na literatura específica, diversos estudiosos tratam deste assunto de forma a buscar uma definição para a prática em análise.

Na Grécia antiga, à pedofilia era atribuído um significado evolutivo. Pensava-se que o amor, mesmo em sentido concreto, constituía uma passagem necessária para aquisição da identidade masculina e assinalava o acesso à heterossexualidade. Com Platão e Sófocles, observou-se uma mudança radical dessa posição, pois o amor decorre de um processo mental, simbólico e idealizado. (TRINDADE, 2013, p. 21).

"A palavra pedofilia deriva de uma combinação de radicais de origem grega: paidos é criança ou infante, e philia, amizade ou amor" (TRINDADE, 2013, p.21). Genericamente, este vocábulo é usado para designar qualquer pessoa adulta que tenha interesse, atração sexual ou que mantenha, de fato, contato sexual com crianças ou adolescentes. Por outro lado, de maneira estrita, considera-se a pedofilia um distúrbio sexual incluso no grupo das parafilias.

A parafilia é o termo empregado para designar pessoas que possuem distúrbios e/ou transtornos de ordem sexual. O portador da parafilia tem desejos compulsivos, que podem causar acentuado sofrimento e dificuldades interpessoais. Tais sintomas acarretam, ainda, desejos incontroláveis, que aumentam a possibilidade de prática de crimes. Conforme nos ensina Trindade:

As parafilias caracterizam-se pela busca de satisfação sexual através de meios inadequados. Uma delas é a pedofilia, na qual a inadequação reside na escolha da criança como objeto de satisfação sexual, assim como na condição de risco em que naturalmente a coloca. (TRINDADE, 2013, p. 32).

Pode-se atribuir o crescimento da pedofilia à facilidade de acesso aos meios de comunicação, sendo que a internet é o principal veículo de irradiação das condutas pedofílicas e de pornografia infantil. Este é o meio mais utilizado por pedófilos tanto para aliciamento de vítimas, como para compartilhamento de materiais pornográficos que envolvem crianças e adolescentes.

A possibilidade cada vez maior de acesso aos recursos da internet, especialmente por longos períodos de tempo e na ausência dos pais, por sua vez, está criando formas novas de abuso infantil proporcionadas por chats para menores e mesmo pela criação de páginas específicas para atrair crianças, o cyberabuso, uma modalidade muito mais difusa, perigosa e lucrativa, que pode envolver a captação e a comercialização de

imagens, bem como o tráfico de crianças. (TRINDADE, 2013, p. 26).

A pedofilia é um transtorno que estimula o indivíduo a ter preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, quer de meninas ou crianças de um ou de outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.

A Organização Mundial de Saúde, na sua Classificação Internacional das Doenças, define a pedofilia como uma categoria das parafilias, ou seja, um transtorno caracterizado por um padrão de comportamento sexual no qual, em geral, a fonte predominante de prazer está em crianças pré-púberes (com idade até 13 anos). Problema de saúde mental, a pedofilia é, portanto, um transtorno sexual e não um ato ou um crime. (PORTAL BRASIL, 2014).

Todavia, o real significado da palavra pedofilia tem sido empregado de forma imprecisa e, muitas vezes, de forma equivocada. De maneira abrangente e errônea é utilizada para intitular como pedófilo a pessoa que, por exemplo, pratica o crime de estupro de vulnerável. Neste caso, a palavra é usada de forma genérica, abarcando todo tipo de abuso cometido contra crianças e adolescentes púberes, sendo que na realidade pedófilo é o portador do transtorno pedofilia. Muitas vezes o portador desse transtorno nem chega a transpassar a barreira da fantasia e não chega a cometer um crime relacionado a abuso de crianças e/ou adolescentes. Ou seja, alguns indivíduos possuem fantasias e desejos, mas não transgridem esta barreira, nem manifestam este comportamento na prática.

Entretanto, impende ressaltar que a presença de fantasias e desejos sexuais envolvendo crianças e adolescentes já é uma característica de uma pessoa pedófila. Ou seja, não há necessidade da prática do ato sexual para configuração desta parafilia. Por outro lado, este fato em si não a torna uma criminosa, tendo em vista que o mero desejo, por ausência de tipificação penal, não caracteriza crime, pois o indivíduo pode sentir desejo por crianças e não exteriorizá-los. Portanto, como esta pessoa não comete nenhum tipo de abuso sexual, também não comete crime.

Além disso, há indivíduos que não portam características psíquicas voltadas para a prática da pedofilia e mesmo assim praticam algum tipo de abuso sexual contra crianças e adolescentes apenas aproveitando-se de um momento oportuno.

No entanto, quando a pessoa que sofre desse tipo de transtorno tem relação sexual com as vítimas, ela está agindo como criminosa e vai responder por abuso ou exploração de crianças. É importante ressaltar que nem toda pessoa que sofre do transtorno de pedofilia necessariamente comete crimes sexuais (ela pode procurar tratamento ou se abster, e não chegar a cometer o crime). Por outro lado, nem toda pessoa que comete abuso sexual contra uma criança pode ser classificada como pedófilo. (PORTAL BRASIL, 2014).

Contrario sensu, pedofilia não é crime, pois na verdade é con-

siderada como um transtorno e é tratada como uma psicopatologia. Contudo, quando o indivíduo exterioriza suas fantasias e comete o abuso, este responderá conforme a legislação brasileira vigente. Todavia, o indivíduo nunca responderá criminalmente por pedofilia, já que não há tipificação penal desta conduta.

Sendo assim, pode-se dizer que a pedofilia é um transtorno no qual a excitação sexual e a obtenção de satisfação sexual se dá de modo único ou, preferencialmente, através de fantasias ou atividades sexuais com crianças e adolescentes.

No meio jurídico, a palavra "pedofilia" tem sido utilizada para indicar abuso sexual cometido contra crianças e adolescentes. Porém, conforme citado, não há nenhum crime na legislação brasileira cujo nomen juris seja esse.

II. TIPOS DE PEDÓFILOS

De acordo com a Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial da Saúde (OMS), no item F65.4 a pedofilia é definida como "preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou não".

Ainda, para que um indivíduo seja diagnosticado como pedófilo é necessário que sejam seguidos alguns critérios de diagnóstico, quais sejam:

1. fantasias sexualmente excitantes recorrentes e intensas, impulsos sexuais ou comportamentos envolvendo atividade sexual com uma (ou mais de uma) criança pré-púbere (geralmente com 13 anos ou menos) por um período mínimo de seis meses; 2. As fantasias, impulsos sexuais ou comportamentos causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou em outras áreas importantes da vida do indivíduo; 3. O indivíduo tem no mínimo 16 anos e é pelo menos 5 anos mais velho que a criança [...]. Aqui não cabe incluir um indivíduo no final da adolescência envolvido num relacionamento sexual contínuo com uma criança com 12 ou 13 anos de idade. E ainda, especificar-se: atração sexual por homens; atração sexual por mulheres; atração sexual por ambos os sexos; se é limitada ao incesto ou com crianças desconhecidas. É necessário também especificar se trata-se de pedófilo tipo Exclusivo: atração apenas por crianças ou tipo Não-Exclusivo: atração tanto por crianças quanto por adultos. (NICOLAU, 2016).

Nesse sentido, entende-se que pedófilo é todo indivíduo, nem sempre adulto (basta que seja 5 anos mais velho que a vítima e que possua idade mínima de 16 anos), que alimenta fantasias sexuais recorrentes com crianças e adoles-

centes no início da puberdade.

O desenvolvimento do pedófilo, conforme nos ensina Sanderson (2005, p. 62-63), ocorre por algumas fases distintas: a) predisposição para abusar sexualmente de crianças; b) fantasia e excitação masturbatória; c) pensamento distorcido; d) comportamentos de alto risco – inicialmente pornografia infantil, seguido de visitas a parques e escolas; e) planejamento; f) aliciamento da vítima; g) superação da hesitação manifestada pela vítima; h) início do abuso; i) manutenção do segredo; j) remorso ou medo de ser descoberto; k) pensamento distorcido – reinterpretação da experiência da criança e da responsabilidade; l) comportamento normalizador; m) manutenção do comportamento; n) cuidados para não ser apanhado; e o) intensificação dos abusos para manter o mesmo nível de abuso.

De acordo com Sanderson (2005, p.71) os pedófilos podem ser classificados em pedófilos predadores e pedófilos não predadores, estes ainda são subclassificados em pedófilos regressivos, pedófilos compulsivos, parapedófilos, pedófilos inadequados, pedófilos inadequados compulsivos.

Os pedófilos predadores se destacam na mídia, pois costumam raptar e posteriormente assassinar as crianças. Felizmente estes são raros. Têm como principais características: o abuso sexual dentro do contexto do rapto; não buscam o consentimento da criança; expressam raiva e hostilidade por meio do sexo, ameaçando a criança; o abusador expressa outras necessidades através do sexo; ignoram o sofrimento da criança; o abuso é frequentemente sádico e agressivo e normalmente o abusador justifica seu comportamento.

Na segunda categoria, temos os pedófilos não predadores que segundo Sanderson (2005, p. 73) englobam a grande maioria dos abusadores sexuais de crianças e adolescentes. Dentre eles, 87% destes abusadores são conhecidos pelas crianças abusadas e até mesmo pelos adultos que as cercam. Ainda de acordo com Sanderson (2005), os pedófilos não predadores, acreditam que as crianças, inclusive os bebês, podem consentir o ato sexual, pois são sexuais e gostam de praticar sexo. Normalmente, os abusadores não predadores têm pensamentos e crenças alterados e não acreditam que seus atos sejam reprováveis e ilegais. Costumam atrair as crianças para uma armadilha, utilizando-se do controle e poder de influência que possuem (a criança fica sem escolha). Ainda, pelo fato da vítima não negar o ato, silenciar ou concordar com o abuso, os pedófilos não predadores interpretam tais atitudes de forma distorcida, qualificando-as como uma anuência.

Os pedófilos não predadores regressivos conseguem se sentir atraídos sexualmente pelo sexo oposto e normalmente estabelecem relacionamento com adultos. Porém, quando submetidos a situações de pressão e estresse, acabam regredindo e interessando-se sexualmente por crianças e pré-púberes. Normalmente eles são casados e suas vítimas, na

maioria dos casos, são do sexo feminino. Iniciam a excitação sexual com adultos, mas quando atingem a maioridade passam a excitar-se com crianças; a excitação oscila de acordo com a situação de estresse em que estes abusadores são expostos. Nesse caso, o pedófilo não tenta assumir uma figura paternal, pois "vê" a criança de uma maneira distorcida: como um pseudo-adulto. São, na maior parte das vezes, dependentes químicos, como por exemplo, alcoólatras e apresentam, ainda, uma estrutura de vida problemática. Este tipo de abuso é de natureza impulsiva, e geralmente este tipo de pedófilo alimenta "sentimentos de inadequação sexual e realizam abusos sexuais em crianças de maneira impulsiva ou com uma expressão de raiva e hostilidade" (SANDERSON, 2005, p. 72).

Representando a maior categoria de pedófilos temos os pedófilos não predadores compulsivos que buscam assumir uma figura paternal, buscando ganhar a confiança tanto da criança quanto dos responsáveis, visando molestá-las. Caracterizam-se por ter fantasias compulsivas e distorcidas a respeito da sexualidade da criança. Acreditam que o abuso é um ato natural e não reprovável.

Não obstante, os compulsivos são de difícil identificação, haja vista que possuem um comportamento socialmente normal – o que lhes permite, antes de serem apanhados, aliciar um grande número de crianças e pré-púberes. Os atos sexuais praticados são normalmente de forma indireta, sendo muito difícil o contato direito: coito vaginal ou anal. O que dificulta ainda mais a punição destes pedófilos.

Eles geralmente não mantêm nenhum relacionamento afetivo com adultos e residem sozinhos ou com seus pais. Em seu íntimo, possuem materiais eróticos e uma coleção de pornografia infantil, além de estabelecerem amizade com outros pedófilos. Utiliza-se, ainda, de pornografia adulta, a fim de desinibir as vítimas. Diante de seus métodos, é considerado por outros adultos como uma pessoa que tem facilidade para lidar com crianças – o que facilita sua inserção em organizações que cuidam de crianças.

Já os parapedófilos não se sentem necessariamente atraídos por crianças ou pré-púberes. Eles escolhem sua vítima pela vulnerabilidade e oportunidade. Como por exemplo: idosos ou deficientes físicos. Este tipo de pedófilo não tem interesse na criança pelo sexo, assim os abusos são isolados ou persistentes (mesma vítima), com menos crianças envolvidas.

Temos ainda, os pedófilos inadequados, que são vistos como "desajustados sociais", pois não sabem o que fazer com sua sexualidade e consequentemente não conseguem manter relacionamentos. São senis ou portadores de doenças mentais, o que torna mais compreensível seu comportamento, tendo em vista que se compara sua idade mental à de uma criança.

Já os pedófilos inadequados compulsivos são geralmente pessoas idosas que costumam molestar estranhos e crianças muito

pequenas. São isolados e solitários, normalmente praticam o abuso com crianças que se prostituem. Eles costumam ficar em lugares onde há muita circulação de crianças: escolas, banheiros públicos, etc.

Ademais, é comum que as fantasias sexuais se iniciem na adolescência, por isso deve-se observar o comportamento dos adolescentes, pois o desejo por crianças pode ser manifestado já no início da puberdade e deve ser tratado para evitar a ocorrência de abusos, conforme ensina Sanderson (2005):

Também é crucial que eles tenham acesso à terapia e a tratamento para evitar futuros abusos sexuais em crianças. Quando as crianças entram na puberdade há um aumento de fantasias sexuais que anuncia a instalação do ciclo de excitação sexual. Se adolescentes começam a fantasiar sobre atos sexualmente sádicos e o rapto de crianças mais novas para propósitos de abuso sexual, um ciclo vitalício de violência sexual pode se estabelecer. A influência da pornografia nesta idade também tem grandes implicações para a futura estimulação sexual. (SANDERSON, 2005, p. 89).

Em face disto, é de suma importância a identificação dos pedófilos e vítimas no intuito de iniciar o mais breve possível o tratamento psicológico e, assim "impedir" que fiquem presos em um ciclo vitalício de violência sexual contra a vítima.

Ressalta-se, ainda, que no Brasil a punição recai sobre quem comete o abuso sexual contra a criança e adolescente e sobre quem possui pornografia infantil.

III. CONSEQUÊNCIA DO ABUSO SEXUAL NA VÍTIMA

Após o abuso sexual, surgem as consequências na vítima, tanto físicas quanto psicológicas. Devido à anatomia ainda em desenvolvimento da criança, as consequências físicas poderão ser constatadas, mas isso depende muito da forma em que a vítima foi exposta a prática do abuso. Pois em alguns casos o abuso é feito de maneira que não deixa vestígios, como por exemplo, carícias, masturbação, sexo oral, etc. Já as consequências psicológicas são difíceis de serem diagnósticas, muitas vezes são apenas confundidas com mau comportamento.

De acordo com Vitiello (2007) as crianças e adolescentes ainda não possuem um completo desenvolvimento dos órgãos genitais. Nesse sentido, referindo-se as crianças do sexo feminino, o autor informa que:

A vulva apresenta-se com dimensões menores que a adulta, estando os grandes lábios representados por pequenas dobras de pele, com discreto ou ausente teci-

do gorduroso subcutâneo. Os pequenos lábios e o clitóris, apesar de presentes, são ainda estruturas hipodesenvolvidas, não apresentando glândulas secretoras funcionais (VITIELLO, 2007, p. 124- 125).

Ainda, de acordo com o autor, somente haverá uma lubrificação perfeita após dois anos da primeira menstruação, o que ocorre normalmente entre 12,7 anos de idade, ou seja, consequentemente se ocorrer abuso ocorrerá lesões na vítima. No entanto, na região anorretal a criança apresenta uma dimensão menor, mas não há tanta diferença para a de um adulto. Para o autor, "em crianças e adolescentes, o ânus apresenta menores dimensões que no adulto, sendo, entretanto mantido fechado por estrutura muscular equivalente" (VITIELLO, 2007, p. 125-126). Neste caso o autor ressalta que a "oclusão muscular do ânus" e a falta de secreções lubrificadoras acarretam em lesões no coito anal.

Segundo Braun (2002), as lesões físicas encontram-se reunidas em cinco categorias:

a)Lesões físicas gerais: hematomas, contusões, fraturas, queimaduras de cigarro. As agressões físicas podem fazer parte do prazer sexual ou serem usadas como maneira de intimidar a vítima controlá-la e dominá-la. b) Lesões genitais: a mais frequente é a laceração da mucosa anal. As lesões podem infectar levando à formação de abscessos perianais. As lesões podem ocasionar perda involuntária das fezes. c)Gestação: as gestações costumam ser problemáticas, aparecendo complicações orgânicas cujos fatores causais são de origem psicossocial. Esses problemas levam a uma maior mortalidade maternal e fertal. d)Doenças sexualmente transmissíveis: gonorreia, sífilis, herpes genital, AIDS, etc. e)Disfunções sexuais: a violência sexual pode deixar sequelas orgânicas futuras, que dificultam ou impedem a concretização do ato sexual (BRAUN, 2002, p. 32).

Já Vitiello (2007) classifica as lesões em: lesões físicas gerais, lesões genitais, lesões anais, gestação e doenças sexualmente transmissíveis. Ainda, segundo o autor, as lesões gerais "podem variar desde a imobilização coercitiva até a morte da vítima, passando por graus variados de traumas físicos".

Espancamentos resultando em hematomas, contusões e fraturas são comuns, bem como lesões que deixam manifesto o sadismo do agressor, como queimaduras por cigarro, por exemplo. São relativamente frequentes, principalmente quando a agressão sexual ocorre fora dos limites do incesto, ferimentos por armas brancas, tentativas de enforcamento etc. Ocorre ainda eventualmente que o agressor, após o estupro, assassine a vítima para evitar posterior reconhecimento (VITIELLO, 2007, p. 129).

Sanderson (2005, p.170) discorre que as consequências para a criança que sofreu o abuso podem variar de diversas formas e conforme inúmeros fatores, como por exemplo, a idade da criança na época do abuso; duração e frequência do abuso, o tipo do ato sexual; uso da força ou da violência;

relação da criança com o abusador; idade e sexo do abusador; os efeitos da revelação, etc. Deste modo, verifica-se que as consequências do abuso sexual podem ocorrer de múltiplas formas. Trindade cita algumas consequências decorrentes do abuso, tais como:

[...] a apresentação de condutas sexualizadas, conhecimento atípico sobre sexo, sentimentos de estigmatização, isolamento, hostilidade, desconfiança, medo, baixa auto-estima, sentimentos de culpa, fracasso ou dificuldades escolares, precocidade sexual, transtorno de estresse pós-traumáticos (TEP-TDSM-IV-TR, 2002), dificuldades relacionais, especialmente com homens, pais e os próprios filhos, ansiedade, tensão, distúrbios alimentares, etc (TRINDADE, 2013, p. 82).

O autor ainda explica que em casos mais rigorosos as consequências podem "se manifestar ainda sob forma de: alcoolismo, depressão, ideação suicida, suicídio ou tentativa de suicídio" (TRINDADE, 2013, p. 82).

IV. ALICIAMENTO DAS VÍTIMAS

O abuso "decorre da disparidade de poder que existe entre o adulto e a criança, e o agir pedofílico constitui um aproveitamento dessa vulnerabilidade infantil através do qual o pedófilo inscreve, na vítima, a mentira da amizade e do amor" (TRINDADE, 2013, p. 57). Ou seja, o abuso sexual encontra amparo na desigualdade entre o abusador e a vítima. A diferença de idade e consequentemente a assimetria do grau de maturidade, acrescido da imposição de poder e coação, facilitam a manipulação da vítima.

Para Sanderson (2005) o aliciamento é o termo empregado para definir a sedução praticada pelo abusador sobre a vítima com objetos sexuais. O abusador utiliza-se de muito tempo e paciência para aliciar a vítima e a família. Dificilmente o pedófilo inicia o abuso com a prática do estupro ou outro tipo de abuso sexual. Antes ocorre toda uma manipulação que "se baseia em laços de amizade e intimidade que vão sendo construídos com a criança e com os pais dela" (SANDERSON, 2005, p. 141).

O pedófilo não quer ser descoberto pela prática dos abusos, assim visando diminuir as chances de ser descoberto o pedófilo investe muito tempo no aliciamento da (as) vítima (as). Então, para esconder a sua real face, os pedófilos "predadores, dissimulados, enganadores, manipuladores, metódicos e controladores" disfarçam serem "charmosos, simpáticos, compreensivos; úteis; generosos com o tempo, dinheiro, presentes e agrados; atenciosos; afetivos e disponíveis emocionalmente; voltados para crianças e amigáveis com elas" (SANDERSON, 2005, p.

143-144).

Salienta-se que é através do aliciamento que os pedófilos estabelecem relação com a vítima e a preparam para o abuso sexual. O aliciamento pode ocorrer de diversas formas e, hoje, a internet é o instrumento mais utilizado para o aliciamento.

No Brasil, o aliciamento já é previsto como delito, conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente[2]. Contudo, a tipificação criminal da conduta não inibe os abusadores que se valem da comunicação virtual para aliciar vítimas, bem como para trocar arquivos com conteúdos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes.

V. PRÁTICA NA INTERNET

A comunicação simples e ágil, somada com a acessibilidade fácil proporcionada pela internet, não atraiu somente internautas idôneos, como também serviu de porta de entrada para criminosos. Dentre eles os pedófilos que utilizam a internet para aliciar suas vítimas, bem como para trocar arquivos com conteúdos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes.

É notório o vasto material pornográfico existente na internet, onde ocorre, clandestinamente, trocas de materiais pornográficos infantis.

Infelizmente, devido à expansão da internet, crianças e adolescentes são inevitavelmente expostas ao "ciberespaço" mais cedo, o que acaba facilitando a ação destes criminosos.

A internet acaba estabelecendo uma ponte fácil e rápida entre o pedófilo e a vítima, lamentavelmente ela impulsiona a pedofilia, principalmente pela facilidade e maneira com que as crianças e adolescentes deixam se encontrar em redes sociais. Atualmente, as crianças e adolescentes possuem acesso a computadores, notebooks, tablets ou smartphones e internet a sua disposição, e, por vezes, os utiliza sem as devidas orientações – o que acarreta uma grande vulnerabilidade, tornando a ação dos criminosos fácil e ágil, na qual utilizam de estratégias para chamar a atenção das vítimas criando perfis falsos em redes sociais, por exemplo.

O abuso sexual, não apenas contra a criança e o adolescente, é um tema antigo. No entanto, nos tempos atuais, conta ainda com a utilização de tecnologias. Há diversos sites que armazenam fotos, vídeos e relatos de violência sexual. Portanto, o uso da internet infelizmente serviu como forma de potencializar essa problemática (SILVA et al., 2014, p. 16).

Diante dessa imensidão de recursos e com um grande publico infantil e juvenil como consumidor

2 Art. 241-D. Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
I – facilita ou induz o acesso à criança de material contendo cena de sexo explícito ou pornográfica com o fim de com ela praticar ato libidinoso;

desse meio, uma porta de entrada para os pedófilos são os jogos online interativos que proporcionam a interação com várias pessoas.

Esta realidade, infelizmente, comprova que os benefícios da internet não são apenas versados para o bem, mas também para a prática de ilícitos. Nos últimos tempos, a comercialização virtual de material pornográfico com cenas de sexo entre adultos e crianças vem numa crescente, preocupando as autoridades dedicadas ao estudo, prevenção e repressão do tema. (BREIER, 2013, p. 94).

Uma conduta que vem crescendo no meio virtual é a troca de "nudes" que consiste no compartilhamento de foto nua para determinada pessoa por meio de aplicativos. O problema é que em alguns casos a pessoa que recebe às imagens a salva e compartilha com mais algumas pessoas, expondo quem encaminhou o "nudes". Ocorre que pedófilos estão se valendo da vulnerabilidade de alguns adolescentes e aproveitando-se desta conduta para aliciar vítimas e trocar esses materiais pornográficos na internet. É comum os pedófilos mentirem sobre sua identidade e idade na internet para conquistar à confiança do adolescente e dar início a troca de "nudes".

Atualmente, tem se constatado uma verdadeira onda entre os menores de idade, que se retratam nus e enviam estas fotos a terceiros, por aplicativos de envio de imagens ou mensagens.

Estas fotos denominam-se nudes. Infelizmente, em alguns casos, aquele que recebe as imagens, salva as fotos e as repassa para grupos e nas redes sociais, podendo até criar perfis no Facebook e no Instragam, objetivando divulgar estas fotos de nudez, tudo realizado, muitas vezes, somente por menores de idade (D'URSO, 2017).

Estima-se que diariamente são criados inúmeros sites contendo conteúdos pornográficos de crianças e adolescentes visando estimular e divulgar a prática da pedofilia virtual. Os pedófilos se aproveitam do avanço da tecnologia para produzirem e trocarem, cada vez mais, materiais com cenas sexualizadas de menores.

Com o avanço da tecnologia digital, a pedofilia alcança novo status através das redes sociais, encurtando o espaço de comunicação entre pedófilos para troca de materiais pornográficos infantis, viabilizando cada vez mais redes organizadas especializadas em comercializar fotos e filmagens de crianças e de adolescentes em cenas de sexo explícito (BREIER, 2013, p. 94).

Almeida (2008) discorre que a conduta do perpetrador na internet consiste em: 1. Troca de fotos nos chamados "clubes de pedófilos", websites dedicados à troca, compra e venda de materiais pornográficos em que crianças aparecem mantendo relações sexuais, geralmente com adultos, e/ou em posições sexuais; 2.

Intercâmbio de fotos entre pedófilos sem a utilização de site intermediário; 3. Aliciamento de menores através de Chats Rooms para fornecimento de fotografias e para manutenção de encontros

sexuais com o agressor; 4.Troca de arquivos entre usuários de sites P2P, os quais facilitam o acesso e download entre os computadores dos internautas (Ex: Kazaa); 5. Compra de pacotes turísticos anunciados online nos quais crianças são oferecidas para a prostituição; 6. Compra de serviços de aliciadores os quais vendem crianças para relações sexuais.

Embora extemporânea, mas de grande importância para o combate ao crime de pedofilia virtual, temos as inovações trazidas pela Lei 11.829 de 25 de novembro de 2008, que modificou alguns dispositivos do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), passando a criminalizar a produção, distribuição e armazenamento de material pornográfico envolvendo crianças e adolescentes na internet[3]. No entanto, as estatísticas apresentadas sobre abusos sexuais de crianças e adolescentes no Brasil, não representam o número real de vítimas devido à extensão territorial e a repressão social sofrida pela vítima, realidade que complica ainda mais uma política preventiva, porque é comum que a vítima não denuncie o abuso sofrido.

Breier (2013) discorre que "A pedofilia é uma prática histórica dentro do contexto civilizatório. A sua proibição, seja legal ou social, exprime o reconhecimento de que toda a criança, obrigatoriamente, deva ser tutelada frente a abusos sexuais" (BREIER, 2013, p. 94).

Sabe-se que os abusos sexuais contra menores sempre ocorreram e que por isso foi necessário mais edições de normas legais que tutelam sobre este assunto. Ainda, com a expansão da internet e consequentemente com a crescente prática de abusos contra menores neste meio, fez-se necessário, também, a edição de normas específicas que tutelassem essas práticas.

3 Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Em pesquisa realizada pela Organização das Nações Unidas no ano de 2005, pelo menos 875 milhões de pessoas se conectam na rede mundial de computadores. Segundo estudo na Universidade de Pittisburg (Estados Unidos), no ano de 1995, estimou-se que havia 1 milhão de fotografias e de vídeos, com cenas de sexo explícito com

3 Art. 240. Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:
Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.
Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:
Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
Art. 241-B. Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

crianças, circulando pelo mundo (BREIER, 2013, p. 95).

A procura por materiais que envolvam cenas pornográficas com menores é grande, com isso esse comércio de pornografia infantil movimenta milhões, o que estimula ainda mais os exploradores a produzirem este tipo de material.

As apreensões de material pornográfico infantil, bem como prisões de integrantes de redes criminosas, pelo mundo revelam como é vantajoso, financeiramente, produzir material com imagens de práticas sexuais envolvendo crianças [...] (BREIER, 2013, p. 95-96).

Recentemente a Delegacia Regional de Polícia de Bauru – Deinter-4 deu início à operação "Querubim". Policiais capacitados mergulharam na "DEEP WEB (conjunto de redes que fazem parte da web, mas não são indexadas pelos mecanismos de busca, tornando o seu conteúdo oculto para um grande público)" (MILANEZ, 2019). Onde a equipe de inteligência analisou 23.459 IPs diferentes, além de 2 mil arquivos, e finalmente chegaram em 15 alvos. Sendo 12 presos em flagrante e os outros 3 permaneceram em investigação. "Na ocasião, foram recolhidos computadores, pendrives, HDs, DVDs, brinquedos e até três armas municiadas" (MILANEZ, 2019).

A prática da pedofilia virtual em virtude da procura e do retorno financeiro proporcionado vem crescendo entre criminosos. Nesse sentido, a legislação sempre busca tipificar condutas de exploração e abuso. Entretanto, para que os abusadores e exploradores não permaneçam impunes é necessário que o abuso seja denunciado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Lamentavelmente o abuso sexual de crianças e adolescentes é uma realidade bem comum nas redes organizadas de pedofilia. É um assunto que gera discussões em âmbito internacional há muito tempo e é em decorrência dessas discussões que contamos atualmente com o Estatuto da Criança e do Adolescente que reúne várias normas visando à proteção de crianças e adolescentes, dentre elas o artigo 4 que exprime o princípio da proteção integral[4].

A necessidade da proteção integral da criança e do adolescente, foi enunciada na Declaração dos Direitos da Criança, em Genebra, de 1924, e reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos estatutos das agências especializadas e organizações sociais interessadas no bem estar da criança" (NOGUEIRA, 1996, p. XVII).

Por sua vez, nessa pesquisa constata-se que o pedófilo é acometido de um transtorno sexual (parafilia) que o leva a ter desejos por crianças e adolescentes. Assim, entende-se que pedofilia é um transtorno sexual que leva algumas pessoas a terem fantasias e desejos sexuais com crian-

4 Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

ças e/ou adolescente. Contudo, o indivíduo pode ser acometido por essa parafilia e nunca exteriorizá-la, ou seja, nunca praticar qualquer tipo de abuso.

Nesse sentido, como pedofilia não é crime, só será punido o agente que exteriorizar esses desejos sexuais praticando alguma conduta tipificada na legislação Brasileira vigente.

Em uma breve analise psicológica, é possível classificar os pedófilos em predadores (são aqueles que costumam raptar a vítima, praticar o abuso e depois assassinar a vítima. Este tipo de pedófilo ganha bastante destaque nas mídias, tendo em vista a perversidade do abuso) e os não predadores (indivíduo que possui a confiança da vítima e se aproveita disso para praticar o abuso, além disso, eles acreditam que pelo fato da vítima não negar o ato, silenciar ou concordar com o abuso, elas concordariam com a prática do ato).

O grande problema é que o pedófilo acredita que esses desejos e fantasias envolvendo menores sejam normais – o que dificulta a procura por tratamento. Por tratar-se de um transtorno sexual o portador deve ter acompanhamento profissional ao longo de toda vida, visando evitar ou cessar a prática do abuso.

Os pedófilos valem-se da internet para praticar abusos - apesar de existir norma criminalizando a conduta - o sentimento de impunidade ainda é presente. Além do mais, constata-se que com a internet ficou ainda mais fácil para os pedófilos aliciarem suas vitimas através de perfis falsos em redes sociais, além de facilitar o compartilhamento e comercialização de materiais pornográficos envolvendo crianças e adolescentes.

Ainda, cabe mencionar que qualquer forma de violência, especialmente a violência sexual, causam enormes dificuldades no desenvolvimento saudável das crianças e dos adolescentes, causando traumas que poderão perpetuar-se ao longo de toda sua existência. Justamente por isso que há grande mobilização internacional sobre esse assunto, e no Brasil, como exemplo, temos a Constituição Federal[5], que conferiu a responsabilidade da sociedade, da família, da comunidade e do Estado de garantir os direitos da Criança e do Adolescente, consagrando o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

[...] a infância merece uma atenção especial. É nesse período que o ser humano possui uma autonomia menor. Nesse momento, a pessoa em desenvolvimento já aprendeu a andar, a dar os primeiros passos e a fazer algumas caminhadas. Mas, sem dúvida, o caminho será menos penoso e mais bem aproveitado se tiver alguém que lhe auxilie na jornada diária do amadurecimento. Quando há uma quebra, um rompimento nesse estágio de desenvolvimento, grandes consequências traumáticas podem ser geradas. Quem recebe carinho, amor e atenção dos pais tende a repassar tal aprendizagem. Entretanto, o sujeito que é abusado sexualmente, violentado, principalmente no interior do próprio lar (local de maior ocorrência), tende a reproduzir o que foi vivenciado (SILVA et al., 2014, p. 73).

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

Ademais, os abusos praticados, geralmente, são de difícil constatação uma vez que dificilmente os abusadores praticam a conjunção carnal. É mais comum que os abusos sejam praticados de uma maneira que não deixem vestígios, por exemplo, a masturbação.

Pedófilos não necessariamente praticam atos sexuais com penetração. Muitas vezes, eles acariciam, beijam, tocam ou masturbam-se na frente da criança, mas essas práticas, por si só, já configuram abuso. Crianças são juridicamente incapazes de dar consentimento, porque ainda não possuem desenvolvimento psicossocial adequado para esse tipo de escolha. Ademais, são vítimas do poder adulto, que age se valendo dessa condição. A criança não é capaz de consentir, visto que não possui consciência plena de sua sexualidade. A anuência da criança não é fruto de uma vontade livre. Nesse particular, ela apensa se submete à vontade do abusador, que sempre será autoritária e violenta em si mesmo (TRINDADE, 2013, p. 68).

Para tentar suprimir essa conduta crescente é necessário que a vítima ou outrem que tenha conhecimento do fato denuncie o abusador para que ocorra a responsabilização deste.

Uma iniciativa que merece ser destacada é o Disque 100, um canal de denúnicas disponível para a população e que pode ser acessado gratuitamente em todo o território nacional. O serviço funciona 24 horas e a denúncia pode ser anônima (SILVA et al., 2014, p. 123).

Breier, ainda, discorre outro método pra coibir os abusos, vejamos:

Se por um lado, a internet é utilizada para fins ilícitos, igualmente pode ser fonte de informação e prevenção quando identificamos as redes organizadas de pedofilia. Há que se ter uma união geral de todos (governos, organizações não governamentais, setores privados, operadores da rede mundial de computadores e provedores) para identificar e responsabilizar todo e qualquer ato de pedofilia pela rede (BREIER, 2013, p. 143).

Nesse sentido, a presente pesquisa não tem quaisquer pretensões no esgotamento da questão, mas sim uma indagação inicial sobre este tema tão relevante que há muito tempo vem sendo objeto de pesquisa, tanto na esfera criminal quanto na psíquica, e que com a internet vêm tomando proporções acentuadas. Eis, que quanto à relevância do tema não resta dúvida, devido a grande ameaça que pedófilos causam, não só para criança, mas para sociedade em geral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Raquel. Conheça o pedófilo. In: Infonet. Aracajú, 11 out. 2008. Disponível em: <http://www.infonet.com.br/cidade/ler.asp?id=78649&titulo=especial>. Acesso em: 12 de julho 2019.

BRASIL. Lei n. 11.829, de 25 de novembro de 2008. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2008/lei/l11829.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

BREIER, Ricardo; Aspectos penais. In: TRINDADE, Jorge;_ . Pedofilia aspectos psicológicos e penais. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CID-10, F65.4 – português.

D'URSO, Luiz Augusto Filizzola. Canal Ciências Criminais. Nudes na internet: um beco sem saída. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/nudes- internet-beco-sem-saida/>. Acesso em: 09 de julho de 2019.

G1, Fantástico. Traficantes e Pedófilos usam o lado oculto da internet como zona franca. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/10/traficantes-e-pedofilos-usam-o- ladooculto-da-internet-como-zona-franca.html>. Acesso em: 12 de julho de 2019.

NICOLAU, Paulo Fernando M. Psiquiatria Geral. Disponível em: <http://www.psiquiatriageral.com.br/dsm4/sexual4.htm>. Acesso em 10 de julho de 2019.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da criança e do adolescente comentado. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MILANEZ, Cinthia. Maior operação contra pedofilia prende padre, fo-

tógrafo, analista de TI e outros 9. Jornal da Cidade, Bauru-SP, 11 de julho de 2019. Versão impressa.

PAGNAN, Rogério. Megaoperação de combate à pedofilia na internet prende 64 pessoas em SP. G1, São Paulo, 02 de setembro de 2016. Disponível em:
<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/09/1809540-mega-operacao- decombate-a-pedofilia-na-internet-prende-ao-menos--30-em-sp.shtml>. Acesso em: 10 de julho de 2019.
PORTAL BRASIL. Disque 100 recebe denúncias de abuso infantil. Disponível em:
<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2011/07/denuncia--de-abusoinfantilpode- ser-feita-ao-Disque-100>. Acesso em: 12 de julho de 2019.

ROHR, Altieres. Deep Web: o que é e como funciona. G1, 04 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/blog/seguranca-digital/post/deepweb- o-que-e-e-como-funciona-g1-explica.html>. Acesso em: 11 de julho de 2019.

SANDERSON, Christiane. Abuso Sexual em Crianças: Fortalecendo Pais e Professores Para Proteger Crianças De Abusos Sexuais. São Paulo: M. Books do Brasil, 2005.

Secretaria Especial de Direitos Humanos. Disque 100. Disponível em:
<http://www.sdh.gov.br/noticias/2016/maio/disque-100-recebe--quase-cinco- mildenuncias-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes-nos-primeiros- quatromeses-de-2016>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

SILVA, Lilian Ponchio e et al. Pedofilia e Abuso Sexual de Crianças e Adolescentes. São Paulo: Saraiva, 2014.

TRINDADE, Jorge; Aspectos psicológicos. In: ; BREIER, Ricardo. Pedofilia aspectos psicológicos e penais. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PENSÃO POR MORTE NO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA E AS IMPLICAÇÕES DA MEDIDA PROVISÓRIA 871/2019

JESSICA DINIZ DA SILVA
Acadêmica do curso de Direito da Faculdade de Direito de Bauru – Instituição Toledo de Ensino. Estagiária da Procuradoria Geral do Estado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO ---------- 333

II. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA ---------- 334

III. PENSÃO POR MORTE ---------- 335

IV. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO --- 338

V. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 871/2019 (LEI Nº 13.846, DE 18 DE JUNHO DE 2019) ---------- 340

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 344

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 345

PALAVRAS-CHAVE: Pensão por morte; Medida Provisória 871/2019; Regime Geral de Previdência.

INTRODUÇÃO

A pensão por morte é um benefício que surgiu no direito brasileiro através da promulgação de um Decreto Legislativo em 1923. O fato de os dependentes terem direito a uma pensão em caso de morte é uma evolução essencial no ordenamento jurídico. Aprofundar-se nos estudos desse benefício é de imensa importância, já que reflete em nossas vidas de forma direta. A importância da busca pelo conhecimento atinente a pensão por morte, se demonstra na garantia dos estudos, no caso do estudante universitário, e na garantia de subsistência, no caso dos demais dependentes, como o companheiro ou cônjuge sobrevivente. A pensão por morte é um benefício concedido aos dependentes do segurado, sendo pago, no caso de falecimento ou morte presumida. A sua natureza jurídica é de ser uma substituição da remuneração que o segurado recebia em vida e de possibilidade de acumulação com a aposentadoria. A Medida Provisória 871/2019 trouxe alterações relevantes a este benefício, em decorrência de sua importância, será analisada no presente artigo.

II. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA

O Regime Geral de Previdência é administrado pela Secretaria de Previdência do Ministério da Fazenda e executado pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), conforme a Lei nº 13.502, de 1º de novembro de 2017, em seu artigo 41, incisos X e XI, que instituiu a competência do Ministério da Fazenda para tratar de Previdência e Previdência Complementar. Além disso, o artigo 42 está relacionado aos órgãos que integram a estrutura básica do Ministério da Fazenda:

- Conselho Nacional de Previdência Complementar (XIII);
- Câmara de Recursos da Previdência Complementar (XIV) e o;
- Conselho Nacional de Previdência (XV).

No parágrafo único do art. 42 consta que: "O Conselho Nacional de Previdência estabelecerá as diretrizes gerais previdenciárias a serem seguidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS)".

O Regime Geral de Previdência é previsto pela Constituição Federal, no artigo 201: "A previdência será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória". Devido à obrigatoriedade das contribuições, o Regime Geral de Previdência é o que mais possui segurados. O objetivo principal do sistema previdenciário é cobrir as situações que deixam os beneficiários sem condições de prover a subsistência através da concessão de benefícios, exempli gratia, a pensão por morte. O artigo 201, da Constituição Federal, determina o alcance dos benefícios previdenciários:

- Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada;
- Proteção à maternidade, especialmente à gestante;
- Proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;
- Salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;
- Pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A competência para legislar sobre o Regime Geral de Previdência é privativa da União, tal hipótese encontra-se no artigo 22, inciso XXIII, da Constituição Federal. Vale ressaltar que, além do Regime Geral de Previdência, há a existência de outros dois regimes, o Regime de Previdência Complementar e o Regime Próprio.

III. PENSÃO POR MORTE

A pensão por morte no Regime Geral de Previdência sofreu mudanças significativas com a Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015, que alterou a Lei nº 8.213/91. A Lei nº 8.213/91, conhecida como Lei de Benefícios da Previdência Social disciplina a pensão por morte nos artigos 74 a 79.

Esse benefício é concedido aos dependentes, homens ou mulheres, do segurado, que faleceu, aposentado ou não. A pensão por morte é uma forma de substituição da remuneração que o segurado recebia em vida, em decorrência disso, esse benefício é de caráter substitutivo, com intuito de minimizar a perda daquele que era responsável pelo custeio das necessidades, no seio familiar, chamada de família previdenciária. Ainda, classifica-se a pensão por morte, quanto a sua origem, em comum ou acidentária. A comum decorre de causas que não estejam relacionadas a acidente de trabalho ou doença decorrente do labor.

A Constituição Federal no título VIII "Da Ordem Social", Capítulo II "Da Seguridade Social" e Seção III "Da Previdência Social", no artigo 201, inciso V, ao dispor sobre previdência social e sua organização, em seu grau de abrangência, situa-se o benefício previdenciário de pensão por morte: "V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º."

Atualmente, a Lei 13.135/2015 estabelece que será de 100% da aposentadoria que o segurado recebia em vida ou que iria receber se aposentado fosse. O adicional de 25% pago ao aposentado por invalidez não será acrescido ao valor do benefício. Aos dependentes habilitados será dividido o valor em partes iguais.

Define-se a pensão por morte como sendo um benefício pago aos dependentes do segurado, no caso de falecimento ou morte presumida, a sua natureza jurídica, é de ser uma substituição da remuneração que o segurado recebia em vida e de possibilidade de acumulação com aposentadoria. A pensão por morte só é devida aos beneficiários que efetivamente dependiam do segurado e, em decorrência de sua morte, necessitam do benefício para a manutenção e subsistência.

O inciso I, do artigo 201, esclarece que a previdência social deverá cobrir os eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada. Quando a Constituição Federal expõe que a previdência deve cobrir os eventos decorrentes de morte, é através da concessão do benefício de pensão por morte.

A pensão por morte é disciplinada na Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, conhecida como Lei de Benefícios da Previdência Social. O artigo 74 estabelece o início do direito à pensão por morte:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos

dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Na redação anterior à Lei 13.183/2015, que alterou as disposições envolvendo a pensão por morte, o caput do artigo 74 dispunha o seguinte: "A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida". No inciso I, do artigo 74, antes das alterações trazidas pela referida lei, a pensão por morte era devida a contar da data do óbito, quando requerida até trinta dias.

A redação anterior dada pela Medida Provisória n° 664, de 2014, ao parágrafo 1° do artigo 74, apresenta a vedação do direito à pensão por morte ao condenado pela prática de crime doloso de que tenha resultado a morte do segurado. Com o advento da Lei 13.183/15, o legislador trouxe ao dispositivo as seguintes alterações: "Perderá o direito à pensão por morte, após o trânsito em julgado, o condenado pela prática de crime de que tenha dolosamente resultado a morte do segurado".

Seguindo o mesmo comparativo, analisaremos a redação anterior dada pela Medida Provisória n° 664 de 2014, ao parágrafo 2° do dispositivo:

§ 2° O cônjuge, companheiro ou companheira não terá direito ao benefício da pensão por morte se o casamento ou o início da união estável tiver ocorrido há menos de dois anos da data do óbito do instituidor do benefício, salvo nos casos em que:

I - o óbito do segurado seja decorrente de acidente posterior ao casamento ou ao início da união estável; ou

II - o cônjuge, o companheiro ou a companheira for considerado incapaz e insuscetível de reabilitação para o exercício de atividade remunerada que lhe garanta subsistência, mediante exame médico-pericial a cargo do INSS, por doença ou acidente ocorrido após o casamento ou início da união estável e anterior ao óbito.

Com as alterações, há a vedação do direito à pensão para o cônjuge, companheiro ou companheira que simulou ou fraudou o casamento ou a união estável com o intuito exclusivo de receber o benefício previdenciário:

§ 2° Perde o direito à pensão por morte o cônjuge, o companheiro ou a companheira se comprovada, a qualquer tempo, simulação ou fraude no casamento ou na união estável, ou a formalização desses com o fim exclusivo de constituir benefício previdenciário, apuradas em processo judicial no qual será assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.

À luz do artigo 74, da Lei n° 8.213/91, exige-se que haja uma manifestação do interessado no prazo fixado em lei, após a ocorrência do evento morte, caso con-

trário, terá o benefício seu termo inicial na data que o requereu. As alterações trouxeram benefícios para aqueles que possuem um menor acesso às informações sobre seus direitos previdenciários. Se o beneficiário da pensão por morte requerer a prestação em até 90 dias, os dependentes terão direito as parcelas do benefício desde a morte do segurado, todavia, se o beneficiário for absolutamente incapaz, os prazos não são aplicáveis devido à sua condição. De acordo com o Código Civil, não há prescrição contra o absolutamente incapaz, ilustra-se tal preceito com o julgado do Tribunal Regional Federal:

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PAGAMENTO DE PARCELAS DESDE A DATA DO ÓBITO. Sendo a autora menor absolutamente incapaz na época do óbito, faz jus ao recebimento das parcelas relativas ao benefício de pensão por morte desde o óbito do de cujus.

Também, não corre prescrição contra os ausentes do país em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios e contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra.

Tratando-se da morte presumida decorrente de acidente, desastre ou catástrofe, a data do início poderá ser no dia em que ocorreu o evento ou do requerimento. Neste caso, não há necessidade de requerimento através do judiciário, como nos casos de ausência.

A definição do termo inicial da pensão por morte também está relacionada à legislação que era vigente na data do óbito do indivíduo:

a) Óbitos ocorridos até o dia 10.11.1997 (véspera da publicação da Lei nº 9.528, 97), conta-se da data:

- Do óbito.

Observando as seguintes regras: dependente capaz ou incapaz, deverá se atentar para a prescrição quinquenal de parcelas vencidas e devidas. Pagamento integral aos dependentes menores de 16 anos ou inválidos incapazes.

b) Óbitos ocorridos a partir da Lei nº 9.528/97 até 04.11.2015, conta-se da data:

- Do óbito, requerida até 30 dias;

- Do requerimento, após 30 dias;

O beneficiário menor de 16 anos poderá requerer até 30 dias após completar essa idade e contará da data do óbito do segurado, e para os inválidos capazes deverá ser aplicada a mesma regra dos maiores de 16 anos.

c) Óbitos ocorridos na vigência da Lei nº 13.183/2015:

- Do óbito, requerida até 90 dias;

- Do requerimento, até 90 dias;

O beneficiário menor de 16 anos poderá requerer o benefício em até 90 dias após completar essa idade, e, contará da data do óbito do segurado. Nos casos de morte presumida, na data da decisão judicial, nos casos de ausência ou em se tratando de morte presumida decorrente de acidente, desastre ou catástrofe, a data do início po-

derá ser no dia em que ocorreu a morte.

IV. REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO

São três os requisitos para a concessão da pensão por morte: óbito ou morte presumida, qualidade de segurado do INSS de quem faleceu e ser dependente do segurado, no caso do beneficiário.

Óbito ou morte presumida: A morte real ou a morte presumida é fato gerador da pensão por morte. Na morte presumida há duas hipóteses: o desaparecimento ou a ausência. A comprovação da morte real do segurado é através do atestado de óbito, no desaparecimento quando transcorrido o prazo de seis meses, e, na ausência, deverá ser declarada por decisão judicial.

Qualidade de segurado do INSS: A pensão por morte não será devida se na data do óbito houver sido perdida a qualidade de segurado, salvo se tiver preenchido os requisitos para aposentadoria ou reconhecida a sua incapacidade. Se o segurado tinha direito a benefício previdenciário por incapacidade temporária, sendo indeferido pelo INSS e reconhecido em juízo, os dependentes terão direito à pensão por morte. O segurado que já adquiriu o direito à aposentadoria mantém a sua qualidade de segurado, em decorrência do art. 102, da Lei de Benefícios da Previdência Social:

Art. 102. A perda da qualidade de segurado importa em caducidade dos direitos inerentes a essa qualidade.

§ 1º A perda da qualidade de segurado não prejudica o direito à aposentadoria para cuja concessão tenham sido preenchidos todos os requisitos, segundo a legislação em vigor à época em que estes requisitos foram atendidos.

§ 2º Não será concedida pensão por morte aos dependentes do segurado que falecer após a perda desta qualidade, nos termos do art. 15 desta Lei, salvo se preenchidos os requisitos para obtenção da aposentadoria na forma do parágrafo anterior.

A súmula 416 do STJ confirma esse entendimento: "É devida a pensão por morte aos dependentes do segurado que, apesar de ter perdido essa qualidade, preencheu os requisitos legais para a obtenção de aposentadoria até a data do seu óbito".

Ser dependente do segurado: Os dependentes estão classificados no art. 16 da Lei n. 8.213/1991, os beneficiários são aqueles que dependiam economicamente do segurado e necessitam do benefício para a própria subsistência.

Os sujeitos da relação jurídica previdenciária são os contribuintes e os beneficiários. Antes de ingressar na análise dos beneficiários é importante discutir a respeito de quem são os contribuintes do Regime Geral de Previdência.

Há a viabilidade de um sujeito ser beneficiário e contribuinte, hipótese relacionada ao empregado urbano e rural. Porém, existem casos de que os contribuintes não são beneficiários, como por exemplo, uma empresa.

O contribuinte é o responsável pela contribuição à previdência, enquanto que a empresa é responsável por recolher tal contribuição para o INSS. A Lei de Benefícios da Previdência Social classifica os beneficiários como segurados e dependentes, no caso da pensão por morte. Somente os dependentes são beneficiários em defluência do falecimento do segurado, segundo o art. 16 da Lei 8.213/91, são dependentes do segurado:

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

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

II - os pais;

III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave;

Por força do parágrafo primeiro do art. 16, os dependentes são organizados em classes e obedecem a uma ordem de preferência, pois a existência de dependentes de uma classe exclui os das demais. Comparado a outros regimes, o Regime Geral de Previdência é o mais claro, uma vez que enumera com exatidão aqueles que possuem o direito a qualquer benefício previdenciário.

Primeira classe: Cônjuge, companheira, companheiro, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Em decorrência do parágrafo segundo o enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho, desde que comprovem dependência econômica ou mediante declaração do segurado. Aqueles que são participantes da primeira classe usufruem de dependência econômica presumida, entretanto, existem entendimentos doutrinários em dois sentidos: o primeiro de que essa presunção é relativa, permitindo-se prova em contrário; e o outro, pela presunção ser absoluta, defendida pelos autores Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari.

Segunda classe: Pais.

Os pais só terão direito ao benefício mediante a comprovação de dependência econômica.

Terceira classe: Irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental ou deficiência grave.

Deverão comprovar a dependência econômica, sendo que a cessação do benefício dependerá da condição do dependente, como no caso de invalidez, que a pensão por morte se manterá somente enquanto a invalidez perdurar.

V. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 871/2019 (LEI Nº 13.846, DE 18 DE JUNHO DE 2019)

A medida provisória nº 871/2019 tem por finalidade principal combater as irregularidades em benefícios previdenciários, ou seja, diminuir as fraudes que ocorrem em benefícios de forma geral. Alterações significativas no benefício de pensão por morte devem ser analisadas. Preliminarmente, deve-se examinar o significado de Medida Provisória. A medida provisória é editada pelo Presidente da República detendo caráter de urgência, por consequência, produz efeitos imediatos, contudo, será apreciada posteriormente pelo Congresso Nacional. Dessa forma, muito embora produza efeitos a partir do momento de sua edição, ela necessita de aprovação posterior, para que se transforme em lei ordinária e de aspecto definitivo, sendo recusada, deixará de produzir efeitos.

Na redação antiga do art. 219 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, havia somente um parágrafo único:

Art. 219. A pensão poderá ser requerida a qualquer tempo, prescrevendo tão-somente as prestações exigíveis há mais de 5 (cinco) anos.

Parágrafo único. Concedida a pensão, qualquer prova posterior ou habilitação tardia que implique exclusão de beneficiário ou redução de pensão só produzirá efeitos a partir da data em que for oferecida.

Na nova redação incluiu alguns incisos e novas regras em relação a partir de qual momento é devido o benefício:

Art. 219. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta dias) após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;

II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso I do caput deste artigo; ou

III - da decisão judicial, na hipótese de morte presumida.

§ 1º A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente e a habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a partir da data da publicação da portaria de concessão da pensão ao dependente habilitado.

§ 2º Ajuizada a ação judicial para reconhecimento da condição de dependente, este poderá requerer a sua habilitação provisória ao benefício de pensão por morte, exclusivamente para fins de rateio dos valores com outros depen-

dentes, vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da respectiva ação, ressalvada a existência de decisão judicial em contrário.

§ 3º Nas ações em que for parte o ente público responsável pela concessão da pensão por morte, este poderá proceder de ofício à habilitação excepcional da referida pensão, apenas para efeitos de rateio, descontando-se os valores referentes a esta habilitação das demais cotas, vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da respectiva ação, ressalvada a existência de decisão judicial em contrário.

§ 4º Julgada improcedente a ação prevista no § 2º ou § 3º deste artigo, o valor retido será corrigido pelos índices legais de reajustamento e será pago de forma proporcional aos demais dependentes, de acordo com as suas cotas e o tempo de duração de seus benefícios.

§ 5º Em qualquer hipótese, fica assegurada ao órgão concessor da pensão por morte a cobrança dos valores indevidamente pagos em função de nova habilitação. (NR)

Há um conflito entre o Código Civil de 2002 e a nova redação dada ao art. 219, pois estabelece prescrição para os absolutamente incapazes, essa temática já fora discutida anteriormente no presente artigo. Contra os menores de 16 anos, considerados absolutamente incapaz à luz do Código Civil, não corre a prescrição. Isto decorre do fato de estes não possuírem capacidade postulatória. Além disso, para fins previdenciários, a interpretação dada ao dispositivo é que os menores de dezesseis anos são aqueles, de acordo com julgado do STJ, que não atingiram 18 (dezoito) anos de idade, nos termos do art. 5º do Código Civil. Em defluência das alterações ocasionadas pela Medida Provisória, passou-se a ocorrer prescrição para os menores de dezesseis anos.

Inclusão dos parágrafos 5º a 8º e alteração do inciso III do art. 222 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990:

Art. 222. (...)

III - a cessação da invalidez, em se tratando de beneficiário inválido, ou o afastamento da deficiência, em se tratando de beneficiário com deficiência, respeitados os períodos mínimos decorrentes da aplicação das alíneas a e b do inciso VII do caput deste artigo;

§ 5º Na hipótese de o servidor falecido estar, na data de seu falecimento, obrigado por determinação judicial a pagar alimentos temporários a ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, a pensão por morte será devida pelo prazo remanescente na data do óbito, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício.

§ 6º O beneficiário que não atender à convocação de que trata o § 1º deste artigo terá o benefício suspenso, observado o disposto nos incisos I e II do caput do art. 95 da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015.

§ 7º O exercício de atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor indivi-

dual, não impede a concessão ou manutenção da cota da pensão de dependente com deficiência intelectual ou mental ou com deficiência grave.

§ 8º No ato de requerimento de benefícios previdenciários, não será exigida apresentação de termo de curatela de titular ou de beneficiário com deficiência, observados os procedimentos a serem estabelecidos em regulamento. (NR)

Alterações na Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social:

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

§ 5º As provas de união estável e de dependência econômica exigem início de prova material contemporânea dos fatos, produzido em período não superior a 24 (vinte e quatro) meses anterior à data do óbito ou do recolhimento à prisão do segurado, não admitida a prova exclusivamente testemunhal, exceto na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no regulamento.

§ 6º Na hipótese da alínea c do inciso V do § 2º do art. 77 desta Lei, a par da exigência do § 5º deste artigo, deverá ser apresentado, ainda, início de prova material que comprove união estável por pelo menos 2 (dois) anos antes do óbito do segurado.

§ 7º Será excluído definitivamente da condição de dependente quem tiver sido condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis. (NR)

No art. 16, § 5º, transmutou no sentido de não se admitir prova exclusivamente testemunhal para a comprovação da união estável, foram estabelecidos critérios mais rígidos, como exigência de que as provas materiais constituídas não tenham lapso temporal superior a 24 meses. No art. 17, § 7º incluído pela Lei nº 13.846, de 2019 (medida provisória nº 871/2019), dispõe que não será admitida a inscrição post mortem do segurado contribuinte individual e de segurado facultativo.

A nova redação do art. 74 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, alterou os prazos, podendo ser requerido em até 180 dias, após óbito para filhos menores de 16 anos. Para os demais dependentes, o prazo será o que já foi estabelecido previamente pela redação anterior do texto de lei, ou seja, 90 dias. Nos casos de ajuizamento de reconhecimento de condição de dependente, poderá requerer sua habilitação provisória somente para fins de rateio, sendo vedado o recebimento antes do trânsito em julgado da ação. Caso haja improcedência da ação, o valor que fora retido será pago de forma proporcional aos demais dependentes, vejamos as alterações na íntegra:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos

dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida em até 180 (cento e oitenta) dias após o óbito, para os filhos menores de 16 (dezesseis) anos, ou em até 90 (noventa) dias após o óbito, para os demais dependentes;

§ 1º Perde o direito à pensão por morte o condenado criminalmente por sentença com trânsito em julgado, como autor, coautor ou partícipe de homicídio doloso, ou de tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis.

§ 2º (...)

§ 3º Ajuizada a ação judicial para reconhecimento da condição de dependente, este poderá requerer a sua habilitação provisória ao benefício de pensão por morte, exclusivamente para fins de rateio dos valores com outros dependentes, vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da respectiva ação, ressalvada a existência de decisão judicial em contrário.

§ 4º Nas ações em que o INSS for parte, este poderá proceder de ofício à habilitação excepcional da referida pensão, apenas para efeitos de rateio, descontando-se os valores referentes a esta habilitação das demais cotas, vedado o pagamento da respectiva cota até o trânsito em julgado da respectiva ação, ressalvada a existência de decisão judicial em contrário.

§ 5º Julgada improcedente a ação prevista no § 3º ou § 4º deste artigo, o valor retido será corrigido pelos índices legais de reajustamento e será pago de forma proporcional aos demais dependentes, de acordo com as suas cotas e o tempo de duração de seus benefícios.

§ 6º Em qualquer caso, fica assegurada ao INSS a cobrança dos valores indevidamente pagos em função de nova habilitação. (NR)

No art. 76, houve a inclusão do § 3º, estabelecendo que aquele que estava obrigado a prestar alimentos temporários ao dependente, a pensão por morte será devida pelo prazo remanescente na data do óbito:

Art. 76. A concessão da pensão por morte não será protelada pela falta de habilitação de outro possível dependente, e qualquer inscrição ou habilitação posterior que importe em exclusão ou inclusão de dependente só produzirá efeito a contar da data da inscrição ou habilitação.

§ 3º Na hipótese de o segurado falecido estar, na data de seu falecimento, obrigado por determinação judicial a pagar alimentos temporários a ex-cônjuge, ex-companheiro ou ex-companheira, a pensão por morte será devida pelo prazo remanescente na data do óbito, caso não incida outra hipótese de cancelamento anterior do benefício. (NR)

A Lei nº 13.846/19 trouxe alterações ao art. 77 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social:

Art. 77. A pensão por mor-

te, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais.

§ 2º O direito à percepção da cota individual cessará:

VI - pela perda do direito, na forma do § 1º do art. 74 desta Lei.

§ 7º Se houver fundados indícios de autoria, coautoria ou participação de dependente, ressalvados os absolutamente incapazes e os inimputáveis, em homicídio, ou em tentativa desse crime, cometido contra a pessoa do segurado, será possível a suspensão provisória de sua parte no benefício de pensão por morte, mediante processo administrativo próprio, respeitados a ampla defesa e o contraditório, e serão devidas, em caso de absolvição, todas as parcelas corrigidas desde a data da suspensão, bem como a reativação imediata do benefício. (NR)

A inclusão do § 8º ao art. 80 da Lei de Planos de Benefícios da Previdência Social instituiu regras para o segurado recluso (o segurado recluso é aquele que teve sua liberdade privada, tendo em vista a prática de crime) que tenha contribuído para a previdência durante o período de reclusão:

Art. 80. (...)

§ 8º Em caso de morte de segurado recluso que tenha contribuído para a previdência social durante o período de reclusão, o valor da pensão por morte será calculado levando-se em consideração o tempo de contribuição adicional e os correspondentes salários de contribuição, facultada a opção pelo valor do auxílio-reclusão. (NR)

A Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, trouxe alterações relevantes ao art. 110, que em sua redação anterior, detinha somente o parágrafo único, fora incluído o § 3º, estabelecendo regras acerca do condenado por crime com sentença transitado em julgado, como autor, coautor ou partícipe ou fraude no casamento ou na união estável, ou formalização desses para fins exclusivos de percepção de benefício previdenciário, que além de perder o benefício de pensão por morte, não poderá representar outro dependente para fins de recebimento e percepção do benefício.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pensão por morte é um benefício essencial no arcabouço jurídico, uma autêntica proteção aos dependentes do segurado. Tanto os tribunais quanto as leis, guardam consigo o papel de construir e acompanhar as evoluções do Direito Previdenciário, concedendo de forma justa o benefício de pensão por morte, e ainda, possibilitando uma nova oportunidade de preencher as lacunas existentes na legislação previdenciária. Conclui-se, portanto, que a medida provisória, convertida como Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, acarretou mudanças e exigências mais criteriosas, pois tem como objetivo diminuir as fraudes contra a

previdência, instituindo programas especiais para a análise de benefícios com indícios de irregularidades, como também o programa de revisão de benefícios por incapacidade e o bônus de desempenho institucional por análise de benefícios com indícios de irregularidade do monitoramento operacional de benefícios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. 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 em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Medida provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm. Acesso em: 09 fev. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em: 27 jun. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. Manual de Direito Previdenciário. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de Direito da Seguridade Social. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KERTZMAN, Ivan. Curso prático de Direito Previdenciário. 11. ed. São Paulo: Juspodivm, 2014.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social: Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E AS CIÊNCIAS DA REABILITAÇÃO: O RECONHECIMENTO DAS PESSOAS COM ANOMALIAS CRANIOFACIAIS COMO PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

EDUARDO TELLES DE LIMA RALA
Advogado. Especialista de Governo – Procurador Jurídico da Fundação de Previdência dos Servidores Públicos Municipais Efetivos de Bauru (Funprev Bauru). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Centro Universitário mantido pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil (ITE), Direito do Estado (UNIDERP/Anhanguera/LFG) e Jurisdição Constitucional (Università di Pisa). Mestre em Direito pelo Núcleo de Pós-graduação da ITE. Doutorando em Ciências da Reabilitação pelo Programa de Pós-graduação do Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais da Universidade de São Paulo (HRAC-USP). Professor na Faculdade de Direito da Alta Paulista em Tupã (FADAP) e no Curso de Direito da Faculdade Anhanguera de Bauru. Presidente da Comissão de Bioética e Biodireito da 21.ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil em Bauru, S.P. Email: eduardorala@usp.br.

JENIFFER DE CÁSSIA RILLO DUTKA
Professora Livre Docente do Departamento de Fonoaudiologia da Faculdade de Odontologia de Bauru da Universidade de São Paulo (FOB-USP). Professora Orientadora do Programa de Pós-Graduação do Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais da Universidade de São Paulo (HRAC-USP). Fonoaudióloga formada pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Mestre em Communication Processes And Disorders e Doutora em Communication Sciences and Disorders pela University of Florida. Email: jdutka@usp.br.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 347

II. DESENVOLVIMENTO ---------- 348

CONCLUSÃO ---------- 350

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 352

I. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa demonstrar a relação entre o direito e a ciência da reabilitação para a qualidade de vida das pessoas com anomalias craniofaciais durante o processo de reabilitação.

Em uma forma de anomalia craniofacial, a fissura lábio palatina, Freitas et al (2011) afirmou que pode haver impactos importantes para a integração do indivíduo na sociedade, e, portanto, a reabilitação tem por objetivo não somente esta integração, como também prover inclusão social integral.

Observe-se que no último censo da população brasileira o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (Brasil 2011) apontou que 45,6 milhões de brasileiros se declararam portadores de alguma deficiência, o que equivalia a 23,9% da população brasileira. Seguindo a proporção proposta por Garib et al (2010), tem-se aproximadamente 317.200 pessoas com fissura lábio palatina, passíveis de serem classificadas como pessoas com deficiência.

Somente em Bauru, pelo Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais da Universidade de São Paulo (HRAC-USP) foram realizados 362.310 atendimentos ambulatoriais, com mais de 79.000 pacientes registrados (Freitas et al 2011).

Com a Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência) a pessoa com deficiência passou a ser caracterizada como aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas (BRASIL 2015, art. 2.º).

O conceito é aberto, possibilitando a análise, a partir das características de cada impedimento (físico, mental, intelectual ou sensorial), para possibilitar o reconhecimento de direitos das pessoas com anomalias craniofaciais como pessoa com deficiência (confirmando os achados de CAMPOS 2011, p. 57).

Objetiva-se demonstrar a relação entre o direito e as ciências da reabilitação de pessoas com anomalias craniofaciais e a relação destas com a qualidade de vida das pessoas com anomalias craniofaciais.

II. DESENVOLVIMENTO

O HRAC USP foi criado em 1962 a partir da necessidade de atendimento de pessoas que apresentavam fissuras lábio palatinas na região da cidade de Bauru, Estado de São Paulo (HRAC). Detectou-se que a incidência dessa anomalia craniofacial chegaria a 1 criança em cada 650 crianças nascidas vivas, cuja incidência epidemiológica ainda é considerada até os dias atuais (Nagem et al, 1968; Garib et al 2010). O HRAC USP foi estruturado observando-se a pesquisa e a reabilitação como objetivos, sendo reconhecido pela Organização Mundial da Saúde como centro de referência mundial no tratamento e reabilitação de pessoas com anomalias craniofaciais. Durante sua existência, o HRAC USP conta com a participação interdisciplinar de várias profissões da área da saúde para a redução do impacto da reabilitação da pessoa com anomalia craniofacial, entre as principais: medicina (dentre as principais especialidades: cirurgia plástica, otorrinolaringologia, pediatria e cirurgia geral), odontologia (dentre as principais especialidades: ortodontia e cirurgia buco maxilar), fonoaudiologia, psicologia e serviço social.

Em 1998 (HRAC) foi instituído um programa de pós-graduação stricto sensu objetivando o aprofundamento da interdisciplinaridade entre as ciências atuantes no processo de reabilitação, principalmente das fissuras lábio palatinas. Tendo a interdisciplinaridade como um dos objetivos desse programa, foram admitidos estudantes e pesquisadores de outras áreas do conhecimento que não aquelas atuantes diretamente na reabilitação, visando sempre à redução da sobrecarga do tratamento no processo de reabilitação.

O Direito como ciência vinculada exclusivamente às ciências sociais aplicadas é coadjuvante no entendimento deste processo de reabilitação a partir do ponto de vista das políticas públicas voltadas ao processo de reabilitação e seu tratamento, como também oferece subsídios legais para que a pessoa com anomalia craniofacial possa estabelecer sua relação com a sociedade. A ciência da reabilitação das pessoas com anomalias craniofaciais, portanto, é destinada ao estudo da etiologia, epidemiologia e da reabilitação dessas anomalias, visando o inter-relacionamento entre as diversas ciências atuantes no processo de reabilitação com a redução da sobrecarga do tratamento no processo de reabilitação.

Como resultado dessa interação, houve a produção de alguns trabalhos científicos na área do direito direcionados a ampliação da discussão em torno de pontos sensíveis entre a ciência da reabilitação da pessoa com anomalia craniofacial e o a ciência do direito. Foram publicados alguns trabalhos teóricos e também alguns trabalhos exploratórios, que resultaram em proposições de melhorias no processo de reabilitação. Um pri-

meiro trabalho foi desenvolvido por Campos (2006) com a observação da necessidade de reconhecimento da pessoa com fissura lábio palatina como pessoa com deficiência a partir dos preceitos da Constituição Federal (BRASIL 1988). Esse trabalho objetivou indicar a necessidade de inclusão das pessoas com fissuras lábio palatinas em políticas nacionais de integração às pessoas com deficiências (Berbert-Campos 2007).

Analisando uma amostra de 519 indivíduos, Campos (2011) observou em outra quadra que os indivíduos com fissura labiopalatina não estavam sendo devidamente contemplados com a reserva de cotas no mercado de trabalho destinado às pessoas com deficiência, pois somente 37 indivíduos foram inseridos nesse mercado através da garantia legal de cotas. Entretanto, observou-se que o HRAC USP tem contribuído com ações que visam conscientizar setores públicos e privados a respeito do reconhecimento da fissura lábio palatina como sendo um tipo de deficiência.

Com o apoio do Serviço Social do HRAC USP os pesquisadores na área do Direito puderam estudar critérios para o enquadramento das pessoas com anomalias craniofaciais como pessoas com deficiência para que eles possam usufruir de direitos garantidos pela Constituição Federal do Brasil. A partir de dados obtidos com entrevistas com os usuários do HRAC USP, a partir de critérios socioeconômicos próprios (GRACIANO et al 2015), identificaram-se suas necessidades básicas e como satisfazê-las, a partir de orientações e estudos em conjunto com os pesquisadores das ciências jurídicas. Um estudo desenvolvido no HRAC-USP demonstrou que, num universo de 250 (duzentos e cinquenta) indivíduos, 74% deles encontraram alguma dificuldade social em fases anteriores a entrada no mercado de trabalho (infância e adolescência), embora somente 24% se consideraram como pessoa com deficiência (GRACIANO et al 2012, p. 83). Dentre estes indivíduos, importante destacar que "52% demonstraram acreditar que a fissura é uma deficiência pelo fato de ser uma malformação (congênita)," e, ainda, "26% destacaram considerar a fissura como deficiência devido ao preconceito que as pessoas acometidas [pela malformação congênita] por ela sofrem." Ainda, o estudo apresentou que algumas pessoas no grupo estudado (13%, equivalente a aproximadamente 33 pessoas) "sentem limitações devido à existência da fissura labiopalatina e, por isso, consideraram-se pessoas com deficiência." Ademais, "3% dos pesquisados relataram que se consideram pessoas com deficiência devido às dificuldades na hora de sua inserção no mercado de trabalho" (GRACIANO et al, 2012, p. 87).

Outro estudo demonstrou a dificuldade para a conscientização em direitos, ou mesmo o reconhecimento social da pessoa com deficiência em geral, e, mais especificamente, das pessoas com anomalias craniofaciais (PASQUALIN 2006, p. 3). Constata-se então que,

dentre as pessoas com anomalias craniofaciais em reabilitação em centros especializados, ainda há um número expressivo delas que entendem possuir alguma barreira socioambiental. A partir desta análise, é possível inferir que a interface entre a anomalia craniofacial e a consideração a respeito dos direitos desses indivíduos como pessoa com deficiência, denotaria mudanças principalmente nas políticas públicas destinadas a reabilitação e ao seu acolhimento perante a sociedade. Podendo ainda resultar em alterações na própria dinâmica de abordagem a respeito da condição de deficiente junto ao reabilitando e sua família, possibilitando uma busca pela educação em direito no âmbito da própria equipe multidisciplinar.

Rala e Campos (2017) indicaram que as pessoas com deficiência possuem garantidos pela Constituição (BRASIL, 1988) alguns direitos que devem ser estendidos às pessoas com anomalias craniofaciais tais como o direito à igualdade de tratamento e às políticas públicas voltadas a prevenção e atendimento especializado, como também sua integração social, com a facilitação de acesso aos bens e serviços coletivos, eliminação de barreiras e de todas as formas de discriminação.

CONCLUSÃO

Há necessidade de estudos contínuos das políticas públicas e das normas existentes, com a busca por instrumentos normativos para a efetivação dos direitos fundamentais daquelas pessoas que, apesar das anomalias craniofaciais, não são considerados como pessoas com deficiência nas acepções legais atuais, não podendo, assim, beneficiarem-se de determinados direitos previstos ou garantidos pela lei. Assim, surge o interesse pela formação interdisciplinar em Ciências da Reabilitação com enfoque na área do Direito. Neste sentido a proposta deste artigo foi a de demonstrar o enquadramento da pessoa com anomalias craniofaciais como pessoa com deficiência, colaborando também na produção de textos para orientação dos pacientes usuários dos diversos centros craniofaciais do país. Busca-se também o estabelecimento de teses jurídicas que possibilitem a efetiva aplicação da legislação às pessoas com anomalias craniofaciais, enquadrando-os e beneficiando-os com os mesmos direitos que aqueles que são automaticamente reconhecidos como pessoa com deficiência. O estudo desse tema situa-se em uma inter-relação entre as Ciências da Reabilitação das Pessoas com Anomalias Craniofaciais e o Direito, na medida em que a necessidade de um estudo das normas existentes e da busca por instrumentos normativos para a efetivação dos direitos constitucionais fundamentais daqueles indivíduos com anomalia craniofacial que não são considerados como pessoas com deficiência nas acepções legais atuais, tendo barreiras que limitam

ou impedem sua participação social bem como entraves para o gozo, fruição e ou exercício de seus direitos à acessibilidade, à liberdade de movimento e de expressão, à comunicação, ao acesso à informação, à compreensão, à circulação com segurança, etc.

A análise técnica das políticas públicas previstas na Constituição (Brasil, 1988) por cientistas do Direito ou por estudiosos dessa área em conjunto com os estudos pelas demais ciências que atuam no processo de reabilitação da pessoa com anomalia craniofacial, visam melhorar, ainda mais, a qualidade de vida dessas pessoas, com a redução do impacto desse processo de reabilitação, fornecendo a eles elementos para justificarem-se e buscarem a efetivação de seus direitos, não só à saúde e à reabilitação, mas também de efetiva inclusão social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Assembléia Nacional Constituinte, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção I, p. 1.

BRASIL. Lei n.º 13.146, de 06 de julho de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 jul. 2015. Seção I, p. 2.

BRASIL. Sinopse do Censo Demográfico 2010. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Rio de Janeiro, 2011.

BERBERT-CAMPOS, C. Legal Considerations in the management of cleft lip and palate. Cleft Palate Craniofac J. 2007 Mar;44(2):223-5.

CAMPOS, CB. A tutela constitucional das pessoas portadoras de fissura labiopalatal. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado) – Instituição Toledo de Ensino – Centro de Pós-graduação, Bauru, 2006.

CAMPOS, CB. A efetividade jurídica das normas de inclusão das pessoas com fissura labiopalatina no mercado de trabalho. 2011. 214p. Tese (Doutorado em Ciências da Reabilitação – Área de concentração: Fisussuras Orofaciais e Anomalias Relacionadas) – Hospital de Reabilitação de Anomalias Craniofaciais, Universidade de São Paulo, Bauru, 2011.

Freitas JAS, Neves LT, Almeida ALPF, Garib DG, Trindade-Suedam IK, Yaedú RYF, Lauris RCMC, Soares S, Oliveira TM, Pinto JHN. Rehabilitative treatment of cleft lip and palate: experience of the Hospital for Rehabilitation of Craniofacial Anomalies/USP (HRAC/USP) – part 1: overall aspects. J Appl Oral Sci. 2012;20(1):9-15.

Garib DG, Silva Filho OG, Janson GRP, Pinto JHN. Etiologia das más oclusões: perspectiva clínica (parte III): fissuras labiopalatinas. Rev Clín Ortodon Dental Press. 2010; 9(4):30-6.

GRACIANO, MIG, BENEVIDES, ES, SPÓSITO, C. O acesso a direitos das pessoas com fissura labiopalatina: as repercussões do laudo de deficiência. Arq Ciênc Saúde, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 82-90, Jul./Set. 2012.

GRACIANO, MIG, SOUZA, EG, ROSA, JÁ, BLATTNER, SHB. Validação de um conteúdo de um instrumento de avaliação socioeconômica no âmbito do serviço social. Rev Inst Pesq Est (RIPE) Bauru, v. 19, n. 36, p. 29-57, Jul./Dez. 2015.

Nagem Filho H, Moraes N, Rocha RGF. Contribuição para o estudo da prevalência das malformações congênitas labiopalatinas na população escolar de Bauru. Rev Fac Odonto São Paulo 1968; 7:11-28.

PASQUALIN, L. O Médico, a Criança com Deficiência e sua Família: o encontro das deficiências. 1998. 260 p. Tese (Doutorado em Pediatria) - Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 1998.

RALA, ETL, CAMPOS, CB. Pessoa com fissura labiopalatina e seu reconhecimento como pessoa com deficiência: uma análise dob a perspectiva dos direitos humanos no plano global e no âmbito interno do Brasil. Conpedi Law Review 2017 Jul./Dez.; vol. 3, n. 2:219-239. Disponível em <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3705/pdf>.

SITE HOSPITAL DE REABILITAÇÃO DE ANOMALIAS CRANIOFACIAIS (HRAC). História. Disponível em <http://hrac.usp.br/institucional/historia/>

RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DAS EMPRESAS INTEGRANTES DE CADEIAS PRODUTIVAS DIANTE DO TRABALHO ESCRAVO

NATÁLIA MARQUES ABRAMIDES
A autora é advogada e professora universitária, graduada pela Faculdade de Direito de Bauru da Instituição Toledo de Ensino (ITE) e Mestre em Direito e Desenvolvimento, com foco em Direito do Trabalho, pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP). Atualmente, preside a Comissão de Direito Empresarial da 21ª Subseção Bauru, da OAB/SP.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 355

II. CADEIA PRODUTIVA E TERCEIRIZAÇÃO ---------- 356

III. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO ---------- 357

IV. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DOS INTEGRANTES DA CADEIA PRODUTIVA ---------- 360

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 362

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 363

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade trabalhista. Trabalho escravo. Cadeia produtiva. Direitos humanos. Empresa.

I. INTRODUÇÃO

O trabalho escravo foi oficialmente abolido do Brasil em 13 de maio de 1888, com a promulgação da Lei Áurea (Lei Imperial 3.353/1888), encerrando um longo período de regime escravocrata no país, compreendido entre meados do século XVI e meados do século XIX. Tal regime inicialmente se utilizava do trabalho dos povos indígenas, e, a partir do século XVII, intensificou-se com a vinda de escravos do continente africano, que passaram a ser dominantes.

Todavia, em que pese a promulgação da referida lei há mais de um século, a persistência da exploração do trabalho escravo em determinados setores continua a representar um desafio, na medida em que a aplicação da legislação pertinente, embora reconhecida internacionalmente, encontra barreiras de ordem cultural, social e econômica, que impedem sua efetividade.

Um dos aspectos que representou durante longo período um óbice ao combate ao trabalho escravo foi a inexistência de definição clara acerca de seu conceito, o que, por consequência, impedia a identificação precisa do trabalho realizado em mera desconformidade com as normas trabalhistas daquele passível de ser considerado como escravo ou análogo.

Sem prejuízo das Convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) ratificadas sobre o assunto, a partir de meados da década de 1990 o governo brasileiro passou a dar maior visibilidade à questão, e, no ano de 2003, o Código Penal sofreu alteração, passando a prever em seu art. 149 as situações enquadradas como condição análoga a de escravo, bem como a definir com maior clareza o tema. Sem prejuízo, a discussão permanece e encontra resistência naqueles que, ainda hoje, beneficiam-se da exploração da mão-de-obra escrava, encontrada não mais apenas no meio rural, mas também urbano.

Em 2011, a questão ganhou ainda mais destaque, a partir do resgate de trabalhadores em condição análoga a de escravo vinculados à cadeia produtiva da indústria têxtil, explorados por fornecedores de marcas varejistas reconhecidas no mercado por seus consumidores como de alto padrão . Nota-se, a partir de tais casos, que o trabalho em tais condições não apenas deslocou-se do campo para a cidade, mas também passou a atingir um novo grupo social, qual seja, dos trabalhadores imigrantes em condição de vulnerabilidade.

Nesse contexto, em que a produção de bens ocorre por meio cadeias cada vez mais longas e com segmentos cada vez mais especializados, apresenta-se como novo desafio à repressão do trabalho escravo nos dias atuais a questão da responsabilidade dos integrantes da cadeia produtiva, bem como a determinação de quais fatores devem ser levados em consideração para a sua definição.

II. CADEIA PRODUTIVA E TERCEIRIZAÇÃO

A segmentação produtiva é realidade em diversos setores da economia, seja diante da necessidade de especialização na fabricação de produtos ou prestação de serviços que integrarão o produto final destinado ao consumidor, seja em razão do anseio de maximização dos lucros, a partir da redução dos custos com mão-de-obra e encargos trabalhistas, fiscais e previdenciários.

Nessa lógica, a terceirização se apresenta como solução aos alegados entraves criados pela legislação trabalhista ao desenvolvimento econômico, com o surgimento de longas cadeias produtivas nas quais, em grande parte, o trabalhador que efetivamente produz ou presta serviços se encontra na ponta mais frágil e invisível da cadeia, em oposição à marca visível ao mercado consumidor, com grande prestígio e aparente situação de compliance em relação às normas trabalhistas e empresariais.

Em 2017, a Lei 13.429 passou a permitir a contratação de empregados terceirizados para a execução de atividades-fim, em contrariedade ao entendimento jurisprudencial consagrado pela Súmula 331, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), segundo o qual a terceirização somente seria permitida nos casos de serviços de vigilância e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador. O art. 4º-A e respectivos parágrafos da Lei 13.429/2017 estabelecem que o contrato de prestação de serviços pode ter como objeto qualquer atividade, inclusive a principal, não se configurando vínculo empregatício entre a empresa contratante e os trabalhadores ou sócios da empresa prestadora de serviços, qualquer que seja o seu ramo.

Mais recentemente, em agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 324) e julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 958252, pela possibilidade ampla de terceirização da atividade-fim em todas as etapas da cadeia produtiva, com aprovação da seguinte tese de repercussão geral: "É licita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante".

De um lado, não há que se falar no afastamento do entendimento trazido da Súmula 331, tendo em vista a ratificação quanto à aplicação da responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, bem como diante da possibilidade de reconhecimento de vínculo empregatício no caso concreto em que se revelem presentes os requisitos do art. 3º, da CLT, mesmo em se tratando de situações em que a lei estabeleça presunção de sua

inexistência, em observância ao princípio da primazia da realidade. Assim, em que pese a terceirização da atividade-fim tenha se tornado lícita, apenas estabelece a presunção da existência de um contrato válido de prestação de serviços, a despeito da possibilidade de prova em sentido contrário se, de fato, configurada a relação de emprego no caso concreto.

Todavia, de outro lado, o permissivo legal para a prática da terceirização de forma ampla e irrestrita representa, senão o estímulo, ao menos a legitimação da adoção de estruturas produtivas que mascaram a utilização de mão-de-obra escrava, sem o estabelecimento de qualquer contrapartida ou proteção efetiva ao trabalhador, que se submete a tomadores de serviços despidos de qualquer capacidade econômica ou estrutura adequada para fazer frente às obrigações sociais previstas na legislação pátria.

III. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

A liberdade, como valor fundamental e inerente à dignidade da pessoa humana e, por consequência, o trabalho livre, são recentes na História. No âmbito mundial, a liberdade por si só passou a ser consagrada a partir das Revoluções Liberais, no século XVIII, por meio dos documentos por ela produzidos, tais como a Declaração de Virgínia (1776) e a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789) (FIGUEIRA, 2018).

Na seara do trabalho, a liberdade – em oposição ao trabalho escravo em sua acepção clássica (retenção de liberdade e violência física) – coincide com a própria ascensão da classe operária, a partir da Revolução Industrial, tendo em vista a necessidade da criação de uma classe consumidora e, portanto, assalariada, capaz de manter a demanda por produtos industrializados oferecidas pelo novo modelo. No Brasil, a abolição da escravidão ocorreu paulatinamente: em 1830, o país assinou um tratado internacional com a Inglaterra, vedando o tráfico negreiro; em 1850, a Lei Eusébio de Queirós proibiu a entrada de escravos africanos; em 1871, a Lei do Ventre Livre tornou livres os filhos nascidos de pais escravos; 1885, a Lei dos Sexagenários concedeu a liberdade aos escravos com 60 anos ou mais e, em 1888, a Lei Áurea (Lei Imperial n.º 3.353) decretou a extinção da escravidão no Brasil (BAKAJ, 1988).

Todavia, a presença do trabalho em condições análogas a de escravo persiste desde então na sociedade brasileira. GOMES e GUIMARÃES (2018) apontam as Convenções sobre o trabalho forçado (n. 29, de 1930) e sobre a abolição do trabalho forçado (n. 105, de 1957), ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) como fontes definidoras da con-

cepção de trabalho escravo contemporâneo, e indicam como característica a utilização de formas sub-reptícias de cerceamento de liberdade, independentemente da utilização de violência e constrangimento físicos.

De acordo com o art. 1º da Convenção 29, da OIT (ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 41.721/1957), trabalho forçado ou obrigatório corresponde a todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade, excluídas as situações expressamente elencadas pelo art. 2º. Tais definições foram utilizadas até 2003, a fim de suprir a lacuna deixada até então pela vaga definição do Código Penal na tipificação do crime de redução a condição análoga à de escravo. A partir da Lei nº 10.803, de 11.12.2003, todavia, a alteração na redação do artigo em comento detalhou as condutas que se inserem no tipo penal, a saber: submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva; sujeição a condições degradantes de trabalho; restrição, por qualquer meio, da locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto; cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; vigilância ostensiva no local de trabalho ou retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Assim, a partir de tais condutas estabelecidas pelo Direito Penal, foi possível traçar uma definição mais precisa acerca do que se entende por trabalho escravo contemporâneo ou análogo. Não obstante, conforme bem esclarece MUÇOUÇAH (2017), o ideal seria a adoção de um conceito justrabalhista mais flexível do que aquele adotado pelo Direito Penal, sempre mais restritivo diante do princípio da tipicidade estrita, a fim de propiciar uma resposta mais efetiva à sociedade e, sobretudo, aos envolvidos, ao menos na área trabalhista.

Sem prejuízo da evolução que mudança legislativa trouxe ao tema, a exploração do trabalho escravo contemporâneo ou em condições análogas permanece na sociedade atual, em contrariedade aos fundamentos, objetivos e princípios constitucionais da liberdade e do trabalho, com destaque para a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III); os valores sociais do trabalho (art. 1º, IV); a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III); a liberdade e igualdade (art. 5º, caput); a garantia de que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); a liberdade de locomoção (art. 5º, XV); além de todo o rol de garantias fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais insculpida no art. 7º e incisos, todo da Constituição Federal.

Ainda, a Lei Maior prevê, em seu art. 243, que as propriedades rurais e urbanas onde houver exploração de trabalho escravo, na forma da lei, serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a

programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, além de que todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência de tal exploração será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. Nota-se, portanto, que a proteção contra a exploração do trabalho escravo encontra amparo na própria Constituição Federal, sendo de suma relevância a adoção de medidas eficazes para a sua erradicação e a promoção do trabalho decente, uma vez que o trabalho humano não pode ser considerado como mera mercadoria.

Sobre o tema, convém destacar que abrange um amplo espectro de situações, dentre as quais a eliminação do trabalho forçado. Ensina AZEVEDO NETO (2015) que o primeiro pressuposto do trabalho decente é a liberdade, representando o seu desrespeito verdadeira violação dos direitos humanos, o que exige uma ação de toda a sociedade para o seu combate. Para FONSECA (2009), trata-se de um problema oculto de nossos tempos, a despeito da ideia recorrente de se tratar o trabalho escravo de um fato do passado.

Ainda, conforme pontua BRITO FILHO (2018), o trabalho decente deve ser analisado sob a ótica dos direitos humanos e, como tal, comporta tríplice dimensão: o reconhecimento no ordenamento jurídico, a existência de um sistema de garantias que assegurem a proteção e a tutela dos direitos. Em relação à primeira dimensão, verifica-se que o combate ao trabalho escravo é reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive contando com previsão expressa na Constituição Federal; quanto à segunda dimensão, o ordenamento prevê também um sistema de garantias e instrumentos, tais como a possibilidade de expropriação das terras onde se localize a exploração do trabalho escravo, a divulgação da "Lista Suja" (instituída por meio de portaria interministerial, cuja relação é atualizada pelo Ministério da Economia – Secretaria de Trabalho, contendo o cadastro de empregadores que submeteram trabalhadores a condições análogas às de trabalho escravo) e também a responsabilização penal do infrator.

Todavia, o sistema de garantias apresentadas pelo ordenamento carece de maior efetividade, sobretudo no que diz respeito à responsabilização trabalhista dos integrantes da cadeia produtiva em que existe a exploração de trabalhadores em condições análogas a de escravo, colocando em xeque, por consequência, a tutela de seus direitos (terceira dimensão). Isso porque a segmentação da produção isenta os atores com maior capacidade socioeconômica do cumprimento das obrigações trabalhistas, ao terceirizar de maneira sucessiva a produção a tomadores de serviços sem qualquer condições de suportar os encargos impostos pela legislação e a observância das normas atinentes ao trabalho decente, afetando de maneira direta a tutela dos direitos trabalhistas.

A definição da responsabilização dos integrantes da cadeia produtiva no caso de trabalho escravo é elemento fundamental nesse contexto, já que, conforme sintetiza DELGADO (2012, p. 82), "a conquista e a afirmação da dignidade da pessoa humana não podem mais se restringir a sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social".

IV. RESPONSABILIDADE TRABALHISTA DOS INTEGRANTES DA CADEIA PRODUTIVA

O tema da responsabilidade encontra raízes no Direito Civil, e constitui elemento integrante do direito obrigacional. Conforme pontua RODRIGUES (2002), a responsabilidade corresponde à prerrogativa conferida ao credor de exigir do devedor a satisfação de seu crédito, por meio da execução do patrimônio deste, quando da inadimplência da obrigação pactuada entre as partes. Ainda, conforme GONÇALVES (2016), corresponde à ideia de resposta, contraprestação, e tem por finalidade restaurar o equilíbrio, com a reparação do dano, restabelecendo-se integralmente o statu quo ante.

Em relação à responsabilidade por verbas trabalhistas, DELGADO (2012) assegura que esta decorre da posição assumida pelo empregador na relação jurídica de emprego, e segue a conduta geral prevalente nos demais campos do Direito, de maneira que o empregador é o principal e imediato responsável pelas obrigações resultantes de tal relação.

A questão no presente caso diz respeito a responsabilidade por ato de terceiro, na medida em que se discute a responsabilidade do tomador em uma cadeia produtiva diante da inobservâncias das normas trabalhistas pelo efetivo empregador.

Em nosso ordenamento, verifica-se que a responsabilidade subjetiva constitui regra, com previsão no art. 186, Código Civil, e corresponde àquela em que se faz necessária a prova de culpa do causador do dano para sua caracterização; por sua vez, a responsabilidade objetiva é excepcional e independe de culpa, bastando a presença do dano e do nexo causal, sendo decorrente de expressa previsão legal ou do fato de a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, conforme dispõe o parágrafo único do art. 927, Código Civil. Ainda, a responsabilidade pode ser classificada levando-se em conta a natureza solidária ou subsidiária da obrigação; no ordenamento pátrio, a responsabilidade do tomador de serviços é de natureza subsidiária, via de regra, conforme já apontado.

No caso de constatação de trabalho escravo em determinada etapa de cadeia produtiva, o toma-

dor de serviço responderia apenas de forma subsidiária, e, ainda assim, devendo restar comprovado não se tratar de tomador meramente eventual ou remoto. Além disso, situações diversas podem se revelar na prática, tais como o fornecimento de produtos a tomadores diversos, sem prevalência econômica de quaisquer deles, o que dificulta ainda mais a definição da posição jurídica e responsabilização de cada um.

Nota-se, assim, que tal contexto se revela insuficiente para coibir a prática da exploração de trabalho escravo em cadeias produtivas, pois acaba por eximir o tomador remoto de responsabilização, ainda que mais capaz social e economicamente, enquanto, de outro lado, contribui-se para a geração de miséria e condições degradantes de trabalho.

Diante de tal situação, algumas decisões judiciais passaram a adotar critérios que permitissem a responsabilização do tomador de forma direta, como foi o caso da empresa Zara, já mencionado, cuja decisão da 4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em 2017, foi no sentido de responsabilizá-la pela inobservância das condições de trabalho encontradas nas oficinas de costuras contratadas por suas terceirizadas. Ainda, foram invocados o princípio da ajenidad e a teoria da cegueira deliberada: de acordo com o primeiro, tem-se como regra a formação do vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços, o que foi aplicado no caso dos autos, tendo em vista a total ingerência da empresa na cadeia produtiva, apurada no caso concreto; já a mencionada teoria trata da situação em que a tomadora de serviços "finge" desconhecer qualquer ilegalidade em seu processo produtivo, pois é conveniente que assim o faça, visando à obtenção de vantagens a partir de tal comportamento. Conforme trecho do voto do desembargador relator, Ricardo Artur Costa e Trigueiros, "Hoje há não só a preocupação, mas a obrigação moral e legal na participação ativa na preservação da dignidade humana, devendo o empreendimento negocial cumprir com sua parcela social" (TRT2, 2017).

Ainda, em 21 de novembro de 2018, o Decreto Federal nº 9.571/2018 estabeleceu as "Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos", destinadas a médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no país. De acordo com o referido Decreto, é de responsabilidade das empresas monitorar o respeito aos direitos humanos na cadeia produtiva à qual se encontre vinculada, o que inclui os direitos fundamentais do trabalhador. Assim, verifica-se um avanço quanto a essa temática, na medida em que as empresas passam a ser responsáveis pelo monitoramento não apenas das condições de trabalho de seus próprios empregados, mas de todos aqueles que contribuem para a formação final de seu produto, desde o início da cadeia com o fornecimento de insumos e matéria-prima, etapa que geralmente apresenta condições mais precárias de trabalho.

V. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese o progresso na discussão sobre tema em apreço, ainda há muito a se avançar para a efetiva tutela dos direitos dos trabalhadores que prestam serviços em cadeias produtivas, seja diante da necessidade de se estabelecer critérios mais definidos para a responsabilização de seus agentes integrantes, bem como de se adotar instrumentos que de fato sejam capazes de coibir a prática de tais condutas pelas empresas tomadoras, sobretudo quando estas possuam capacidade financeira para adoção de estrutura capaz de monitorar seus processos produtivos ao longo de toda a cadeia. No atual estágio de desenvolvimento, em que a tecnologia torna possível o monitoramento do indivíduo nas mais diversas instâncias, não é possível se admitir que médias e grandes empresas se utilizem de tais aparatos para lograr êxito junto ao mercado consumidor, sendo, em contrapartida, convenientemente "incapazes" de fiscalizar as condições de trabalho daqueles que integram o processo produtivo.

Para além do aparato legislativo, a adoção pelas empresas de instrumentos internos de conformidade e integridade, bem como a exigência de seu cumprimento por parte de seus fornecedores por meio de cláusulas contratuais, constitui também importante mecanismo a fim de garantir o cumprimento, dentre outras, da legislação trabalhista, ao longo de toda a cadeia produtiva, contribuindo dessa forma tanto para resguardar a empresa efetivamente cumpridora de seus deveres, quanto para a promoção do trabalho decente e a erradicação do trabalho escravo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. O trabalho decente como um direito humano. São Palo: LTr, 2015.

BAKAJ, Branca Borges Góes. Lei do ventre livre, lei dos sexagenários e lei áurea : a grande trilogia abolicionista. Revista de informação legislativa, v. 25, n. 98, p. 399-459, abr./jun. 1988, 04/1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181850> . Acesso em: 25 ago. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2006.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. São Paulo: LTr, 2018.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. A busca não acaba nunca: conversando sobre escravidão contemporânea. In: SOUZA, Adriana Augusta de Moura et al. (coord). Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas. São Paulo: LTr, 2018.

FONSECA, Maria Hemilia. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: LTr, 2009.

GOMES, Ana Claudia Nascimento; GUIMARÃES, Mariana Rezende. Ministério Público do trabalho e trabalho escravo contemporâneo: estruturação institucional para enfrentamento do problema e um exemplo de caso prático de trabalho escravo urbano com resgate social do empregador. In: SOUZA, Adriana Augusta de Moura et al. (coord). Trabalho escravo contemporâneo: desafios e perspectivas. São Paulo: LTr, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade: uma perspectiva civil-constitucional. São Paulo: Método, 2010.

MUÇOUÇAH, Renato de Almeida Oliveira. A efetividade da tutela trabalhista na repressão ao trabalho escravo contemporâneo. Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 2, p. 113-150, maio/ago. 2016. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/104563> . Acesso em: 25 ago. 2018.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: parte geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2010.

THÉRY, H. et al. Atlas do trabalho escravo no Brasil. São Paulo: Amigos da Terra, 2012. Disponível em: <http://amazonia.org.br/wp-content/uploads/2012/05/Atlas-do-Trabalho-Escravo.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2018.

TRT2. Recurso Ordinário nº 00016629120125020003. Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros. DJ: 07/11/2017, 4ª Turma. Jus Brasil, 2017. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/521952307/16629120125020003-sao-paulo-sp/inteiro-teor-521952317>

VIANNA, Segadas; MARANHÃO, Délio; SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima. Instituições de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1995.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

(DES)PROTEÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO A TRANSGÊNEROS NO QUE SE REFERE A APOSENTADORIAS

TAYLISE ROCHELLI ZAGATTO
Advogada, graduanda em Especialização em Processo Civil e Direito do Trabalho e Presidente da Comissão de Diversidade Sexual e Gênero do Triênio 2019-2021, da 21ª Subseção da OAB-Bauru.

TIAGO HENRIQUE BARBOSA
Advogado, graduando em Especialização em Direito Previdenciário e Presidente da Comissão de Assuntos Previdenciários do Triênio 2019-2021, da 21ª Subseção da OAB-Bauru.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 367

II. DESENVOLVIMENTO
II.I. QUEM SÃO OS TRANSGÊNEROS? ---------- 368
II.II. HISTÓRIA DA TRANSGENERIDADE NO BRASIL ----- 369

III. EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL-- 373

IV. DESPROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA ---------- 376

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 378

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 379

I. INTRODUÇÃO

Tema atual e deveras tormentoso por tratar-se da aplicação do direito previdenciário aos transgêneros, uma vez que não existe legislação específica sobre a população trans no Brasil, no que tange à proteção de riscos sociais perante a seguridade social.

O objetivo do presente trabalho é traçar uma análise histórica da população de transgêneros no Brasil, pouco antes do advento da Constituição Federal de 1988, e a proteção social que fora e está sendo prestada para essa parcela da sociedade, no que se refere ao direito previdenciário, no presente artigo, voltado a aposentadorias.

A metodologia utilizada fora pesquisa bibliográfica, socorrendo-se da doutrina e de artigos esparsos sobre o tema.

A ideia é trazer à baila questionamentos: qual a proteção social a essa parcela da população que está crescendo? Como proteger esse risco social de forma a garantir um equilíbrio atuarial e financeiro? Como falar em regra de aposentadoria para uma população com expectativa de vida em torno de 35 anos?

Por ser tema novo, não traremos respostas prontas para os questionamentos acima apresentados, mas sim, informações, casos práticos e pontos de vistas teóricos para que haja um movimento político e educativo com o propósito de os legisladores pátrios se mobilizarem e debruçarem-se sobre a temática, além de buscarem a garantia da proteção social de forma efetiva conforme preconiza a Norma Ápice de 1988.

II. DESENVOLVIMENTO

II.I. QUEM SÃO OS TRANSGÊNEROS?

Mister, primeiramente, realizar a diferenciação de minorias no que tange a sexo, sexualidade e gênero, visto que possuem conceitos diversos e que, em nada se confundem, para que, posteriormente, se realize uma análise da transgeneridade com maior profundidade.

Para Vecchiatti (2019, p. 162 - 163), as minorias sexuais e de gênero são classificadas da seguinte maneira:

"Até hoje as minorias sexuais sempre foram formadas por homossexuais, bissexuais, pansexuais e assexuais, ao passo que as minorias de gênero por transgêneros (transexuais e travestis) e intersexuais".

Quando a referência diz respeito a sexo, aborda-se a condição biológica do indivíduo, que está interligado à sua genética, isto é, aos cromossomos, XY para o sexo masculino e XX para o sexo feminino.

Para Diniz (2015, p. 1):

"O termo gênero são distinções de caracteres biológico e/ou fisiológico entre homens e mulheres, e usado para definição das espécies em geral; através da literatura feminista, foi adquirido outras características, que ressalta uma visão cultural e social, diverso do conceito de "sexo" definido biologicamente, constituindo uma essência relacional entre feminino e masculino".

Gênero concerne a uma construção social, ou seja, situações ordinárias que seriam definidas como tipicamente femininas ou masculinas ao olhar da sociedade patriarcal. É possível incluir dentro dessa classificação vestuário, personalidade, aparência física, a prática de determinados esportes, etc.

Quando se fala a respeito de identidade de gênero, aborda-se a maneira como essa pessoa se identifica, não apenas em uma análise pessoal, como também em termos de identificação social.

Assim, importa frisar que a identidade de gênero não se refere à orientação sexual ou ao sexo biológico.

Vecchiatti (2019, p. 162 - 163) conceitua as minorias de gênero da seguinte forma:

"As minorias de gênero, são pessoas cuja identidade de gênero não coincide com o gênero a elas atribuído ao nascerem, em razão de seu genital (transexuais e travestis), aqueles cuja biologia pessoal traz elementos tanto do sexo masculino quanto do sexo feminino (intersexuais) e aqueles que têm comportamentos que a sociedade atribui a pessoas do outro sexo (discriminação por motivo de gênero)".

Um nítido equívoco ocorre em relação à identidade de gênero e orientação sexual quando

temos, por exemplo, os seguintes julgamentos: um homem (sentido biológico) que se identifica com o gênero feminino (transexual mulher), todavia, por manter relações homossexuais (com outra transexual, travesti ou mulher cisgênera) é taxado de heterossexual ou, ainda, no caso de mulheres (sentido biológico), que apenas não seguem os padrões de vestuário feminino aceitos pela sociedade e se sentem romântica ou sexualmente atraídas pelo mesmo sexo, não se identificam, no entanto, com o sexo masculino em sua totalidade ou não rejeitam seus órgãos genitais, por conseguinte, não podem ser identificadas como homens transexuais.

Butler (1999, p. 16) discorre sobre a ausência de relação entre identidade de gênero e sexualidade:

"O gênero pode tornar-se ambíguo sem mudar nem reorientar-se na totalidade a sexualidade normativa. Algumas vezes a ambiguidade de gênero intervém necessariamente para reprimir ou desviar a prática sexual da normatividade para, desta maneira, conversar intacta a sexualidade normativa. Em consequência, não se pode estabelecer nenhuma correlação, por exemplo, entre o travestismo e a transexualidade e a prática sexual, e a distribuição das orientações heterossexual, bissexual e homossexual não podem ser definidas de maneira previsível a partir dos movimentos de simulação de um gênero ambíguo ou distinto". (tradução nossa)

Desta maneira, podemos distinguir sexo, sexualidade e identidade de gênero. É nitidamente perceptível que, embora sejam conceitos que possam acarretar dúvidas em um primeiro momento, há infindáveis divergências afastando-se ou separando-os. Cumpre, ainda, destacar que, neste trabalho, serão abordadas com maior profundidade duas minorias de gênero: transexuais e travestis.

II.II. HISTÓRIA DA TRANSGENERIDADE NO BRASIL

Embora houvesse relatos da existência de travestis e transexuais, ainda que de forma velada, a história "trans" desde a ditadura militar sempre esteve às margens da sociedade no Brasil. Transgêneros conviveram, por décadas no Brasil, com o fardo dado e sustentado pelas áreas de medicina, psicologia, assistência social e direito de sofrerem de um transtorno, uma doença psíquica que deveria ser tratada, combatida e criminalizada.

Waldirene, reconhecidamente a primeira mulher transexual brasileira a realizar a cirurgia de redesignação sexual, cirurgia esta realizada pelo médico-cirurgião Roberto Farina, viu seu médico que era considerado "seu herói" e quem permitiu "não mais carregar uma

genitália que nunca -lhe pertenceu", ser denunciado pelo Ministério Público e ser condenado em 1978, sob a acusação de lesão corporal grave devido às cirurgias de redesignação sexual que realizava. Farina estava, segundo o Ministério Público, "mutilando homens".

Nesse sentido reportagem de Amanda Rossi repórter da BBC Brasil (2018) sobre Waldirene e Farina:

"Ciente do caso, o Ministério Público pediu que Farina fosse investigado por lesão corporal, por estar "mutilando" homens. A polícia, então, intimou o médico a fornecer o nome completo e o endereço de todos os pacientes que tinha operado – o que ele se recusou a fazer. A história poderia ter sido encerrada aí, não fosse por outro processo judicial. Waldirene tinha entrado na Justiça para mudar o nome nos documentos – oficialmente, ela ainda era Waldir. Assim, o Ministério Público descobriu sua identidade. Era o que bastava para começar o cerco judicial".

A justiça brasileira não apenas deixou de tutelar Waldirene em seu pedido de retificação de prenome, como também a violou intimamente para que pudesse realizar uma verdadeira inquisição com o médico Roberto Farina por meio de um laudo pericial do IML (Instituto Médico Legal).

A BBC Brasil narra:

"Waldirene foi ainda submetida a um exame ginecológico. Um espéculo de metal foi introduzido em seu corpo e, dentro dele, uma fita métrica. A cena foi fotografada para registrar o comprimento e a largura do canal vaginal. A jovem, que trabalhava como manicure no interior, havia pedido um habeas corpus preventivo para não ser submetida a tudo isso. Mas a Justiça paulista negou". (2018) (grifo nosso)

Embora os artigos 1º, III e 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, tenha vindo a consagrar a dignidade da pessoa humana e o direito à igualdade, mais especificamente o respeito à diferença e a não discriminação, a sociedade, não obstante, não acompanhou a evolução normativa e principiológica de uma Constituição considerada como humanista. O Brasil prosseguiu tecendo retalhos de uma pseudo-humanidade e da imagem de país acolhedor, apesar de tais adjetivos do país não poderem (e atualmente ainda não podem) ser aplicados em relação ao tratamento social de transgêneros.

Nas décadas de 80 e 90, a modelo e atriz Roberta Close se tornou a principal referência para muitas mulheres transexuais brasileiras. Conquanto Roberta ter sempre se identificado como pertencente ao sexo feminino, teve as mesmas dificuldades de Waldirene para ver seus direitos garantidos à época como mulher transexual.

Assim Bento (2008, p. 12) narra a história dessa modelo:

"Em 1984, uma revista exibiu a manchete "A mulher mais bonita do Brasil é um homem". Pela primeira vez na história do país, a sociedade começou a se deparar com as confusões de gênero em escala midiática. Roberta Close trouxe para a cena nacional o olhar

incrédulo de pessoas que a examinavam e buscavam naquele corpo exuberante sinais de masculinidade. Por muito tempo Roberta Close reivindicou sua identidade de gênero. Afirmava que era uma mulher transexual e precisava mudar seu nome e sexo nos seus documentos".

Apenas em meados de 1997, o Conselho Federal de Medicina (CFM) autorizou a realização de cirurgias de redesignação sexual, todavia, em caráter experimental nas universidades. Ainda assim, a transexualidade continuou a ser tratada como um transtorno mental, como é possível constatar em trecho da Resolução CFM nº 1.482 /97:

"Autorizar, a título experimental, a realização de cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários como tratamento dos casos de transexualismo;

(...)

2. A definição de transexualismo obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados:

- desconforto com o sexo anatômico natural;

- desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto;

- permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos;

- ausência de outros transtornos mentais..." (grifo nosso)

Em 2008, a cirurgia foi incluída no Sistema Único de Saúde (SUS), pela portaria nº 457/2008 do Ministério da Saúde Secretaria de Atenção à Saúde, sendo denominada de processo transexualizador:

[...] Considerando a necessidade de estabelecer critérios de indicação para a realização dos procedimentos previstos no Processo Transexualizador, de transformação do fenótipo masculino para feminino; e

Considerando a necessidade de apoiar os gestores do SUS na regulação, avaliação e controle da atenção especializada no que concerne ao Processo Transexualizador, resolve:

Art. 1º - Aprovar, na forma dos Anexos desta Portaria a seguir descritos, a Regulamentação do Processo Transexualizador no âmbito do Sistema Único de saúde – SUS [...]:

Até 2014, haviam sido realizados 6.724 (seis mil e setecentos e vinte e quatro) procedimentos ambulatoriais e 243 (duzentos e quarenta e três) procedimentos cirúrgicos em quatro serviços habilitados no processo transexualizador pelo SUS (Sistema Único de Saúde), segundo o governo .

Insta mencionar que quase 300 (trezentos) transgêneros esperavam pela cirurgia de redesignação sexual até agosto de 2018, devido à ausência de estrutura na área de saúde do governo, conforme denúncia publicada pela Globo .

Em face de um legislativo

extremamente conservador e contrário à discussão de questões sensíveis, dentre elas o tema identidade de gênero, viu-se como solução identitária para transgêneros a criação do nome social, uma solução "genérica" como costumeiro no Brasil e que, como efeito prático, ao menos reduziu determinadas situações constrangedoras, todavia, de início, sem quaisquer efeitos jurídicos e tempos depois vindo a ser regularizado por entes federados, instituições e organizações visando garantir o respeito à identidade de gênero dessas pessoas.

Bento ressalta as micronormatizações em relação ao nome social, criadas para preencher lacunas legais (2017, p.184):

[...] há micronormatizações em todos os estados brasileiros: o nome social. Através de Portarias, dezenas de escolas, universidades, repartições, o SUS e ministérios utilizam esse mecanismo que visa criar ambientes não transfóbicos, garantindo o respeito à identidade de gênero das pessoas sem nenhuma exigência de laudo ou decisão judicial. Foi a alternativa encontrada por instituições diante do lacuna legal [...].

Bauru, cidade do interior de São Paulo, foi a cidade brasileira pioneira em 2016 a ter uma lei que regulamentava a emissão de um documento oficial com o nome social. O documento criado, no entanto, tinha validade apenas em âmbito municipal .

Em relação à possibilidade de retificação do prenome, apesar de vários pedidos judicias e de histórias comoventes como a de Waldirene e de Roberta, os julgados em relação ao tema prosseguiram com opiniões divergentes assim como na doutrina, e apenas em 2009, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5) deu provimento a um recurso para a retificação do registro civil de transexual, iniciando um processo de uniformização jurisprudencial, ao sustentar que a definição de gênero não poderia ser limitada somente ao sexo aparente, deveria também ser levados em consideração os fatores psicológicos e culturais" .

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 4.275, decidiu ser possível a alteração de registro civil por transexuais mesmo sem a realização de redesignação sexual, além disso, o Supremo sentenciou também que a mudança poderia ser solicitada extrajudicialmente, conforme trecho do acórdão abaixo:

[...] Decisão: O Tribunal, por maioria, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, julgou procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.

Impedido o Ministro Dias Toffoli. Redator para o acórdão o Ministro Edson Fachin. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 1º.3.2018. [...] (grifo nosso)

Posteriormente à decisão do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça por meio do Provimento nº 73 , regulamentou a alteração de nome e sexo no Registro Civil e dispôs sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais, permitindo que a retificação fosse realizada pelos cartórios.

Desde janeiro de 2018, psicólogos estão proibidos de tratar travestilidade e transexualidade como doença ou anomalia, conforme determinação do Conselho Federal de Psicologia (CFP). Para o conselho de psicologia, é dever dos psicólogos contribuir para a eliminação da transfobia e a Organização Mundial de Saúde (OMS) oficializou em maio de 2019 durante a 72º Assembleia Mundial da Saúde, em Genebra, a retirada da classificação da transexualidade como transtorno mental após cerca de 28 (vinte e oito) anos, para integrar o de "condições relacionadas à saúde sexual" e agora é classificada como "incongruência de gênero" .

Em recente decisão proferida em 13 de Junho de 2019 e grandioso avanço histórico para a comunidade LGBTQI+, por 8 (oito) votos a 3 (três), os ministros do Supremo Tribunal Federal determinaram que a conduta referente à homotransfobia passasse a ser equiparada ao crime de racismo previsto pela Lei de Racismo (7716/89).

Destaca-se que, na recente proposta, PEC 06/2019 com o fito de reformar a Previdência Social, sequer houve menção à temática trans, ocorrendo novo descaso legislativo em relação à identidade de gênero.

Desta maneira, desde décadas atrás, é possível notar que a população transgênera no Brasil vem sofrendo com a marginalização, precariedade de direitos e invisibilidade social.

III. EVOLUÇÃO E PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Dizem que, desde o primeiro momento que o homem guardou um pedaço de carne para o dia seguinte, ali surgia o primeiro resquício de proteção social, e com a evolução humana e da sociedade, foram tomando contornos mais apropriados e aprimorados com o objetivo de proteger riscos sociais futuros.

Fazendo um salto histórico, em razão do objetivo do presente artigo, a proteção social no direito pátrio recebeu status constitucionais na promulgação da Constituição Federal de 1988.

A proteção vem expressa

no Título VIII, Capítulo I, denominado: Da Ordem Social, que, com único artigo, dispõe: "A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem--estar e a justiça sociais". E no Capítulo II, Da Seguridade Social.

O primeiro artigo do Capítulo supracitado traz os princípios gerais da proteção social, dividindo-a em um tripé composto por: saúde, previdência social e assistência social, frisando que, para o presente trabalho trataremos especificamente sobre a Previdência Social.

Torna-se oportuno no presente momento, citar três princípios contidos no artigo 194 da CF, I-universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços.

A explanação de forma breve de referidos princípios faz-se necessária em razão do objetivo maior do presente trabalho, qual seja, proteção social para transgêneros (no presente caso, travestis e transexuais), não se olvidando que referida proteção também está contida nos artigos 1º, 3º 5º e 6º da CF, mas, para o presente caso, abordaremos os princípios específicos acima mencionados.

Nas palavras do Doutrinador IBRAHIM (2012), o princípio contido no inciso I do artigo 194 da CF, traduz-se como uma proteção social patrocinada pelo Estado direcionada a todos os cidadãos pátrios e aqueles que estiverem em território nacional, estando aqui incluídas as proteções relacionadas ao assistencialismo, à Saúde e à Previdência Social.

Porém, para a proteção dos riscos sociais relacionados à Previdência Social, como os benefícios por incapacidades, aposentadorias e pensão, haverá necessidade de filiação e inscrição no Regime Geral de Previdência Social-RGPS, que, geralmente, dá-se pela prática de trabalho remunerado, não se olvidando dos segurados facultativos.

Segurado facultativo é a parcela da sociedade que não presta nenhum tipo de serviço remunerado, mas que tem enraizada a noção de previdência e filia-se ao RGPS para ter acesso aos benefícios previdenciários futuros.

Para finalizar o conceito e a noção do princípio da universalidade de cobertura e atendimento, transcrevemos:

Esse princípio possui dimensões objetiva e subjetiva, sendo a primeira voltada a alcançar todos os riscos sociais que possam gerar o estado de necessidade (universalidade de cobertura), enquanto a segunda busca tutelar toda a pessoa pertencente ao sistema protetivo (universalidade de atendimento). (IBRAHIM. 2012)

Como se pode destacar, há necessidade de inscrição e filiação ao RGPS para fazer jus aos benefícios previdenciários, sendo por bem mencionar que, hoje em dia, os transexuais que trabalham de forma remunerada ou que filiam-se ao RGPS, necessitam de proteção.

O segundo princípio que trata da uniformidade e equiva-

lência de prestações entre as populações urbana e rural, em regras gerais dispõe que não poderá ter benefícios distintos para os trabalhadores, sendo rural ou urbano, ou seja, independentemente do local da prestação do serviço, os trabalhadores farão jus aos mesmos benefícios.

O prof. Fabio Zambitte traz o seguinte entendimento:

Também aplica-se a esta regra o princípio geral da isonomia. A igualdade material determina alguma parcela de diferenciação entre estes segurados, sendo que a própria Constituição assim procede, ao prever contribuições diferenciadas para o pequeno produtor rural (art. 195, §8º). Desta forma, algumas distinções no custeio e nos benefícios entre urbanos e rurais são possíveis, desde que sejam justificáveis perante a isonomia material, e igualmente razoáveis, sem nenhuma espécie de privilégio para qualquer dos lados. (grifo nosso)

Esse princípio é de suma importância para a ideia central do presente artigo, uma vez que, ao mesmo tempo que é vedado à criação de benefícios distintos para a população urbana e rural, é garantido com base na igualdade material, requisitos diferentes para concessão de determinados benefícios como, por exemplo, a aposentadoria por idade, sendo que o urbano aposenta-se com 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher, e os rurais têm uma redução de 5 (cinco) anos na idade para aposentar, ou seja, 60 (sessenta) anos, se homem, e 55 (sessenta e cinco) anos, se mulher.

Adentrando ao princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços, em linhas singelas atua na limitação do rol de proteção, isso enquanto seletividade; e, na distribuição, para aqueles que mais necessitam enquanto distributividade, exemplo clássico o salário família que somente é distribuído para trabalhadores de baixa renda e o benefício assistencial, tanto ao idoso como ao portador de deficiência de baixa renda ou a pensão por morte e auxílio reclusão, que são direcionados aos dependentes do segurado.

Os três princípios supracitados são de suma importância para trazer um melhor entendimento da Seguridade Social, e, principalmente, da Previdência Social, uma vez que o Estado precisa proteger a todos, sem distinções respeitando principalmente as diferenças materiais para concessão de determinados benefícios e o direcionamento para o público desejado, baixas rendas, deficientes, idosos e rurais.

Assentadas tais premissas, passamos a (des)proteção social para transgêneros, uma vez que merecem igual proteção na universalidade e cobertura de atendimento, a mesma uniformidade e equivalência das prestações sociais, em razão da seletividade e distributividade das prestações de benefícios e serviços.

IV. DESPROTEÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O Direito Previdenciário e os benefícios previdenciários possuem características de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 trouxe este status.

Assim, enquanto garantia fundamental, o Direito Previdenciário traz proteção para os seus segurados, sempre respeitando o princípio da isonomia, principalmente na conceitualização mais antiga de referido princípio: respeitar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida de suas desigualdades.

Desta maneira, quando analisados os benefícios previdenciários, é sempre considerada a questão de gênero, se o benefício será concedido para homem ou para mulher, uma vez que há requisitos diferenciados para determinado gênero, como exemplo a aposentadoria por tempo de contribuição, em que homens necessitam de 35 (trinta e cinco) anos de contribuição e a mulher 30 (trinta) anos.

Justifica-se, também, a diferenciação dos requisitos para concessão de benefícios, a depender do gênero, por questões sociais e históricas, quando se defende a dupla jornada da mulher, os baixos salários e tempo menor no mercado de trabalho, assim o gênero feminino teria uma redução de 5 (cinco) anos na contribuição e na idade para se aposentar.

Já analisando os trabalhadores rurais, aplica-se o mesmo raciocínio, para garantir uma redução na aposentadoria por idade, uma vez que o trabalho rural é deveras desgastante, garantido uma redução de 5 (cinco) anos para os homens e mulheres se comparados com os trabalhadores urbanos.

A aposentadoria especial, em que o segurado se aposenta com 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição, aplica-se o mesmo raciocínio, ainda mais quando observado os fatores de conversão, sendo os mesmos distintos para homens e mulheres.

Ainda no que concerne à aposentadoria, à pessoa com deficiência aplica-se o mesmo raciocínio, sendo que, a depender do grau de deficiência, o homem se aposentará com 33 (trinta e três), 29 (vinte e nove) ou 25 (vinte e cinco) anos de contribuição e a mulher, com 28 (vinte e oito), 24 (vinte e quatro) ou 20 (vinte) anos de contribuição, sendo que a redução para aposentadoria por idade da pessoa com deficiência para 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, para homem e mulher, respectivamente.

Todas as diferenças acima são calcadas nos três princípios supracitados, em que o legislador, em razão de gêneros e questões sociais e ambientais, criaram proteção aos riscos sociais, seja do deficiente, do rural ou do segurado que trabalha exposto a agentes nocivos à sua saúde.

Oportuno frisar que a proteção, com a exceção a aposentadoria da pessoa com deficiência, está expressa no artigo 201 da CF, e a aposentadoria da pessoa com deficiência, na Lei Complementar nº 142/13.

Outrossim, partindo do pressuposto de análise de gênero para concessão de certos benefícios previdenciários, necessário se faz a análise para concessão dos mesmos benefícios para transgêneros, sendo que há uma lacuna legislativa para os casos que estão surgindo.

Vale ressaltar novamente que, para o reconhecimento como transexual não há mais a necessidade de cirurgia para redesignação de sexo e sim que aquela pessoa se identifique com o gênero oposto ao do nascimento ou que rejeite o órgão genital, podendo atualmente, inclusive, realizar a retificação de prenome nos cartórios de registro civil.

Nas palavras do doutrinador SERAU (2018), a proteção previdenciária das pessoas trans demanda o emprego de raciocínio e estratégias de políticas previdenciárias diferentes das que atualmente são empregadas para fugir do binarismo quanto aos sexos/gêneros.

Como supracitado para concessão das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, analisa-se o gênero, homem ou mulher para verificar os requisitos para aposentadoria, mas como ficaria no caso dos trans?

SERAU (2018) traz outro questionamento: qual seria o momento para reconhecer a pessoa como trans? Uma vez que, via de regra, a redesignação de sexo ou até mesmo as retificações do registro civil acontecem, no mínimo, aos 20 anos de idade, pois existe uma burocracia para referidas alterações.

Há quem aponta, data máxima vênia, que bastaria aplicar as regras do sexo no momento do requerimento, ou seja, se for um trans homem, aplicam-se os requisitos para o homem 35 (trinta e cinco) anos de contribuição na aposentadoria por tempo de contribuição ou 65 (sessenta e cinco) anos de idade, na aposentadoria por idade.

A crítica ao entendimento acima é baseada na expectativa de vida do trans, dos subempregos e também nos casos de redesignação em relação aos problemas com as intervenções cirúrgicas e processo de transição hormonal realizado.

Importante mencionar que, recentemente, a Inglaterra socorreu-se da Corte Europeia em um caso de aposentadoria de uma mulher trans que realizou a cirurgia de redesignação de sexo, mas que não havia retificado o prenome no registro civil. No caso a mulher trans com documentos de homem cisgênero requereu o benefício da aposentadoria com 60 anos, idade para aposentadoria das mulheres na Inglaterra, sendo o seu pedido negado. Após a análise pela Corte Europeia, fora concedido o direito à aposentadoria para a mulher trans, tendo ido a solução ao encontro do primeiro entendimento apresentado.

Há doutrinadores que apontam que, dependendo do momento da redesignação de sexo ou da alteração do registro civil, deverá ser realizada uma análise das contribuições até aquele momento e algum tipo de conversão, como ocorre na aposentadoria especial ou na da pessoa com deficiência, para depois, a concessão com base nos requisitos do gênero identitário.

Em que pesem os dois entendimentos acima, uma vez que usam os mesmos parâmetros para criar requisitos diferenciados para homem ou mulher, urbano ou rural e pessoa com ou sem deficiência, como se pode cogitar 35/30 anos de contribuição ou 65/60 anos de idade, de uma parcela da sociedade que trabalha à margem da sociedade e que, de acordo com dados do governo, possuem uma expectativa de vida de 35 anos?

Como se pode observar e destacar, em momento algum fora pensada a proteção dos riscos sociais dos transgêneros, uma vez que não há regras específicas para eles, não se aplicando os princípios supracitados, pois, como indagado logo no início deste artigo, como proteger pessoas que trabalham em subempregos e muitos sequer chegam aos 35 (trinta e cinco) anos de idade?

Flagrante o descaso com os transexuais que travam lutas diárias para se imporem na sociedade como cidadãos, não só pelos subempregos como também pelo preconceito que enfrentam no dia a dia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do acima apresentado, sem a pretensão de trazer respostas prontas para encerrar a discussão, faz-se necessário que os legisladores, o quanto antes, supram a lacuna legislativa na proteção social dos transgêneros, principalmente no que tange aos benefícios previdenciários.

Assim, conclui-se que existe uma necessidade de ajuda multidisciplinar para tentar dar uma resposta para as pessoas transgêneras no que tange aos direitos previdenciários.

Não é justo que, em pleno século XXI, essas pessoas fiquem desprotegidas em razão de inércia legislativa ou de preconceitos sociais. A Constituição Federal de 1988 trouxe proteção isonômica a todos os cidadãos, principalmente no respeito das desigualdades, especialmente no que tange à diminuição e combate das desigualdades sociais.

Insta mencionar que, em recente proposta legislativa de iniciativa presidencial, visando à reforma da Previdência Social, PEC 06/2019, sequer na exposição de motivos ou no que se refere aos benefícios previdenciários com requisitos diferenciados, abordou-se a questão da transgeneridade, expondo novamente o descaso do legislativo bem como do executivo com a temática identidade de gênero.

Assim, conclama-se o empenho de todos para tentativa de solucionar

todos os pontos apresentados, uma vez que não há políticas públicas efetivas para inserção no mercado de trabalho, proteção de violências físicas e psicológicas para transgêneros ou, ainda, norma dispondo sobre suas aposentadorias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____. Lei de Benefícios Previdenciários, Lei nº 8.213, de 24 de Julho de 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm> Acesso em 09 jul 2019.

_____. Lei Complementar nº 142 de 8 de Maio de 2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp142.htm> Acesso em 10 jul 2019.

BALERA, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 87.

BENITO, Emilio. Jornal El País. OMS retira a transexualidade da lista de doenças mentais. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/18/internacional/1529346704_000097.html>. Acesso em: 11/07/2019

BENTO, Berenice Alves de Melo. O que é transexualidade. Coleção Primeiros Passos – 1. Ed - São Paulo: Brasiliense, 2008.

BENTO, Berenice Alves de Melo. Transviad@s: gênero, sexualidade e direitos humanos. Salvador: EDUFBA, 2017.

BERTONI, Larissa. Expectativa de vida de transexuais é de 35 anos, metade da média nacional, Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional/expectativa-de-vida-de-transexuais-e-de-35-anos-metade-da-media-nacional> Acesso em 03 de julho de 2019.

BRASIL, Associação dos Notários e Registradores do Brasil. Provimento nº 73 do CNJ regulamenta a alteração de nome e sexo no Registro Civil. Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/site/2018/06/29/provimento-no-73-do-cnj-regulamenta-a-alteracao-de-nome-e-sexo-no-registro-civil-2/>. Acesso em: 12/07/2019

BRASIL, Conselho Federal de Medicina. RESOLUÇÃO CFM nº 1.482/97. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 12/07/2019

BRASIL, Conselho Federal de Psicologia. Transexualidade não é transtorno mental, oficializa OMS. Disponível em: <https://site.cfp.org.br/transexualidade-nao-e-transtorno-mental-oficializa-oms/>. Acesso em: 12/07/2019

BRASIL, Conselho Regional de Psicologia do Estado do Rio Grande do Norte. Após 28 anos, OMS deixa de classificar transexualidade como doença mental. Disponível em: <http://www.crprn.org.br/noticias/apos--28-anos-oms-deixa-de-classificar-transexualidade-como-doenca-mental/>. Acesso em: 12/07/2019

BRASIL. Ministério da Saúde. Cirurgias de mudança de sexo são realizadas pelo SUS desde 2008. Disponível online em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/03/cirurgias-de-mudanca-de-sexo--sao-realizadas-pelo-sus-desde-2008>. Acesso em: 11/07/2019

BRASIL, Ministério da Saúde. PORTARIA Nº 457, DE 19 DE AGOSTO DE 2008. Disponível em: < http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/sas/2008/prt0457_19_08_2008.html>. Acesso em: 12/07/2019

BRASIL. República Federativa. Poder legislativo. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto promulgado em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jul 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.008.398 - SP (2007/0273360-5), Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Publicação em 01/09/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=200702733605&dt_publicacao=01/09/2009'>. Acesso em: 11/07/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4275, Relator atual: Min. Marco Aurélio. Publicação em 29/03/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=2691371>. Acesso em: 11/07/2019.

BUTLER, Judith. Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity. Publicado originalmente em Inglês, em 1999 por Routtledge, New York. Tradução de M.ª Antonia Muñoz. 1ª. ed. Barcelona: Paidós Ibérica S/A., 2007.

CAESAR, Gabriela. G1 – GLOBO. Quase 300 transgêneros esperam cirurgia na rede pública 10 anos após portaria do SUS". Disponível online: <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/08/19/qua-

se-300-transgeneros-esperam-cirurgia-na-rede-publica-10-anos-apos--portaria-do-sus.ghtml>. Acesso em 12/07/2019

DINIZ, Priscila Mara do Nascimento. Feminicídio no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%20?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16558&revista_caderno=3 > Acesso em: 07 set 2017

IBRAHIM, Fábio Zambitte. Curso de Direito Previdenciário. 17. ed.--Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 66/71.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadorias dos Transexuais: Aspectos em que a legislação Previdenciária Pode Avançar. Direito Previdenciário das Pessoas Transgêneros na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E A POPULÇÃO LGBTI. Curitiba: Juruá, 2018

MÜLLER, Eugélio Luis. CASTOLDI, Marcela. Transexuais e as Regras de Aposentadoria. Direito Previdenciário das Pessoas Transgêneros na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E A POPULÇÃO LGBTI. Curitiba: Juruá, 2018

PINHEIRO, Aline. Inglaterra pede ajuda à UE para definir regras para aposentadoria de transexual. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-10/inglaterra-ajuda-ue-definir-aposentadoria-transexual> Acesso: 09 de julho de 2018.

ROSSI, Amanda. 'Monstro, prostituta, bichinha': como a Justiça condenou a 1ª cirurgia de mudança de sexo do Brasil. BBC Brasil, São Paulo. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-43561187>. Acesso em: 10/07/2019.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Direito Previdenciário das Pessoas Transgêneros na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. DIREITO PREVIDENCIÁRIO E A POPULÇÃO LGBTI. Curitiba: Juruá, 2018.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos / prefácio de Maria Berenice Dias [ed al.]. – 3. Ed. – Bauru, SP: Spessotto, 2019.

"TIME SHARING" – A MULTIPROPRIEDADE ENFIM REGULAMENTADA

TIME SHARING - A MULTIPROPERTY AT LAST THESE REGULATED

JESUALDO EDUARDO DE ALMEIDA JUNIOR
Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito. Advogado. Professor de Direito Civil e Processo Civil. Autor de vários livros e artigos

SUMÁRIO

RESUMO---------- 383

INTRODUÇÃO ---------- 384

II. A PROPRIEDADE NA HISTÓRIA---------- 384

III. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE ---------- 389

IV. AS PRINCIPAIS NOVIDADES DA LEI 13.777, DE 20 DE DEZEMBRO E 2.018---------- 390

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 393

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 394

RESUMO

O presente trabalho aborda as variantes surgidas com a Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2.018, que disciplina a multipropriedade, também denominada nos meios negociais como “time sharing”, que numa tradução livre significa “compartilhamento de tempo”. Embora de uso corriqueiro em alguns setores de loteamentos, sobretudo naqueles destinados ao lazer, o instituto carecia de regulamentação legal, o que levava parte significativa da doutrina a negar-lhe o caráter de Direito Real em face do princípio da tipicidade destes direitos, conquanto a tese dominante fosse de que se tratava de Direito Real decorrente de relações condominiais. A definição do “time sharing”, sua constituição, as prerrogativas e deveres que decorrem dos titulares das “frações de tempo”, e a possibilidade de um condomínio edilício ter partes ou totalidade de frações destinadas à multipropriedade são abordadas neste artigo de acordo com os respectivos artigos legislativos que promoveram alterações no atual Código Civil brasileiro e na Lei de Registros Públicos.

ABSTRACT

The present work deals with the variances created by Law 13777, of December 20, 2018, which is a multi-ownership, also called in the business media as “shared time”, which means “time sharing”. It uses of coricerear in some sectors of allotments, in particular, around the leisure, the institute lacks of legal measures, which is part of the concept of law, that is to say, dominant thesis if it was a Real Law due to condominial relations . The definition of time sharing, its constitution, the probabilities of time titling, and the possibility of a process of conciliation of parts or all rights to a particular process are discussed in this article. legislative works that promote changes in the Brazilian Civil Code and the Public Registers Law.

PALAVRAS-CHAVES: Propriedade – Multipropriedade – Direitos Reais - Frações de Tempo – Inovação legislativa

KEY WORDS: Property - Multipropriety - Real Rights - Fractions of Time – inovação legislativa.

INTRODUÇAO

A "time sharing" ou multipropriedade já se tratava de uma realidade fática. De fato, vários empreendimentos imobiliários já a realizavam sobretudo no ramo hoteleiro. É uma decorrência da denominada economia colaborativa.

De origem francesa e "amplamente difundida nos Estados Unidos e na Europa"[1], basicamente é uma forma de comercializarem-se imóveis pela qual vários adquirentes dividem custos com manutenção, segurança, impostos, e podem usufruir do imóvel em determinados períodos do ano.

Este trabalho pretendeu analisar as inovações legislativas decorrentes da Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2018, que regulamentou a multipropriedade e sua forma de registro.

Basicamente fez-se uma análise dos principais recém editados artigos legislativos e trouxeram-se comentários pontuais sobre os direitos e deveres deles decorrentes

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, partindo-se das premissas gerais a fim de solucionarem-se questões específicas.

Deste modo, num primeiro capítulo discorreu-se sobre a evolução da propriedade ao longo da história, cabendo ao segundo capítulo uma abordagem sobre as características da propriedade. Então, num terceiro tópico tratou-se das principais novidades introduzidas pela Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2018, com as conclusões posteriores.

II. A PROPRIEDADE NA HISTÓRIA

A propriedade é reconhecida como um dos mais longevos direitos consagrados aos indivíduos. Ao longo de toda a história da civilização sempre houve a previsão da sua preservação em textos legislativos.

As sociedades nômades, é verdade, dificilmente assimilavam o conceito de propriedade individual, haja vista que não se fixavam em uma área e não se importavam com isso. Todavia, com o desenvolvimento das sociedades e a fixação das pessoas em locais estabelecidos, sobretudo para a produção agrícola e de criação de animais, houve o paulatino desenvolvimento do conceito de propriedade privada, bem como sua normatização.

A legislação escrita mais antiga de que se tem notícia, qual seja, o Código de Hamurábi, já tratava da proteção da propriedade privada estabelecendo que "o autor de roubo por arrombamento deveria ser morto e enterrado em

1 TEPEDINO, Gustavo. Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária. Disponível em < http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos_Atuais_Multipropriedade_imobiliaria_fls_512-522.pdf> Acesso 22 dez. 2018

frente ao local do fato (...). Se uma pessoa roubar a propriedade de um templo ou corte, ele será condenado à morte e também aquele que receber o produto do roubo deverá ser igualmente condenado à morte ".[2]

Os hebreus também tinham regras sobre a propriedade estampadas no hoje denominado "Velho Testamento", em especial no Livro do "Êxodo 22 ",[3] que abordava regras sobre o respeito à propriedade privada.

Os romanos desenvolveram regras sobre a propriedade. Inicialmente houve o período do "paterfamilias". Por ela o varão mais velho tinha plenos poderes sobre a família e os bens familiares. Assim, o "dominium" era o poder que detinha sobre o "domus", à casa propriamente dita; o poder sobre os escravos denominava-se "mancipium"; sobre a mulher, "manus"; e o "pater potestas" sobre os filhos. Depreende-se que as prerrogativas do "paterfamilias" recaiam sobre bens e pessoas[4].

Num segundo momento criaram a propriedade quiritária[5], decorrente do "jus civiles", quase sem nenhum tipo de limitação, quer de direito de vizinhança, quer de interesse público. "Chama-se quiritária porque é própria dos romanos, os Quirites, de Quirino, nome de Rômulo depois de sua morte. Cures é a cidade dos sabinos. Quirites são os sabinos, elemento étnico que se fundiu a população romana dos primeiros tempos".[6]

A "propriedade provincial" era o uso e gozo, quase sem limitações, de terrenos pertencentes ao Estado Romano[7]. Basicamente são as terras ocupadas em guerras e concedidas a particulares para exploração, que deveriam retribuir o "Estado" romano com tributos.

Outrossim, da Lei das XII Tábuas, na Tábua VI, inferem-se direitos sobre posse e propriedade, bem como a clara diferença entre os dois institutos, com a previsão da aquisição da propriedade pela usucapião.

Na Idade Média tem-se a decadência do Império Romano que soçobra em razão de várias invasões bárbaras. Do legado deste decaimento e fragmentação dos territórios dominados pelos romanos surge um modelo que dá preponderância a plúrimos agrupamentos humanos, com certa autonomia: os feudos. Conforme Sérgio Rezende de Barros[8], "os feudos eram governados pelos seus donos, os senhores feudais, que mantinham entre si relações hierárquicas de nobreza (reis, duques, marqueses, condes) e de clero (papa, bispos, abades)."

O senhor feudal, como dono da terra, era também o senhor político. A sociedade feudal era estratificada fundamentalmente entre suseranos (nobreza, clero) e vassalos. A primeira classe se beneficiava claramente do sistema, ao passo que os segundos, sem nenhuma importância política ou força econômica, eram submetidos a escorchantes tributos[9]. Em troca, esses camponeses recebiam uma gleba de terra para morar, além da proteção contra ataques bárbaros.

Porém, esse sistema também entra em colapso e é substituído por um modo mais sofisticado

2 COSTA, Álvaro Mayrink. Criminologia., São Paulo: Editora Forense, vol. 1, p. 23.

3 Se alguém furtar boi ou ovelha e o degolar ou vender, por um boi pagará cinco bois; e pela ovelha, quatro ovelhas. 2 Se o ladrão for achado a minar, e for ferido, e morrer, o que o feriu não será culpado do sangue. 3 Se o sol houver saído sobre ele, será culpado do sangue. O ladrão fará restituição total; e se não tiver com que pagar, será vendido por seu furto. 4 Se o furto for achado vivo na sua mão, seja boi, ou jumento, ou ovelha, pagará o dobro. 5 Se alguém fizer pastar o seu animal num campo ou numa vinha e o largar para comer no campo de outro, o melhor do seu próprio campo e o melhor da sua própria vinha restituirá. 6 Se rebentar um fogo, e pegar aos espinhos, e abrasar a meda de trigo, ou a seara, ou o campo, aquele que acendeu o fogo pagará totalmente o queimado.7 Se alguém der prata ou objetos ao seu próximo a guardar, e isso for furtado da casa daquele homem, se o ladrão se achar, pagará o dobro. 8 Se o ladrão não se achar, então, o dono da casa será levado diante dos juízes, a ver se não meteu a sua mão na fazenda do seu próximo. 9 Sobre todo negócio de injustiça, sobre boi, sobre jumento, sobre gado miúdo, sobre veste, sobre toda coisa perdida, de que alguém disser que é sua, a causa de ambos virá perante os juízes; aquele a quem condenarem os juízes o pagará em dobro ao seu próximo. 10 Se alguém der a seu próximo a guardar um jumento, ou boi, ou ovelha, ou algum animal, e morrer, ou for dilacerado, ou afugentado, ninguém o vendo, 11 então, haverá juramento do Senhor entre ambos, de que não meteu a sua mão na fazenda do seu próximo; e seu dono o aceitará, e o outro não o restituirá. 12 Mas, se lhe for furtado, o pagará ao seu dono. 13 Porém, se lhe for dilacerado, trá-lo-á em testemunho disso e não pagará o dilacerado. 14 E, se alguém a seu próximo pedir alguma coisa, e for danificada ou morta, não estando presente o seu dono, certamente a restituirá. 15 Se o seu dono esteve presente, não a restituirá; se foi alugada, será pelo seu aluguel.

de dominação. Nesse momento há parcial cisão entre o poder patrimonial e o político. Surge, então, a figura do rei, que passa a dominar inclusive sobre terras que não são de sua propriedade. Neste sentido, Sérgio Rezende de Barros[10]

Ao final da Idade Média, o rei apoiado pela burguesia mercantil consolidou em suas mãos um poder de governo geral sobre todos os feudos. Os príncipes medievais, quer leigos (duques, marqueses, condes), quer clericais (arcebispos, bispos, abades etc.), vieram a ser submetidos ao poder político do rei. Antes disso, também o rei, como todo senhor feudal, governava pela lei da terra. O dono da terra manda. O rei mandava no seu reino. Mas, agora, já na decadência do feudalismo, o poder do rei vai além do seu reino feudal. Reúne diversos domínios feudais (ducados, marquesados, condados, principados, etc.) em um reino unido sob seu poder.

Estes "reinos unidos" sob o poder de um rei são o embrião da formação dos Estados modernos.

O traço marcante do Estado embrionário que substituiu o feudalismo é o absolutismo. Neste aspecto, o soberano conservava em suas mãos a força ampla, geral e irrestrita, personificando todos os poderes do "Estado". Submetia os súditos com suas regras, mas não ficava a mercê delas.

Conquanto muitos fossem os defensores deste sistema, inclusive justificando a figura do rei como divina[11], o fato inexorável para quem séculos depois analisa aquele contexto social-político é a existência de um poder ilimitado, autoritário e por conseguinte injusto, concentrado na figura única de um soberano.

Por conta disto, muitos pensadores denunciavam os excessos e iniciaram a pregação da alteração deste modelo, com uma clara divisão de poderes entre os líderes de um Estado, desconcentrando-se o exercício da autoridade.Não se perca de vista que esse pensamento de limitação de poderes deita suas raízes em Platão e Aristóteles. Porém, é no século XVI, com o ápice do iluminismo, sobretudo nas pregações de John Locke e Montesquieu, que as propostas liberal e iluminista se intensificam. John Locke, por exemplo, concebia a propriedade privada como um conceito central. Segundo Rodrigo Suzuki Cintra[12], para John Locke o fundamento da propriedade estava no próprio homem, em sua capacidade de transformar a natureza pelo trabalho. O cerne do conceito de propriedade em Locke é que ela é um direito natural, ou seja, já existia no estado de natureza, assim como o direito à vida e à liberdade. Esta ideia tem fundamento lógico, pois sendo o indivíduo senhor de seu corpo, ele é igualmente proprietário dos frutos de seu trabalho. Na filosofia política de Locke a propriedade é a principal razão para a construção da sociedade civil, para a instituição do governo civil, o fim principal da união dos homens em comunidades.

Acresça-se a isso pensamentos liberais de Jean Jacques Rousseau, Voltaire, entre outros, com divulgação de que os direitos

4 COSTA NETO, Antônio Ribeiro. Breves reflexões sobre a propriedade privada romana.
Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15858. Acesso em 22 dez. 2018>

5 "dominium ex iure quiritium"

6 JUNIOR, José Cretella. Curso de Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 8ª. Ed., p. 112

7 COSTA NETO, Antônio Ribeiro. Breves reflexões sobre a propriedade privada romana. Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15858> Acesso em 22 dez. 2018.

8 Noções sobre estado democrático de direito. Disponível em: < http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>. Acesso em 27 jan. 2013

9 Por exemplo, a corveia era o serviço compulsório nas terras do senhor feudal em alguns dias da semana; a talha consistia na parte de produção do vassalo que deveria ser entregue ao nobre, geralmente 1/3 da produção; a banalidade era o tributo cobrado pelo uso dos instrumentos ou bens do feudo; a capitação decorria do imposto pago por cada membro da família; havia, ainda, a obrigação de se pagar 10% da produção a título de dízimo para a igreja, afora outros tributos variáveis. Não é difícil constatar-se que praticamente nada do trabalho do vassalo lhe sobrava,

10 Noções sobre estado democrático de direito. Disponível em: < http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>. Acesso em 27 jan. 2013

11 acques Bossuet (1627 - 1704) foi um bispo e teólogo francês, um dos teóricos do absolutismo. Segundo ele, os reis recebiam poderes divinos para governar. Disponível em :< http://www.e-biografias.net/jacques_bossuet/> Acesso em 20 jan. 2013

são imanentes a todos os homens por uma questão natural, com defesa intransigente da liberdade e da propriedade. Falou-se de um contrato social, pelo qual se busca passar do estado natural para o estado em sociedade, com aplicação da racionalidade para vida em comum.

Conforme Julia Maurmann Ximenes[13], é nesse contexto que surge a expressão "Estado de Direito", amparada na doutrina liberal e nas duas principais revoluções, a Americana e a Francesa, que consolidaram um processo iniciado anteriormente de limitação do poder do Estado frente aos indivíduos, principalmente na Inglaterra. Assim, "os detentores do poder passam a ter seu arbítrio cerceado por princípios como o da legalidade, da liberdade e da igualdade individuais." [14]

Porém, nesse primeiro momento, as teorias liberais e revolucionárias deram ênfase às garantias de direitos e liberdades públicas, como a própria liberdade, incluindo a de pensamento e a de ir e vir, a inviolabilidade de domicílio, a segurança jurídica nas relações privadas, a garantia e proteção da propriedade, tudo através da legalidade. Logo, não é difícil constatar-se que o "Estado de Direito" estava voltado para assegurar a não ingerência deste Estado na vida das pessoas, garantindo direitos de cunho individualista e que reclamam apenas a abstenção estatal. É neste contexto que a propriedade privada é havida como Direito Natural, sobre a qual não se admitem ingerências públicas.

Entretanto, os benefícios advindos destes modelos políticos pouco alteraram o cotidiano da maioria da população. De fato, a "burguesia" se aproveitou do ideal liberal pautado na legalidade. Em compensação, os operários da "Revolução Industrial" eram submetidos a jornadas excessivas de trabalho em condições extremamente precárias; as mulheres ainda estavam alijadas de direitos; a propriedade era para poucos e não passível de divisão; os negócios jurídicos eram submetidos a um regime de "segurança jurídica" que os tornavam imutáveis, ainda que fossem escorchantes para uma das partes.

Via de consequência, o "Estado de Direito", com a proposta de uma igualdade formal entre as pessoas, gerou sim desigualdades. Apenas se aprimorou a técnica de dominação aos mais fracos. Antes, se submetiam ao mais forte; agora, à lei.

E, basicamente, a concentração e bens em domínio de poucos fez-se a tônica.

Assim, salpicaram várias manifestações na defesa da classe operária, das mulheres, da divisão da propriedade, tudo com base num florescente princípio: a dignidade da pessoa humana.

A ideia de igualdade era emasculada pela concentração de renda e patrimônio. Os operários eram expostos a condições de trabalho muito precárias. As primeiras máquinas utilizadas na produção fabril eram experimentais e os acidentes eram comuns. Os operários, desprovidos de equipamento de

12 Liberalismo e Natureza. Disponível em <https://blogatelie.wordpress.com/releases/liberalismo-e-natureza-––a-propriedade-em--john-locke-rodrigo-suzuki--cintra/> Acesso em 22 dez. 2018

13 Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito. Disponível em http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/> Acesso em 20 jan. 2013.

14 Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito. Disponível em http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/> Acesso em 20 jan. 2013.

segurança, sofriam com constantes explosões e mutilações e não recebiam nenhum suporte de assistência médica, nem seguridade social[15]. No início do Século XIX, a expectativa de vida de um operário girava em torno de 33,4 anos[16].

Com as insatisfações dos trabalhadores em ascensão, ganharam força os movimentos socialistas. Conscientes das condições precárias de trabalho, em 1848, Karl Marx e Friedrich Engels publicaram o Manifesto Comunista, primeiro documento histórico a discutir os direitos do trabalhador.

Por conseguinte, buscou-se o Estado Social, que no campo da propriedade visava uma redistribuição, ainda parcimoniosa, mas ao menos presentes em alguns textos legislativos, como a Constituição mexicana de 1917, bem como a ideia da inexistência da propriedade particular e a busca da propriedade coletivizada, como advento dos estados comunistas, em especial a URSS, Cuba, e os países do leste europeu.

Ao cabo da Segunda Grande Guerra, o "Estado de Direito" positivista cedeu espaço a uma nova compreensão do Direito, revigorando-se a tese de que a Constituição Federal seria a lei suprema de um Estado.

E essa passagem do Estado legislativo (Estado de Direito) ao Estado Constitucional, marca também um interessante debate na Teoria do Direito que se assenta na diferenciação entre regras e princípios.

Logo, o Estado Constitucional assegura a coexistência de princípios que podem garantir direitos às mais variadas categorias de pessoas, consagrando-os constitucionalmente. Eis, aqui, o sentido sociológico da Constituição, segundo o qual deve ela ser reflexo das forças sociais que estruturam o poder, sob pena de ser apenas uma "folha de papel." De fato, a constituição é uma conjunção de fontes reais de poder", segundo Ferdinand Lassale[17], mas também assume um caráter normativo e de proeminência no Sistema Legislativo. Deveras, o império agora é do texto constitucional.

É neste contexto que surge a Constituição de 1988, que teve como um dos seus marco a "constitucionalização do Direito Civil".

Tal fenômeno consiste no fato das relações privadas deixarem o tratamento legislativo ordinário e serem guindadas a categoria de norma constitucional. Atualmente para se saber quais são os contornos atuais do Direito Civil, deve-se recorrer à Constituição Federal e não mais à legislação ordinária[18]. Concordemente, "antes, os Códigos; hoje, as Constituições"[19].

E no respeitante ao Direito de Propriedade, a Constituição Federal é repleta de referências. Inicialmente, é assegurada como direito humano fundamental[20], e deverá atender à função social que se lhe reserva. Com efeito, lê-se no 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". Não

16 Disponível em http://www.uje.com.br/gn/downloads/historiabr/20.htm> Acesso em 20 jan. 2013

17 O que é uma constituição. Ebook. Disponível em <http://www.ebooksbrasl.org.> Acesso em 21 jan. 2013. Edições e Pulicações Brasil, São Paulo, 1933.

18 OLIVEIRA, José Sebastião. A evolução do direito de Família no Direito Brasileiro. p.88.

19 Esta frase foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998.

20 Fazendo, assim, coro à Declaração Universal dos Direitos Humanos, que no seu art. 17 reconhece que "toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros; ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade"

bastasse, no inciso XXII se declara que "é garantido o direito de propriedade, e no inciso XXIII que "a propriedade atenderá a sua função social"

Digno de nota é o fato de que a propriedade privada fora tão relevante ao constituinte, que este a elegeu como princípio geral da atividade econômica, conforme se extrai do art. 170, II e III.

Parece truísmo, hoje, o reconhecimento da propriedade privada como um direito. Porém, lembremos que a constituinte é de 1.988, quando ainda vigorava a "guerra fria", e os estados comunistas, que negavam a existência da propriedade privada, perfaziam quase ¼ da população mundial.

III. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA PROPRIEDADE

O art. 1.228 do Código Civil não oferece uma definição de propriedade, apenas enunciando os poderes do proprietário: "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Segundo se entende, a propriedade está externamente estruturada com o sujeito ativo, que é o dominus (titular), e o sujeito passivo, que são todos os demais (eficácia erga omnes), ao passo que o objeto são os bens com apreciação econômica. A relação jurídica estabelece-se entre o titular e a coisa, e o sujeito passivo tem obrigação de não interferência.

Quanto à estrutura interna, tal é composta pelos direitos de usar ("jus utendi"), fruir ou gozar do bem ("jus fruendi"), dispor ("jus abutendi") e reaver a coisa ("rei vindicatio").

A propriedade tradicional, aquela que previa apenas a existência de bens móveis e/ou imóveis, está superada. Com efeito, a modernidade trouxe também a fluidez do conceito dos bens passíveis de serem objeto do domínio.

A propriedade virtual ou imaterial[21] (alguns vão chamá-la de direito intelectual) é uma tônica, e muitas vezes mostra-se economicamente mais valiosa do que a própria propriedade física. Atento a isso, a Constituição Federal previu no art. 5º., XXIX, que:

A lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

Para disciplinar a questão sobreveio a Lei 9279/96, que tra-

21 Conquanto também possam ser incluídos no conceito de propriedade imaterial os direitos de personalidade, neste trabalho nos ocuparemos apenas com aqueles que tem viés econômico.

tou de quatro temas específicos, quais sejam, invenções, modelos de utilidade, desenhos industriais, e marcas, todas sob a rubrica de propriedade intelectual, bem como tipificou crimes pela infração destes direitos

A Constituição também se preocupou com os Direitos Autorais, outra típica forma de propriedade imaterial, e disciplinou no art. 5º., XXVII, que "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar". E para regular o tema sobreveio a Lei 9610/98.

O cuidado do legislador foi tão grande que inclusive tipificou criminalmente a violação aos direitos de propriedade intelectual e Direitos Autorais. Por exemplo, no art. 184, do Código Penal, lançou-se a figura do crime de "violar direitos autorais e os que lhe são conexos".

Infere-se que a preocupação com a propriedade imaterial é tão grande que inclusive o legislador penal, tipicamente um legislador fragmentário e sancionatório, dispôs sobre o assunto e criou tipos penais específicos para o tema.

Ademais, como características atinentes à propriedade extraem-se da doutrina ser esta absoluta[22], exclusiva[23], perpétua[24] e passível de limitação, e todas estas características passíveis de relativizações que não convém neste estudo tecer comentários.

E no que toca à característica da exclusividade, tudo o que já foi dito e escrito sobre condomínios igualmente se aplicam à multipropriedade. Estes institutos não ferem ou desrespeitam dita característica. Com efeito, o condômino tem exclusividade sobre seu quinhão (não necessariamente sobre o bem todo), ao passo que o multiproprietário tem exclusividade sobre sua "fração de tempo" (e igualmente não necessariamente sobre todo o bem).

IV. AS PRINCIPAIS NOVIDADES DA LEI 13.777, DE 20 DE DEZEMBRO E 2.018.

A multipropriedade ou "time sharing" já era uma realidade jurídica. Porém, carecia de regulamentação legal. Basicamente é um objeto com uma pluralidade de sujeitos sobre o mesmo.

A multipropriedade imobiliária pode ser definida como sistema onde o proprietário de determinado fração de um imóvel tem o direito de usar, gozar e fruir deste por determinado período de tempo e de acordo com determinados regulamentos de uso. Ou seja, o titular (multiproprietário) vale-se da propriedade fracionada do imóvel para uso ou gozo por um período.

Já se discutia sobre a legalidade deste instituto antes do

22 Visto que é um direito pleno, possuindo uma relação de poder, de usar, fruir e dispor.

23 Visto que somente um indivíduo pode ter as prerrogativas daquela propriedade (princípio da exclusividade).

24 Não se perde com o tempo, salvo se alguém fizer uso dela (ter a posse) por um período fixado em lei, e com a observância de outros requisitos legais, quando então ter-se-á a usucapião.

advento desta lei. Sim, pois na realidade imobiliária negocial tal instituto já era difundido, e é sabido que os Direitos Reais são numerus clausus, gerando uma aparente incongruência posto que, se não havia previsão legal, não poderiam ser reconhecidos.

Contudo, os Tribunais aceitaram o instituto da multipropriedade como mero condomínio[25], a fim de acomodarem as situações fáticas e jurídicas. Todavia, agora sobreveio a Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2.018, que dispôs sobre o novo regime da multipropriedade e do seu registro. Neste passo, abordar-se-ão algumas de suas novidades.

A multipropriedade passou a ser definida como o regime de condomínio em que cada um dos proprietários de um mesmo imóvel é titular de uma fração de tempo, a qual corresponde a faculdade de uso e gozo, com exclusividade, da totalidade do imóvel, a ser exercida pelos proprietários de forma alternada. Por exemplo: 04 (quatro) pessoas adquirem uma unidade autônoma de um "resort" e cada um tem uma semana por mês para usá-lo como lhe aprouver, inclusive podendo locá-lo a terceiros ou mesmo ceder em comodato (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-I, I).

O quinhão cabível a cada um dos multiproprietários é denominado "fração de tempo", pois não conferem parte ideal do imóvel, mas sim fração temporal de no mínimo de 07 (sete) dias, mas que pode ser por uma quinzena, um mês... do uso da totalidade do bem, podendo também estabelecer fração de tempo destinada à realização de reparos (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-N).

Esse período pode ser fixo ou variável e se um dos multiproprietários tiver uma cota maior, poderá gozar de um período maior de uso.

Cabe destacar que o imóvel que serve à multipropriedade é indivisível (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-D), porém haverá uma matrícula para cada fração de tempo, na qual se registrarão e averbarão os atos referentes à respectiva fração de tempo

A constituição da "time sharing" pode se dar por testamento, mas sobretudo por ato entre vivos, que deverá ser registrado no Cartório de Imóveis, de cujo registro necessariamente constará cada "fração de tempo". Ademais, deverá a abordar os deveres e direitos dos multiproprietários (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-J), o número máximo de pessoa que podem ocupar simultaneamente o imóvel, a nomeação do administrador condominial, criação de fundo de reserva, do regime aplicável em caso de destruição parcial ou total do bem, as multa aplicáveis aos multiproprietários.

Também é de rigor a constituição de uma convenção de condomínio para tratar de regras semelhantes e adicionais.

A multipropriedade não é típico condomínio. Por isso, eventual alienação da "fração de tempo" não está sujeita à prioridade do art. 504 do Código Civil (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-L), sal-

25 O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1546165, reconhecer a multipropriedade como Direito Real mesmo antes do advento da Lei. 13.777/18.

vo se houver estipulação em sentido contrário no registro. Todavia, quando de eventual alienação impor-se-á a informação ao administrador (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-I,III), e tanto o adquirente quanto o anterior multiproprietário são solidariamente responsáveis pelas despesas inadimplidas.

Também não seguem as mesmas regras do condomínio edilício, embora possam existir condomínios edilícios que se convolem em multipropriedade. Neste aspecto, estabeleceu multa para caso de infrações contratuais ou legais, inclusive multa progressiva e perda temporária do direito de utilização do imóvel no período correspondente à sua fração de tempo, no caso de descumprimento reiterado de deveres (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-I, § 1º, II).

A administração da multipropriedade dar-se-á por pessoa indicada no instrumento de instituição ou na convenção de condomínio em multipropriedade, ou, na falta de indicação, de pessoa escolhida em assembleia geral dos condôminos (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-M).

Como se escreveu acima, o condomínio edilício poderá adotar o regime de multipropriedade em parte ou na totalidade de suas unidades autônomas, mediante previsão no instrumento de instituição, ou deliberação da maioria absoluta dos condôminos. Nesta hipótese, a convenção de condomínio deverá conter além do administrador do próprio condomínio, também a figura do administrador da multipropriedade, que necessariamente será alguém profissional (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-P, V; -R).

No caso de inadimplemento da obrigação de custeio das despesas, é cabível a adjudicação ao condomínio edilício da fração de tempo correspondente, tudo mediante ação judicial.

Por outro lado, o inadimplente fica proibido de utilizar o imóvel até a integral quitação da dívida e a fração de tempo do inadimplente passa a integrar o "pool" da administradora (Nova redação do Código Civil, art. 1.358-S, I e II).

O multiproprietário somente poderá renunciar de forma translativa a seu direito de multipropriedade em favor do condomínio edilício. Entende-se por renúncia translativa quando se rejeita o bem em favor de alguém, de forma gratuita. Não se confunde, contudo, com a alienação, cuja realização não está vinculada a se dar somente ao condomínio.

De fato, a alienação da fração temporal da multipropriedade em regime de condomínio edilício não demanda ciência, autorização ou preferência dos demais multiproprietários.

Tem-se também a possibilidade da penhora da fração de tempo por dívidas perante terceiros. Neste caso deve ser aplicada a regra do condomínio e intimados os demais multiproprietários, nos termos do Código de Processo Civil, artigos 843[26] e 889, II[27], que pela regra processual terão preferência na arrematação da fração de tempo.

26 CPC, art. 843 (...) §1º. É reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições.

27 CPC, art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 05 dias de antecedência: (...) II – o coproprietário de bem indivisível ou do qual tenha sido penhorado fração ideal.

Essas são as principais questões em torno da multipropriedade decorrente da novel Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De origem estrangeira e rapidamente assimilada pelos empreendimentos imobiliários locais, a multipropriedade mostra-se como uma forma racional de utilização de um imóvel, sobretudo para aqueles que buscam a "segunda casa", como apartamentos em praias, em "resorts", na rede hoteleira etc.

Por tal instituto, diversos proprietários podem se valer do mesmo imóvel, com clara divisão de despesas e menor investimento para aquisição, o que torna o empreendimento muito mais atrativo e acessível a uma camada da população que antes não poderia aspirar tal aquisição.

Sob outro aspecto, é benfazejo ao sistema imobiliário e principalmente hoteleiro, pois multiplica exponencialmente o público em vários períodos do ano, mantendo o negócio sempre aquecido, o que claramente gera um ganho de lucro.

Como consequência indireta todo o entorno do empreendimento também ganha, pois a economia do local se intensifica, gerando empregos diretos mais perenes, e criando-se novas perspectivas de comércio e serviços relacionadas ao empreendimento.

Como muito apropriadamente destacado por Gustavo Tepedino[28], até o meio ambiente ganha, pois impede-se que haja a proliferação de construções de forma indiscriminada.

Entretanto, o instituto carecia de uma regra jurídica mais clara, o que deixaria o setor muito mais atrativo por ser mais transparente. E eis que surge a Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2.018, que disciplinou o tema e, por conseguinte, gerou transparência ao setor, tornando-o ainda mais atrativo.

28 TEPEDINO, Gustavo. Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária. Disponível em < http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos_Atuais_Multipropriedade_imobiliaria_fls_512-522.pdf> Acesso 22 dez. 2018

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Rezende. Noções sobre estado democrático de direito. Disponível em: < http://www.srbarros.com.br/pt/nocoes-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>. Acesso em 27 jan. 2013

CINTRA, Rodrigo Suzuki. Liberalismo e Natureza. Disponível em <https://blogatelie.wordpress.com/releases/liberalismo-e-natureza-–-a--propriedade-em-john-locke-rodrigo-suzuki-cintra/> Acesso em 22 dez. 2018

COSTA, Álvaro Mayrink. Criminologia., São Paulo: Editora Forense, vol. 1, p. 23.

COSTA NETO, Antônio Ribeiro. Breves reflexões sobre a propriedade privada romana.
Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15858. Acesso em 22 dez. 2018>

GOMES, Orlando. Direitos reais. 19 ed. e atual por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forensew, 2008.

LASSALE, Ferdinand. O que é uma constituição. Ebook. Disponível em <http://www.ebooksbrasl.org.> Acesso em 21 jan. 2013. Edições e Pulicações Brasil, São Paulo, 1933

LOBO, Paulo Luiz Lobo Netto. Constitucionalização do direito civil. Disponível em <http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf.>Acesso em 27 nov. 2013

OLIVEIRA, José Sebastião. A evolução do direito de Família no Direito Brasileiro. p.88.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Saraiva: São Paulo, 12ª. Ed., 2000.

ROHRMANN, Carlos Alberto. Curso de direito virtual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 195

TEPEDINO, Gustavo. Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária. Disponível em < http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos_Atuais_Multipropriedade_imobiliaria_fls_512-522.pdf> Acesso 22 dez. 2018

XIMENES, Julia Maurmann. Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito. Disponível em http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/> Acesso em 20 jan. 2013.

O CAMINHO SEM VOLTA DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE NAS EMPRESAS BRASILEIRAS

MAYARA MEDEIROS DA SILVA
Estudante de Direito, da Instituição Toledo de Ensino na cidade de Bauru. Atualmente estagiária de direito na Procuradoria do Estado de São Paulo.

THIAGO MUNARO GARCIA
Advogado e professor universitário. Doutor e Mestre em Direito pelo CEUB/ITE – Bauru. Presidente da Comissão de Direito Securitário da OAB Bauru.

SUMÁRIO

I. INTRODUÇÃO ---------- 397

II. O QUE É COMPLIANCE? ---------- 398

III. COMPLIANCE EM NÚMEROS NO BRASIL ---------- 399

IV. O PODER ECONÔMICO E POLÍTICO QUE AS EMPRESAS REPRESENTAM ---------- 401

V. O PAPEL DA LEGISLÇAO CONTRA OS ATOS DE CORRUPÇÃO ---------- 402

CONSIDERAÇÕES FINAIS ---------- 403

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 404

PALAVRAS-CHAVE: Compliance. Corrupção. Direito administrativo. Empresas brasileiras. Responsabilidade objetiva.

I. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca abordar o desenvolvimento dos Programas de Compliance nas empresas brasileiras nos últimos anos. Principalmente após uma sequência de atos de corrupção envolvendo empresas públicas e privadas. A investigação apoia no estudo realizado pela KPMG com o tema: Maturidade do Compliance no Brasil, bem como, em doutrina especializada no assunto, além de debruçar sobre os aspectos fundamentais da lei 12.846 de 01 de agosto de 2013, conhecida com Lei anticorrupção, a qual é considerada peça estratégica para o crescimento do instituto no país.

O instituto da Compliance é largamente utilizado nos Estados Unidos e na Europa. E ganhou impulso na época atual em nosso território. Os números revelam a quantidade de projetos, congressos e palestras, envolvendo o tema integridade, que propagam se em disputa com a velocidade da luz.

Há uma ânsia incessante para salvaguardar os valores, já que, muitos tem se perdido, no envolto de tantos escândalos embrulhados com papéis de corrupção. Seja por parte do Poder Público como também por entidades privadas.

A corrupção é um mal que assola toda a humanidade, não importa o nível de desenvolvimento de determinado país, a classe social de seu povo, sempre encontrará uma fresta para invadir os mais variados setores, politico, econômico ou mesmo o judiciário.

Os Programas de Compliance tornam um mecanismo crucial para garantir o respeito às normas internas, a legislação vigente, assim como a cultura corporativa. As preocupações com a sustentabilidade e as constantes pesquisas de analises de riscos colaboram para um ambiente duplamente protegido contra a epidemia chamada corrupção.

Hoje o olhar para a implantação dos programas de conformidade, ultrapassaram as barreiras da superficialidade, incentivados inicialmente pela legislação, ajustado a realidade e necessidade da organização, torna elemento indispensável para a perpetuação dos negócios e a concretização da função social da empresa.

II. O QUE É COMPLIANCE?

Muito tem falado sobre Compliance, mas o realmente esse termo tão utilizado no meio corporativo quer dizer verdadeiramente? O que é Compliance? De maneira singela pode ser explicado com a tradução do termo Compliance que deriva do verbo inglês "to complay", o qual pode ser entendido como estar de acordo ou em conformidade.

Trazendo para ambiente empresarial estar de acordo com a legislação vigente, estar em conformidade coma ética a moral e os bons costumes. O que confirma com o entendimento do consultor, Giovanini (2014, p. 20):

Compliance é um termo oriundo do verbo inglês to comply, significando cumprir, satisfazer ou realizar uma ação imposta. Não há um a tradução correspondente para o português. Embora algumas palavras tendam a aproximar-se de uma possível tradução como, por exemplo, observância, submissão, complacência ou conformidade, tais termos podem soar dispares. Compliance refere-se ao cumprimento rigoroso de regras e das leis, quer sejam dentro ou fora das empresas.

A cada dia a relevância e aprofundamento dos Programas de Compliance ampliam, pois já ultrapassaram as barreiras dos remotos códigos de conduta. E buscam implantar uma cultura corporativa que transcenda os muros da empresa e chegue até os indivíduos, que de alguma forma colaboram para a sua real existência, seja os funcionários, fornecedores ou mesmo os consumidores finais.

Além de ter um cuidado rigoroso para que a empresa trilhe os caminhos da legislação em vigor, nos mais vários seguimentos como trabalhista, ambiental, tributário e assim sucessivamente. A questão ética e moral são seus pilares fundamentais em sua missão. Quando esse resultado é alcançado, se diz "estar em compliante".

A implantação da cultura de Compliance tem mostrado seu grande potencial de mitigador de riscos, principalmente na prevenção de multas, no entanto a principal característica é demonstrada na blindagem da imagem empresarial, a qual vem sofrendo grande desgaste no cenário brasileiro, após os escândalos em massa envolvendo atos de fraude e corrupção. Mas para que os programas sejam implantados na essência empresarial deve haver um empenho coletivo.

Como define Coimbra (2010, p. 6).

O compliance constitui a base para o estabelecimento de uma cultura ética na empresa, cultura esta imprescindível à prevenção e redução de fraudes, que representam perdas financeiras para as organizações. Com efeito, uma organização que seja ética e que faça a difusão de uma cultura pautada na ética, por meio de um programa de compliance, tem menos problemas com fraudes. A cultura

organizacional ligada à ética exerce uma clara influência sobre a integridade dos funcionários. Assim, quanto mais profunda a cultura de integridade da organização, menor a incidência de fraudes e outros comportamentos que representam desvios de recursos.

Uma forte corrente acredita na aplicação dos programas de integridade, no combate a corrupção, as fraudes, o pagamento de propina e a lavagem de dinheiro, muito embora não se limite a tratar apenas desses assuntos. O propósito dos Programas de Compliance é proporcionar a primazia dos negócios empresariais.

III. COMPLIANCE EM NÚMEROS NO BRASIL

Os programas de Compliance são uma tendência há muito tempo na Europa e nos Estados Unidos, mas no Brasil esse instituto vem ganhando folego gradativamente. E esse cenário pode ser observado nas pesquisas direcionadas na área em questão.

Há algum tempo um ex-procurador Geral da Justiça Americana Paul Mc Nulty, pronunciou uma frase que ganhou grande destaque, que em português pode ser compreendida como “se você pensa que o compliance é caro experimente não atende-lo”. (ITO, 2017).

Analisando identifica-se que seja nos Estados Unidos ou no Brasil essa afirmação tem se concretizado. E os inúmeros escândalos envolvendo corrupção nos últimos anos demostram que o ensinamento de Nulty, não é vazio.

Em uma pesquisa realizada em 2017 pela KPMG intitulada como: A Maturidade do Compliance no Brasil. Realizada com mais de 450 empresas de variados seguimentos, das quais cerca de 65% são multinacionais e 69% estão localizadas na região sudeste do país. Com o objetivo de apurar a visão e dificuldades em relação aos Programas de Ética e Compliance.

A investigação fundamentou em alguns pilares quais sejam: governança corporativa e cultura; avaliação de riscos de Compliance; pessoas e competências; politicas e procedimentos; comunicação e treinamento; analise de dados e tecnologia; monitoramento de testes; gerenciamento de deficiência e investigação e reporte.

As principais questões relatadas pelos respondentes demonstra que 88% acredita na importância de manter as politicas e procedimentos atualizados, enquanto que 87% considera monitorar os riscos de Compliance e 83% monitorar

os indicadores chaves de Compliance.

Em relação ao requisito estrutura responde que 27% não possuem uma estrutura de acordo

com os estipulados nos programas e 36 % não possui recursos adequados e 23% afirmara não possuir autonomia e independência.

O elemento de avaliação e risco, por mais que 86% dos respondentes é identificado como uma das maiores dificuldades da área de Compliance identificar e avaliar os riscos, e apenas 47% afirmam possuir um inventário regulatório.

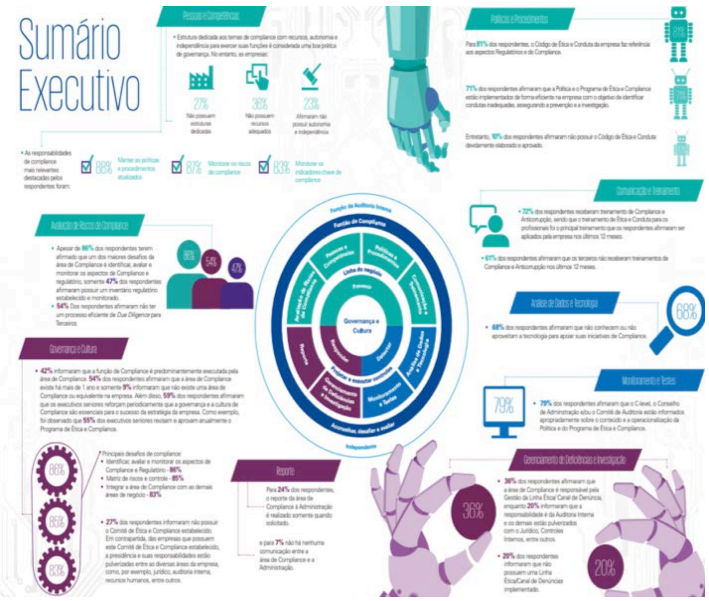
O índice com referência a governança e cultura revela que 42% da função de Compliance são exercidas pelo setor de Compliance. E 54% afirma que área de Compliance existe há mais de um ano e somente 9% afirma não existir uma área de Compliance ou equivalente na empresa.

E 59% responde que os executivos seniores reforçam periodicamente que a governança e a cultura de Compliance são essenciais para o sucesso da empresa. E 55% dos executivos seniores revisam e aprovam anualmente o Programa de Ética e Compliance.

A pesquisa aponta que 72% dos respondentes afirmam que a politica e o Programa de Ética e Compliance estão implementados de forma eficiente na empresa com o objetivo de identificar condutas inadequadas e assegurar a investigação. E apenas 10% responde não possuir um código de ética e conduta devidamente elaborado e aprovado.

A investigação revela o progresso dos Programas de conformidade em todo o país, bem como as áreas que ainda necessitam de aprimoramento, para que a cultura do Compliance crie raízes.

Conclui que muitas empresas ainda pautam seus programas de Compliance baseados nas sugestões oriundas da legislação 12.846/2013, mas para que um programa de conformidade obtenha êxito é preciso ajusta-lo a realidade da empresa, e as suas necessidades além de diagnosticar os riscos de maior impacto. Assim um programa de Compliance provavelmente obterá sucesso, e colaborará e muito para a boa saúde empresarial.



IV. O PODER ECONÔMICO E POLÍTICO QUE AS EMPRESAS REPRESENTAM

Um estudo comparado realizado em 2015 com foco nos rendimentos empresariais e a real dimensão que esses representam em comparação ao resultado financeiro dos países. Constatou que dez das maiores empresas mundiais tiveram montantes conjuntos excedentes a receita de 180 países. E que 27 dos maiores países obtiveram PIB de US$ 17,4 trilhões, e o restante dos países juntos somam o equivalente a US$ 2,8 trilhões, o que é igual a soma das dez maiores empresas mundiais.

Agora com a luz dos valores obtidos pelas empresas, é possível entender o poder econômico que promovem.

É necessário construir caminhos para associa-lo a ética e responsabilidade, agregando a transparência e a cultura da integridade, para que as organizações colaborem para o desenvolvimento social e econômico das nações. Como ensina Fábio Ulhoa no texto a seguir:

Cumpre sua função social a empresa que gera empregos, tributos e riqueza, contribui para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do país, adota práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeito aos direitos dos consumidores. Se sua atuação é consentânea com estes objetivos, e se desenvolve com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita, a empresa está cumprindo sua função social; isto é, os bens de produção reunidos pelo empresário na organização do estabelecimento empresarial estão tendo o emprego determinado pela Constituição Federal. Coelho (2012, p. 81).

Ocorre que muitas empresas têm obtido seus lucros, a um preço muito alto. Grandes organizações geralmente contratam com o Poder Público, o que torna os desvios de finalidade ainda maiores.

Somado a corrupção, a fraude a lavagem de dinheiro, condições de trabalho desumano, descasos com respeito às normas e legislações ambientais, para assegurar a qualidade de vida das futuras gerações. Entende se que a tão tradicional ética não logra êxito de forma natural.

Por isso, a indispensabilidade dos Programas de Compliance, a fim de moldar os hábitos, refazer os costumes, abrir a visão para verdadeiro progresso, caminhando rumo, a um lugar sutilmente justo, onde atos de corrupção não tenham status de regra.

V. O PAPEL DA LEGISLÇAO CONTRA OS ATOS DE CORRUPÇÃO

Mas para sanar o problema da corrupção, o Direito levanta-se com grande valentia. Até meados dos anos da década de 70 não havia legislações especificas para combater tais atos, até que em 1977 surge a Legislação Americana FCPA, com a finalidade de eliminar as condutas ilícitas praticadas por funcionários públicos.

E após vários aperfeiçoamentos em 8 de abril de 2010, a UK Bribery, nasce no Parlamento do Reino Unido, com base no Direito Penal para erradicar os atos de suborno. Bem como as Convenções receberam um papel de destaque na colaboração de desenvolvimento econômico e social entre os povos, como é o caso da Convenção Interamericana OEA, a Convenção da OCDE e Convenção das Nações Unidas.

No Brasil a legislação que gerou forte impacto foi a Lei 12.846 de 01 de agosto de 2013, que ficou popularmente conhecida como Lei anticorrupção. Emerge posteriormente os escândalos envolvendo corrupção, que culminaram em manifestações populares nas principais capitais do país no ano de 2013. Que com o auxilio dos meios de comunicação tomou grande proporção, sendo considerado o movimento com mais adeptos nos últimos anos.

Por prever penalidade severa por atos de corrupção, e ser o primeiro dispositivo que elenca a responsabilidade da pessoa jurídica. Como descreve o artigo 1º da referida Lei.

Art. 1º- Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

O texto teve grande repercussão, e um aspecto relevante merece destaque, a legislação prevê, multas altíssimas que variam entre 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa.

A lei aborta também um ponto educativo, já que, incentiva os programas de integridade. E possui ainda o instituto da Leniência, que superficialmente pode ser entendido, como uma autodenuncia, que proporciona a empresa reduções de penalidades, desde que siga os padrões legais.

O crescente número dos Programas de Compliance, implantados deve-se a essa legislação, a

qual prevê sanções reduzidas para as empresas que possuírem um Programa de integridade ativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A investigação procurou destacar a crescente implantação dos Programas de Compliance no Brasil na atualidade. Principalmente após a elaboração da Lei 12.846 de 01 de agostos de 2013. A qual possui um sistema de penalidades caracteristicamente severo, com aplicação de multas elevadas, o que causa receio no mundo corporativo, pois um fato como esse tem a capacidade de abalar profundamente as estruturas financeiras de uma empresa.

E o quadro pode ser em algumas hipóteses irreversível, pois a imagem empresarial é bravamente atacada e a reconstrução quase impossível. Por essas e os frequentes escândalos envolvendo corrupção, para se estabilizar no mercado há necessidade de estudar e implantar os Programas de Compliance. Assim como evidente na pesquisa realizada pela KPMG, intitulada como: Maturidade do Compliance no Brasil.

Descobriuapós analisar cerca de 450 empresas, que apenas 9% das empresas não possuem um setor de Governança e Compliance. Registrou que 72% dos respondentes afirmam possuir um Programa de Integridade, eficiente na organização. E apenas 10% dos respondentes afirmam não possuir um código de conduta aprovado. Evoluir, sinônimo de Compliance, esse foi caminho que as empresas estão trilhando e não há como retroceder.

Keywords: Compliance.Corrupção. Administrativo Law. Brazilian campanies. Objective responsibility.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013. Lei Anticorrupção. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 27 fev. 2019.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar, e MANZI, Vanessa Alessi. Manual de compliance:
preservando a boa governança e a integridade das organizações. ed. São Paulo: ICIC, 2010.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins, PINHO, Vinícius. Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. ed. São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

Figueiredo, Andreza. Compliance: o novo aliado das empresas no Brasil. Revista FENACON: ano XX. 186, p. 21-23, mar/abr. 2018.

GARCIA, Mônica Nicida. Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil. In: PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto.Corrupção, ética e moralidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GLOBAJUSTICENOW.<http://www.globaljustice.org.uk/newsbiggest-corporations-make--more-money-most-countries-world-combineda.https>. Acesso em: 03 de jul.2019

GIOVANINI, Wagner. Compliance: A excelência na prática. ed. São Paulo: Câmara Brasileira do livro,2014.

KPMG. A Governança Corporativa e o Mercado de Capitais. 12ª Ed. 2017, p. 04. Disponível em:<https://home.kpmg.com/br/pt/home/insights/2017/12/a-governanca-corporativa-e-o-mercado-de-capitais2017-2018.html>. Acesso em: 28 de mai de 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
SÃO PAULO
ESA

Revista Científica Virtual
IV Congresso de Atualização Jurídica

Revista Científica Virtual da
Escola Superior de Advocacia
Edição 32 - 2019

Jornalista Responsável
Marili Ribeiro

Coordenação Geral ESA SP
Adriano de Assis Ferreira

Coordenação de Edição
Fernanda Gaeta

Diagramação
Felipe Lima

Revisão de Texto
Victor Hugo

Fale Conosco:
Largo da Pólvora, 141 - Sobreloja
Tel. +55 11.3346.6800

Publicação Trimestral
ISSN - 2175-4462.
Direitos - Periódicos.
Ordem Dos Advogados do Brasil